



Comentarios sobre la adaptación de los criterios de identificación indígena del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano

Remarks about the accommodation of the ILO 169 Convention criteria about self-identification in the Peruvian legal system

Darwin Duque Morales*
Susana Mosquera Monelos**

Resumen:

Hubo en el Censo 2017 una polémica pregunta sobre identidad indígena. Los medios de comunicación se esforzaron en explicarla y trataron de ayudar a los ciudadanos a encontrar la respuesta que podrían darle. Pero pocos se plantearon para qué se hacía esa pregunta. La razón última tiene que ver con los criterios de identificación indígena previstos en el Convenio 169 OIT. Cuando el legislador peruano ha dado traslado interno a ese mandato normativo internacional ha optado por establecer unos criterios de identificación diferentes a los previstos en el Convenio. En este trabajo se trata de explicar esa deficiente implementación del tratado y ofrecer una posible solución, pues del criterio de identificación indígena se derivan importantes consecuencias que influyen en los derechos de este colectivo de forma global, pero muy especialmente para los efectos de hacer operativo el derecho indígena a la consulta previa.

Abstract:

Census 2017 had a controversial question regarding indigenous identity. Media tried to explain it, and intended to help citizens to find their answer. But no one lay out the reason for such a question. The reason is related with the indigenous consciousness criteria established at the ILO Convention 169, and with the fact that, when the Convention was adapted to Peruvian legal system those criteria were changed. This paper will try to explain that failure implementing the treaty and will suggest a possible solution because the indigenous identity has a major impact on the global indigenous rights, especially regarding their right to prior consultation.

Palabras clave:

Identidad indígena – Consulta previa – Obligaciones internacionales – Efecto útil de los tratados – Implementación de los tratados – Responsabilidad internacional del estado

Keywords:

Indigenous identity – Prior consultation – International obligations – Useful effect of treaties – Implementation of treaties – International responsibility of the state

Sumario:

1. El valor jurídico del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano –
2. Criterios de identificación de los pueblos indígenas –
3. Cuestionable adaptación del Convenio 169 de la OIT al establecer los criterios de identificación de los pueblos indígenas –
4. Reflexiones para una revisión –
5. Bibliografía

* Licenciado en derecho por la Universidad de Piura. Abogado de la Coordinación de Hidrocarburos de la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Contacto: darwin.duquemorales@gmail.com

** Doctora en derecho con mención europea por la Universidad de A Coruña. Docente de Derecho internacional público de la Universidad de Piura. Investigadora calificada REGINA por el CONCYTEC. Contacto: susana.mosquera@udep.pe

1. El valor jurídico del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico peruano

Si bien la Carta Magna no reconoce en forma expresa y literal que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, a través de una interpretación sistemática de la misma, de conformidad con los principios de unidad y concordancia práctica es posible predicar tal categoría del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante el Convenio) ratificado por Perú en 1994. Adicionalmente, la IV Disposición Final y Transitoria, otorga rango interpretativo a los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, y el artículo 3 viene a servir de apoyo para la creación de derechos nuevos o implícitos¹.

Con esos argumentos, Tribunal Constitucional del Perú (en adelante TC) ha señalado que los tratados de derechos humanos no solo forman parte del ordenamiento jurídico sino que, además, tienen rango constitucional². Asimismo, ha dicho que “el rango constitucional que ostentan trae consigo que dichos tratados están dotados de *fuerza activa* y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, *fuerza activa*, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su *fuerza pasiva* trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la constitución”³.

En primer lugar, este rango constitucional del Convenio, se concreta en dos efectos de suma importancia práctica: coloca al Convenio dentro del denominado “bloque de constitucionalidad”⁴, y le otorga aplicación directa. Como el TC ha dicho que: “(...) nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales Tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades”⁵. Esta característica es importante para efectos prácticos, toda vez que al momento de evaluar la constitucionalidad de las normas legales y reglamentarias que han desarrollado derechos fundamentales, los tratados de derechos humanos y en concreto el Convenio cumplirá una función de parámetro de validez constitucional, como fuente de derecho obligatorio⁶.

La segunda consecuencia práctica del reconocimiento del Convenio como tratado con rango constitucional es que los jueces en general, y con mayor razón los jueces constitucionales, tienen la obligación jurídica de aplicarlo directamente a los casos que resuelven, sin necesidad de ninguna intermediación o desarrollo legislativo previo, protegiendo los derechos humanos de los pueblos indígenas. Así, el incumplimiento de garantizar y proteger algún derecho reconocido, por ejemplo, en el Convenio ocasionaría la responsabilidad internacional del Estado Peruano por faltar a las obligaciones convencionales.

En esa línea interpretativa se ha pronunciado el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima al considerar probada la vulneración al derecho de consulta, pues entiende que el Estado Peruano tiene la obligación de realizar la consulta previa, en cada ocasión que estén involucrados los pueblos indígenas desde febrero de 1995 con la entrada en vigencia en el Perú del Convenio: “Si bien el convenio internacional no establece procedimientos *específicos* de cómo realizar dicha consulta, lo cierto es que sí brinda los lineamientos

1 Esta disposición tiene las siguientes dos consecuencias posibles. Primera, que en el Tratado o Convención Internacional se recojan derechos humanos que han sido expresamente reconocidos por el constituyente peruano. En este supuesto lo que ocurre es una suerte de trasvase de contenido del derecho humano desde el nivel internacional al nivel nacional, de modo que la norma internacional ayuda a la delimitación del contenido constitucional del derecho que se trate. Segunda, que el Tratado o Convención internacional traiga recogido expresamente como derecho humano uno tal que no es referido expresamente por el Constituyente peruano. En este supuesto, el derecho humano pasa a formar parte del catálogo de derechos fundamentales vigentes en el ordenamiento peruano a título de derecho fundamental implícito. Véase en Luis Castillo. “¿En qué casos el Estado está obligado a consultar a las comunidades indígenas, nativas o pueblos originarios? A propósito del Convenio N° 169 de la OIT”, *Actualidad Jurídica* N°189. (2009). pág.3.

2 EXP. N° 00025-2005-PI/TC y EXP. N° 00026-2005-PI/TC, acumulados de 25 de abril de 2006, fundamento 26.

3 EXP. N° 00025-2005-PI/TC y EXP. N° 00026-2005-PI/TC, op.cit., fundamento 33.

4 Se entiende por bloque de constitucionalidad el concepto que ha sido utilizado “para denominar de forma conjunta a las normas que actúan como parámetro de constitucionalidad y que son utilizadas por el Juez constitucional en su labor de control de ajuste entre las disposiciones infraconstitucionales y el texto de la constitución” Cit. Itziar Gómez. “Redefinir el Bloque de Constitucionalidad 25 años después”, *Revista Estudios de Deusto*. Vol.N°54/1 (Ene-Jun. 2006), 61-98, 69.

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

6 “Es así que las normas que integran el bloque de constitucionalidad se convierten en una fuente de derecho obligatoria, es decir, vinculante, ya que también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento jurídico; de igual modo, tanto el preámbulo como los principios, valores y reglas constitucionales son de obligatorio de cumplimiento en el orden interno”. Carlos Hakansson. “El contenido de los Derechos Fundamentales, como un concepto abierto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Justicia Constitucional*, Año I, N° 2, Agosto-Diciembre, (2005), 49-59, 55.

jurídicos claros y suficientes para que su aplicabilidad por parte de los Estados fuera de inmediato⁷. Singular por tanto este caso en tanto que revisa los criterios del TC en relación al momento en que nace para el Perú la obligación de la consulta previa, derecho de esencial relevancia dados los focos de conflicto socioambiental que se han desatado en distintas partes del territorio⁸.

Y es que no se puede desconocer que, a través de la función hermenéutica de los tratados⁹, los jueces deben recurrir a los tratados de derechos humanos, armonizando el derecho interno y el derecho internacional. En caso de que una ley posterior interna contenga disposiciones menos protectoras que los tratados de derechos humanos, estas últimas son las que deben ser aplicadas, en virtud de la regla de la norma más protectora del principio *pro homine*, consagrada por los propios tratados de derechos humanos¹⁰.

La fuerza normativa del Convenio significará, entonces, que sus normas son de aplicación directa y de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento jurídico. En el ámbito jurídico internacional, de acuerdo a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados¹¹, los tratados de derechos humanos deben aplicarse directamente de buena fe y sin excusas en la legislación interna. En el ámbito jurídico interno, a partir de lo que establece la IV Disposición Final y Transitoria, el artículo 3 y 55¹² de la Constitución, las normas de los tratados de derechos humanos son vinculantes y de observancia obligatoria para los órganos constitucionales y los ciudadanos.

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

No obstante, a pesar de todos esos argumentos jurídicos, tras la ratificación del Convenio en nuestro país, diversos sectores del Poder Ejecutivo se negaron abiertamente a darle cumplimiento bajo la excusa de carecer de una norma que reglamente el citado tratado dentro del orden interno. Ello llevó a que muchas organizaciones indígenas y organizaciones no gubernamentales exigieran al Estado Peruano la creación de una medida legislativa que cumpla con lo establecido por el Convenio y garantice los procedimientos para el ejercicio del derecho a la consulta previa. Fueron los lamentables acontecimientos de Bagua, suscitados en junio del año 2009, los que determinaron que el Gobierno Peruano¹³ promulgara la conocida Ley de consulta previa N° 29785 (en adelante la Ley).

Los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados y los mecanismos de consulta implementados hasta la fecha en Perú presentan serias deficiencias, lo que ha derivado en una inevitable reactivación del conflicto social. Dado que el sistema económico mundial sigue dependiendo de los recursos energéticos minerales y estos se encuentran cada vez en regiones más remotas, la posibilidad de que esas actividades extractivas sigan generando impacto ambiental y conflicto social en Perú es una evidencia fácil de constatar.

7 EXP. N° 32365 del Juzgado Constitucional N° 4 de la Corte Superior de Lima, fundamentos 49 y 50.

8 En este caso los demandantes afirman que forman parte de 73 comunidades de pueblos indígenas awajún y wampis, y están cuestionando el D.S. n° 066-2006-EM, de 12 diciembre 2006, que autorizó a PERÚPETRO suscribir con una empresa privada contrato de Licencia para Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 116, ubicado en territorio de las comunidades, no se efectuó el procedimiento de consulta previa. Habrá que ver qué sucederá el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre este caso, pues si confirma la sentencia nos encontraremos frente a un serio problema de seguridad jurídica para todos los contratos firmados desde 1995 en los que no se haya hecho consulta a la comunidad afectada.

9 El TC en la sentencia del EXP. N° 2730-2006-PA/TC, de 21 de julio de 2006, fundamento 9 ha precisado que: "Se exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados".

10 Humberto Henderson. "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio Pro Homine", *Revista Instituto Interamericano de derechos humanos*, Vol. 39, (2004), 71-99, 73.

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

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

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

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

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

2. Criterios de identificación de los pueblos indígenas

La importancia de los criterios de identificación indígena solo puede llegar a entenderse si se considera con la suficiente importancia el dato nuclear del Convenio: que en él no se ofrece una definición de pueblos indígenas¹⁴. Es decir, solo ofrece parámetros generales para que cada estado al firmar y ratificar el tratado lo adapte a su concreta realidad interna, lo que tiene sentido dada la riqueza, pluralidad y variedad de las manifestaciones de la diversidad cultural indígena en todo el mundo. Por eso el tratado se limita a ofrecer criterios marco, de ahí la importancia de no alterar, manipular, tergiversar o reducir ese marco que nos ofrece el tratado para construir la categoría comunidad indígena en el Perú.

En esa lógica, lo que Ley de consulta previa en Perú ha hecho es desarrollar principios y procedimientos para facilitar el ejercicio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas a fin de establecer acuerdos con el Estado sobre medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles. Siendo la identificación de los pueblos indígenas una etapa esencial, *sine qua non*, ya que el reconocimiento de los pueblos indígenas determina que el proceso de consulta previa tenga continuidad y ejecución para los acuerdos finales. Y en ese sentido dispone el Convenio que: "La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance"¹⁵.

Para llevar a cabo esta etapa la Ley peruana establece que son las entidades promotoras¹⁶ las que deben hacer la identificación utilizando criterios, que deben interpretarse en el marco de lo señalado en el artículo 1 del Convenio: "Los criterios objetivos son los siguientes: a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional. b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. c) Instituciones sociales y costumbres propias. d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria"¹⁷.

Para permitir a las administraciones públicas y a la ciudadanía en general acceder a la información existente sobre los pueblos indígenas y sobre todo para la etapa de identificación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta previa, como otra medida de implementación del derecho a la consulta previa dentro del ordenamiento jurídico peruano, el Ministerio de Cultura en mayo de 2012, dictó la Resolución Ministerial 202-2012/MC con la finalidad de poner en funcionamiento una base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios como lista referencial de pueblos indígenas identificados en nuestro país. Para el funcionamiento de esta base de datos, la misma que tiene su origen en el artículo 20 de la Ley y en el numeral 29.2 del artículo 29 del reglamento de la referida ley¹⁸, la Resolución Ministerial 202-2012/MC aprobó una Directiva 003-2012/MC¹⁹, dónde se establecen procedimientos para su elaboración, información y actualización, bajo la evaluación tanto del Vice ministerio de Interculturalidad como de la Dirección General de los derechos de los pueblos indígenas.

Respecto a estos procedimientos, la directiva fija dos mecanismos para recabar la información categórica sobre los pueblos indígenas, siendo uno de ellos precisamente la utilización de los criterios de identificación de los pueblos indígenas tomados de la Ley, a fin de determinar qué comunidades del país forman parte de la base de datos oficial de pueblos indígenas²⁰.

14 Lo que dispone en su primer artículo el Convenio es que se aplica: "(a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; (b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio".

15 Artículo 10 de la Ley.

16 De acuerdo al artículo 3 del reglamento de la ley de consulta previa las entidades promotoras son las Entidades pública responsables de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento: La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar; Los Ministerios, a través de sus órganos competentes; os Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes; Los Gobiernos Regionales y Locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento.

17 Art. 7 de la Ley de consulta previa.

18 Decreto Supremo 001-2012-MC.

19 En adelante la Directiva.

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

En ese sentido, el artículo 7.1 de la Directiva establece que para el proceso de identificación de los pueblos indígenas u originarios que integran la base de datos, se consideran los criterios objetivos y subjetivos dispuestos en el artículo 1 del Convenio 169, el artículo 7 de la Ley 29785 y el artículo 3 de su reglamento. Esos criterios incluyen: "continuidad histórica, es decir, permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado; conexión territorial entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas, e instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas" conservadas total o parcialmente por los grupos humanos en cuestión. A su vez, el criterio subjetivo se refiere a la auto-identificación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional. Finalmente, la base de datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo, y tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Elementos que dan cuenta de la continuidad histórica, desde tiempos anteriores al establecimiento del Estado pero que nos llevan a la necesidad de plantearnos si permitirán la adecuada identificación del colectivo indígena para asegurarle la efectiva protección que le concede el Convenio.

3. Cuestionable adaptación del Convenio 169 de la OIT al establecer los criterios de identificación de los pueblos indígenas

Cuando el estado firma un tratado asume el cumplimiento de buena fe de las obligaciones que nacen del mismo y se enfrenta a exigencias de efectivo cumplimiento de lo pactado, lo que en la práctica le lleva a la necesidad de adecuar la normativa interna a la internacional. Esa obligación de adaptación está en la esencia de todo tratado y el art. 33 del Convenio sirve aquí como breve recordatorio: "1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones; 2. Tales programas deberán incluir: a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio; b) la 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". Es decir, que cuando un Estado ratifica e incorpora el Convenio se obliga a hacerlo efectivo, por lo que debe hacer una adecuación normativa interna al derecho internacional así como una implementación institucional a través de las medidas correspondientes, en cooperación con los pueblos indígenas²¹.

Es preciso resaltar que esta obligación significa que la adaptación del derecho interno a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos no se agota en la obligación de dictar nuevas normas para poner en vigencia dentro de la jurisdicción nacional los derechos internacionalmente reconocidos o en la obligación de suprimir normas o prácticas incompatibles con la plenitud del goce y ejercicio de dichos derechos, sino que incluye la obligación o prohibición de dictar leyes contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos²². La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha aclarado de esta forma: "Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no están en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos"²³.

Surge entonces el deber de preguntar si Perú ha hecho una adecuada implementación del Convenio en su ordenamiento interno. Los conflictos socioambientales en los que están presentes las comunidades indígenas ofrecen un panorama de tensión que refleja que algo está fallando en los estándares de protección que Perú dice tener hacia ese colectivo, y lo que en la práctica realmente protege²⁴. Es decir, que

de organizaciones, instituciones y comunidades de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, las disposiciones legales vigentes sobre pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial(PIACI), la data de la red vial del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el Registro Nacional de Instituciones Educativas de Educación Intercultural Bilingüe del Ministerio de Educación.

21 Susana Mosquera. "Reflexiones sobre la interpretación convencional de los derechos humanos en un caso de justicia transicional", *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional. Sobre la interpretación constitucional y convencional*, Diciembre (2016), 49-80.

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

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

24 Arellí Valencia. "Justicia ambiental y subalternidad en el Perú: construyendo oportunidades para repensar nuestra historia", *Justicia & Democracia. Revista de la Academia de la Magistratura*. N°. 11. (2013), 203-232.

o bien entre el estándar internacional y el interno hay disparidad, o bien los agentes encargados de dar un cumplimiento a esa obligación internacional no lo están haciendo eficazmente.

Varias cuestiones derivadas de la implementación del Convenio en Perú, deben ser estudiadas, -no solo el derecho a la consulta previa genera dificultades para su cumplimiento- pero si no tenemos claridad en quienes son los sujetos titulares de esos derechos que reconoce el tratado, difícilmente lograremos avances significativos para la protección de ese colectivo²⁵. De ahí la importancia de aclarar este punto, aparentemente sencillo, que refiere a la cuestión de los criterios de identificación indígena del Convenio y la traducción normativa que les ha dado el Perú. Ni la ley ni su directiva de desarrollo cumplen con lo dispuesto en el Convenio internacional. Una comparación de los criterios de identificación de los pueblos indígenas establecidos en el artículo 7 de la Ley frente a los dispuestos en el Convenio revela algunas diferencias literales e interpretativas. Estas incompatibilidades son propiciadas por la Ley que omite y establece criterios de identificación distintos a la norma internacional²⁶.

3.1 Razones por las cuales la ley no concuerda con los estándares internacionales

3.1.1 Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional

Este criterio se encuentra relacionado con lo que la OIT denomina como “continuidad histórica”. Una diferencia que se puede encontrar si se hace una interpretación literal de este criterio en consonancia con lo que establece el artículo 1 del Convenio es la novedad del término “descendencia directa” no fijado por el tratado. Esta noción resulta en un primer momento cuestionable, debido a que no existe justificación normativa que determine qué se entiende por descendencia directa de las poblaciones originarias. Asimismo la Ley ni su reglamento han indicado los mecanismos que puedan explicar de qué manera o cómo se puede probar esa descendencia directa en los pueblos indígenas. Este vacío genera ambigüedad y confusión a muchas comunidades indígenas que no tienen conocimiento de la manera en cómo se aplica este criterio y si en la práctica puede tener un efecto restrictivo²⁷.

Es importante tener en cuenta que la continuidad histórica es un criterio fundamental que sin embargo, debe ser evaluado con cuidado, debido a que en un contexto histórico muchas comunidades indígenas han sufrido desplazamientos de las que fueron sus tierras ancestrales, recalando en culturas diferentes y asimilando manifestaciones distintas a las suyas²⁸. Es muy probable que no exista ninguna región del mundo con una población que no haya sufrido cambios; en la mayor parte de los países, grupos considerables de los habitantes actuales son descendientes de pueblos que llegaron ahí de otras partes del mundo en un momento u otro²⁹. En base a este contexto, si se aplica como parámetro el que solo sean pueblos indígenas aquellos que descienden “directamente” de poblaciones originarias se puede estar excluyendo a pueblos indígenas que se han visto forzados al mestizaje producto de la conquista (si se entiende que esta sería una manera de descendencia indirecta).

Este criterio de identificación definitivamente está yendo en contra de lo que establece el Convenio, ya que este no fija condiciones (entiéndase el término “directo” en la descendencia) para reconocer a un grupo como indígena. Más bien en términos del tratado, aunque la descendencia de los pobladores originarios conduzca hacia una identificación del grupo indígena sobre una base étnica no cabe excluir la posible matización de esta cuestión en la medida en que se compartan el resto de los requisitos³⁰. Por consiguiente, se debe de identificar como indígenas a aquellos grupos que descienden de los pobladores originarios y que en la actualidad conservan los rasgos culturales evolucionados desde aquellas culturas originarias³¹. En

25 Garlit Sarfaty. “The World Bank and the Internalization of indigenous Rights Norms”, *Yale Law Journal*. Vol. 114, (2005), 1791-1818.

26 Para mayor detalle sobre el proceso de adaptación del criterio de auto identificación indígena previsto en el Convenio 169 OIT puede verse el proyecto de investigación sobre el sistema de consulta australiano a través de los censos desde 1975. <https://www.sbs.com.au/news/project-investigates-indigenous-self-identification>

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

28 Esta misma perspectiva la comparte la CIDH que ha dicho lo siguiente: “Un elemento clave para la determinación de cuándo un determinado grupo se puede considerar como indígena o tribal es la continuidad histórica de su presencia en un determinado territorio, y –para el caso de los pueblos indígenas- su vinculación ancestral con las sociedades que preexistían a un período de colonización o conquista. Ello no implica, sin embargo, que los pueblos indígenas o tribales sean sociedades estáticas que permanecen idénticas a sus antecesores. Por el contrario, en tanto colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen su propia trayectoria social, que se adapta al cambio de los tiempos, manteniendo en todo o en parte el legado cultural de sus ancestros”. CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 30 de diciembre de 2009, párr. 35].

29 José Emilio Orlando. “Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho Internacional Público moderno y la Sociología del Derecho: “Indio”, “Pueblo” y “Minorías”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, num.3, Antropología Jurídica, (1995), 47-86.

30 Soledad Torrecuadrada. “Identidad Indígena”, *Boletín Oficial del Estado*. Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, AFDUAM 17, (2013), 529-559, 535.

31 *Ibidem*, pág. 536.

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

3.1.2 *Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan*

Si se observa este criterio de identificación detenidamente se puede notar que se trata de un elemento “restrictivo”. Pues solo se le reconocería a un pueblo indígena tal “status” si tiene estilos de vida y vínculos espirituales e históricos relacionados al territorio tradicional que usa u ocupa (entiéndase solo al territorio). Si se tiene en cuenta que actualmente muchas comunidades indígenas evolucionan con el tiempo³² y por ende ya no usan u ocupan su territorio ancestral o tradicional debido a los cambios históricos que han sufrido producto de la colonización, despojo, expropiaciones forzosas de tierras o por influencia de asimilación de nuevas culturas occidentales, la aplicación de este criterio para estos casos determina una mayor probabilidad de no que ese grupo no reciba una identidad étnica propia por lo que podría contradecir el alcance del Convenio.

En consecuencia, ¿qué sucedería, por ejemplo, con aquellos pueblos que no puedan demostrar actividades espirituales o históricas con el territorio tradicional que usan u ocupan? ¿O qué pasaría en casos, donde actualmente muchos miembros de un pueblo indígena han adoptado estilos de vida más urbanizados? Según este criterio, estos pueblos no lograrían demostrar su condición de pueblo indígena. Por esto es fundamental comprender que si bien la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales debe ser compartida por sus miembros, es inevitable que alguno de ellos vivan con menos apego a las tradiciones culturales correspondientes que otros, pues hay quienes han adoptado formas o expresiones de vida nuevas. Sin embargo, este hecho no puede llevar a la conclusión de que los pueblos indígenas o tribales pierdan su identidad o los derechos que les confiere el derecho internacional³³. Como en el caso anterior, este criterio de identificación no debe ser considerado para identificar a un pueblo como indígena, por ello es necesaria su rectificación para lograr una mejor recepción del tratado.

3.1.3 *Instituciones sociales y costumbres propias*

Aunque este criterio se desprende del propio Convenio, respecto a las conservación total o parcial de las instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas, llama la atención que la Ley haya establecido solo la expresión “instituciones sociales y costumbres propias” y omitido asimismo, la importancia de la conservación parcial o total de estas instituciones para reconocer a un pueblo como indígena. Para el Convenio, los pueblos indígenas deben ser reconocidos en base a las instituciones políticas, sociales, culturales o económicas que conservan total o parcialmente.

En base a lo anterior, no se entiende la razón del porqué la Ley hace énfasis solo en “instituciones sociales y costumbres propias”, si se sabe que los pueblos indígenas, cuentan también con instituciones políticas, culturales y económicas como lo reconoce el tratado. ¿Será que las instituciones sociales tienen un rango superior a las demás o las otras instituciones no tienen importancia? Si una de las razones por las que se activa un sistema de consulta previa es justamente para lograr una mejor participación de los grupos indígenas en la toma de decisiones que también les afectan como ciudadanos, tendría que tomarse respetando las costumbres políticas, sociales y culturales de ese colectivo³⁴.

Asimismo, tampoco se encuentra justificación del porqué la Ley no precisa la expresión “de conservación total o parcial” de las instituciones que definen una identidad étnica en los pueblos indígenas, pues es fundamental tener en cuenta las condiciones en que mantienen estos pueblos sus instituciones originarias, ya que muchas han perdido la totalidad o parte de ellas por cambios producto de un dinamismo cultural. Las razones anteriores comprueban que este criterio de identificación es contrario a lo establecido por el Convenio, por lo que debe reformularse y adecuarse al texto internacional.

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

33 *Ibidem*, párr. 37.

34 El problema es que ese camino lleva a la controvertida cuestión del rango que podamos asignar a las reglas jurídicas que usa la comunidad indígena. Al sistema jurídico estatal no le resulta fácil dar eficacia a la regla consuetudinaria pues no siempre hay perfecta sintonía entre la visión del derecho, finalidad y funciones.

3.1.4 Desconocimiento del alcance del criterio subjetivo de auto-identificación

Respecto al criterio de identificación subjetivo, constituye un desacierto lamentable que la ley furtivamente haya desconocido remarcar la importancia y rol dirimente que tiene este criterio para determinar la existencia de un pueblo indígena. El Convenio lo establece como un criterio fundamental para reconocer a un pueblo indígena: "La conciencia de identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio". Asimismo, para los órganos internacionales como la Corte IDH y la CIDH³⁵ este "criterio de auto-identificación" es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos³⁶. Incluso, la DNUDPI³⁷ lo ha definido como un derecho fundamental de los pueblos indígenas, al igual que algunas leyes de ordenamientos jurídicos comparados³⁸.

No se entiende por ello, la limitación sobre su trascendental significado. No existe claridad sobre si es que la sola auto-identificación bastaría para establecer la condición indígena de un colectivo o si resulta necesario verificar los criterios objetivos para constatar o validar este criterio subjetivo³⁹. Esta ambigüedad pone en riesgo el reconocimiento de los pueblos indígenas y demuestra en ese sentido un intento bastante sofisticado para minimizar el impacto del Convenio. Es necesario por ello su reformulación resaltando que es fundamental en la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y determinante para impulsar políticas públicas que tengan como fin resolver la situación de inequidad y exclusión en la que han vivido por siglos las comunidades. En este contexto hay que dar la enhorabuena a iniciativas como la inclusión de la pregunta sobre percepción subjetiva étnica, en el Censo 2017. Pero lamentablemente por la mecánica de su realización no parece que ese censo vaya a ofrecer un resultado representativo y validable sobre un dato tan relevante como la auto identificación indígena.

3.1.5 El desconocimiento del requisito de "la situación jurídica" de los pueblos indígenas.

La ley tampoco reconoce la denominación "cualquiera sea la situación jurídica" de los pueblos que sí establece el Convenio. Esta característica es fundamental en el ámbito internacional porque un pueblo indígena no necesita tener un "estatus", es decir, estar inscrito o registrado, para ser reconocido como tal, es decir, para que los derechos derivados del tratado se les deben aplicar de forma directa. En ese sentido, puede constituir una violación al Convenio, la negativa del Estado de reconocer derechos, registro o titulación a los pueblos que cumplen con los demás criterios de identificación⁴⁰.

La OIT ha dicho respecto a esta circunstancia "que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados, en virtud de que la ocupación tradicional confiere el "derecho a la tierra en virtud del Convenio, (...) independientemente de que tal derecho hubiera sido reconocido o no (por el Estado)"⁴¹. La omisión de la ley sobre esta nota característica, genera indudablemente problemas en el reconocimiento de muchos pueblos, sobre los que arbitrariamente se les puede estar exigiendo algún documento o título para acreditar su condición⁴². Para impedir este obstáculo, el legislador debe añadir la regulación de este criterio de identificación adaptándose a lo establecido por el Convenio.

35 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

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

37 Artículo 33 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: "Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones".

38 Los ejemplos del derecho comparado son muchos y muy enriquecedores para entender hacia donde se dirige esta cuestión en todo el mundo. Así, en los Estados Unidos, los tribunales han reconocido a las tribus nativas como entes políticos independientes. En Canadá los acuerdos de impacto y beneficio permiten la negociación directa entre los promotores de proyectos y las comunidades. En Nueva Zelanda, la legislación ambiental tiene reglas específicas para proteger los intereses nativos. Las tierras indígenas tienen un título especial de reconocimiento en muchos países del mundo. Lo que demuestra que Perú tiene mucho por hacer, pero muy buenos faros que seguir si quiere recibir consejo de otros modelos jurídicos que ya han tomado medidas concretas para proteger eficazmente su diversidad indígena.

39 Rafael Barrio de Mendoza y Gerardo Damonte. "Los dilemas del Estado Peruano en la implementación y aplicación de la Ley de Consulta Previa en los Andes Peruanos", *Revista Antropológica/Año XXXI*, N° 31, (2013), 127-147, 141.

40 Raquel Irigoyen. "Derechos de Pueblos Indígenas Vinculados a Actividades Extractivas", *Fundación Canadiense para las Américas FOCAL*, (2008), 1-8, 2.

41 OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. (Ginebra, OIT, 2009), 94.

42 Una propuesta de solución para aliviar esa exigencia para por considerar el papel internacional de las comunidades indígenas como actores no estatales ante la comunidad internacional. Susana Mosquera. "Las comunidades indígenas como actores internacionales no estatales. Consideraciones sobre su legitimación activa directa para proteger el derecho al desarrollo sostenible", *IV Convención de Derecho Público*, coord. por Ronald Vilchez (Palestra, Lima, 2017) 41-74.

3.2 Razones por las cuales la directiva no concuerda con los estándares internacionales

A su vez, la Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios, aprobada para poder llevar a cabo los procedimientos de consulta previa, distorsiona los criterios de identificación de los pueblos indígenas establecidos por el derecho internacional. Comete dos desaciertos muy puntuales: establece un significado diferente al criterio de continuidad histórica catalogado por el derecho internacional y añade nuevos criterios no incluidos por el Convenio.

3.2.1 La continuidad histórica como “permanencia en el mismo territorio”

El cuestionamiento que se hace a esta definición es que presenta una versión distorsionada y confusa del requisito de “continuidad histórica” que describe el Convenio. Mientras la OIT explica que el criterio de la “continuidad histórica” requiere que los pueblos indígenas sean sociedades que descienden de grupos con presencia anterior a la colonización o la conquista, la directiva lo define como una “permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado”.

Este contradictorio cambio del significado que brinda el tratado excluye el reconocimiento de pueblos indígenas a aquellos grupos colectivos que no permanecen estables en el área que ocupaban sus ancestros dentro de lo que es hoy el territorio nacional, producto de despojos violentos o forzados, o por otras razones de libre consentimiento⁴³. La exigencia de una permanencia de los grupos indígenas en las tierras que fueron habitados por sus antepasados es ignorar la situación real que viven los pueblos indígenas en sus territorios. La misma OIT ha manifestado que: “Las tierras de los pueblos indígenas pueden incluir en algunos casos aquellas tierras perdidas en forma reciente u ocupada por los pueblos indígenas en una época más reciente (por lo general después de su desplazamiento de las tierras que ocupaban previamente)”⁴⁴.

3.2.2 Las Tierras Comunales

El elemento adicional objetivo que añade la Directiva para complementar el significado de la “continuidad histórica” son “las tierras comunales” de los pueblos indígenas. Respecto a este requisito de “tierras comunales” es necesario precisar que la situación jurídica formal de los territorios no puede considerarse un requisito para que un pueblo sea considerado como indígena y por ende incluido en la base de datos oficial. El término “tierras comunales” puede significar que las comunidades indígenas deben contar con una formalidad que determine el tipo de propiedad comunal sobre sus tierras. Si esto es así, muchas comunidades indígenas no podrían ser reconocidas como tal por no contar con título que los acredite como titulares de sus tierras.

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

3.2.3 El requisito de la lengua indígena

La Directiva señala que para la base de datos oficial de los pueblos indígenas se debe tener en cuenta “como elemento objetivo para el reconocimiento de un pueblo como indígena a la lengua, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo”. No cabe duda que la lengua ancestral es una de las instituciones históricas y culturales más importantes que tienen los pueblos indígenas, y que su mantenimiento y uso pueden ser pruebas objetivas que demuestren su tipo de identidad étnica. En ese sentido, si un grupo colectivo actualmente conserva una lengua autóctona, esta sirve como prueba objetiva para el reconocimiento del pueblo como indígena, por el “mantenimiento de una de sus instituciones sociales y culturales”, de acuerdo a lo que establece el Convenio.

Pero la realidad demuestra que no en todos los casos encontramos pueblos indígenas que conserven su lengua originaria. Y si a ese requisito le damos la condición de esencial para recibir la condición de pueblo indígena y los derechos que la arropan, ¿qué sucedería en los casos donde los miembros de una comunidad indígena ya no mantienen o usan su lengua ancestral?⁴⁵ La cuestión o problema surge en esos casos, donde el elemento de la lengua no favorece a la identificación de los pueblos indígenas. Muchas comunidades

43 Para un mejor estilo de vida por ejemplo.

44 Juan Carlos Ruiz. “Problemas jurídicos en la implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los “pretextos jurídicos” del Gobierno para incumplirla”, *Derecho y Sociedad*, Vol. 42, (2014) 179-192.

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

no son reconocidas como indígenas por la aplicación estricta de este requisito incorporado en la norma interna. Por ese motivo se sugiere que sea suprimido o aclarado.

Como puede observarse, los criterios de identificación de la Ley y la Directiva analizados crean elementos restrictivos e inadecuados para identificar a un pueblo indígena. Respecto a la Ley, si bien su reglamento señala que “los criterios establecidos en el artículo 7º de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT”; resulta imposible a través del estudio realizado poder interpretar conjuntamente los criterios de identificación de ambas normas debido al significado distinto que contienen.

Así, en relación específicamente con el derecho a la consulta previa, evidentemente con la aplicación de estos elementos en la etapa de identificación de los pueblos indígenas no se lograría el ejercicio de este derecho, pues el reconocimiento indígena de muchos pueblos sería controvertido y si un pueblo no es reconocido como indígena no tiene derecho a la consulta previa⁴⁶. Actualmente parece ser que las entidades promotoras vienen aplicando los criterios de identificación de la Ley reduciendo el marco de protección previsto por el Convenio 169, generando de ese modo un camino a la reclamación de responsabilidad internacional del estado por incumplimiento del tratado⁴⁷.

El Estado Peruano no cumple pues con lo que el propio Convenio estipula respecto a que: “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efectos a sus mandatos deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Ni siquiera con la premisa que la “consulta debe desarrollarse (...) tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados, determinado por la misma ley. “El Estado Peruano no puede regular criterios “cerrados”. En ese sentido, una reformulación al contenido de las normas internas propiciaría que el órgano encargado de la función evite efectuar de manera descontextualizada, o delimite de forma rígida el reconocimiento a los pueblos indígenas. Con nuevas disposiciones compatibles al Convenio, habría una mejor protección a los pueblos indígenas en nuestro país.

Por estas razones y por las expuestas en el análisis de los criterios de identificación de orden interno y sabiendo que el Perú es un Estado Multicultural donde se respeta la diferencia y se permite vivir a los pueblos en igualdad en términos de identidad cultural, en definitiva se aprecia que tanto el artículo 7 de la ley y la disposición 7.1 de la Directiva devienen en inconstitucional por alterar el artículo 51 de la Constitución Política⁴⁸, es decir; por controvertir la supremacía y rango constitucional del Convenio al desnaturalizar su contenido, minimizar su impacto y por obstaculizar el ejercicio de derechos indígenas como la identidad étnica y ejercicio a la consulta previa recogidos por el tratado y la Constitución respectivamente. Aplicando el control de convencionalidad se puede reclamar la aplicación del Convenio frente a las normas internas que lo tergiversan.

4. Reflexiones para una revisión

Es necesario que en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 7 de la Ley se corrija y acomode perfectamente a la norma 1 del Convenio. Para ello, es conveniente que la propuesta de revisión sea una reforma legislativa que permita adecuar el artículo 7 de la Ley al Derecho Internacional de Derechos Humanos. En ese sentido, el legislador peruano al corregir y adecuar el artículo 7 de la Ley deberá tener en cuenta a fin de tener una armonía entre el derecho interno y el internacional lo siguiente: la utilización de la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha desarrollado la importancia de los criterios de identificación de los pueblos indígenas establecidos en el Convenio, la jurisprudencia del TC que ha desarrollado el derecho de identidad étnica y cultural, el rango constitucional y fuerza normativa del Convenio, y las disposiciones constitucionales que dan preferencia a las normas constitucionales⁴⁹.

46 “El censo poblacional del año 2007 no buscó identificar con precisión a los pueblos indígenas existentes en la costa o la sierra peruanas. A diferencia de las poblaciones amazónicas, estas poblaciones no son claramente diferenciadas de los no indígenas, por ejemplo, por la lengua materna, debido a que varios de sus miembros se han trasladado al sector urbano y han dejado de aprender las lenguas maternas quechuas o aymaras (...) Asimismo el censo no consideró el criterio de “la conciencia de la identidad indígena”, que resulta importante para determinar quiénes son pueblos indígenas, tal como señala el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (Convenio Constitutivo del Fondo Indígena), principal tratado internacional de la región donde se define a los pueblos indígenas. Víctor Hugo Cárdenas et al. *Participación Política Indígena y Políticas Públicas para Pueblos Indígenas en América Latina*, (Bolivia, Fundación Konrad Adenauer, 2011)

47 Elizabeth Salmón, coord. *La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*, (Lima, Fundación Konrad Adenauer, 2012).

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

49 Artículos 51 y 138 de la Constitución. Su esencia sirve de base para fortalecer el papel de las normas constitucionales y convencionales dentro del ordenamiento jurídico en la especial labor de protección de los derechos de la persona. Una lectura armoniosa del sistema debe llevar al juez a una lectura completa de esa tabla de derechos ya tengas origen interno o internacional. Susana Mosquera. “El

Este gran desafío de “convencionalizar” el ordenamiento jurídico nacional ya ha sido un pedido formulado incluso por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en el Informe 2010. Ahora bien, a través de la propuesta con el pedido de que el Estado Peruano deba adecuar el artículo 7 de la Ley a lo que establece el Convenio, se propone también que se deba mejorar y priorizar mecanismos de reconocimiento indígena basados en indicadores sociológicos y antropológicos siguiendo la tendencia internacional, a fin de fortalecer la identidad de los pueblos indígenas, entre ellos, los que se encuentran asentados en la zona andina del país. Para ello, deberá considerarse que el concepto de pueblo indígena responda a circunstancias de su entorno y a la valoración dinámica del propio concepto, puesto que no se les puede entender como pueblos “atrapados en el tiempo”.

Se propone una nueva redacción al art. 7 de la Ley de consulta previa que sea más coherente con lo dispuesto en el Convenio que puede ser redactado en estos términos: “Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes: a) Descendencia de las poblaciones anteriores a la conquista o colonización, cuyos ancestros habitaban el país o una región del Estado peruano; b) Conservación total o parcial de instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas. La aplicación de estos criterios objetivos no debe estar condicionada a la situación jurídica de ese colectivo indígena u originario. El criterio subjetivo de auto-identificación o conciencia de identidad indígena es fundamental en la determinación de la identidad de los pueblos y debe complementar a los criterios objetivos mencionados”.

No obstante, conscientes de que llevar a cabo un cambio normativo en las disposiciones legales vigentes puede resultar una labor compleja y lenta, resulta esencial ofrecer alternativas jurídicas que ayuden a dar viabilidad a la protección de derechos de las comunidades indígenas. En ese orden de cosas adquiere especial importancia la posibilidad de iniciar una acción de inconstitucionalidad con el propósito de dejar sin efecto o derogar el artículo 7 de la ley de consulta previa por alterar el artículo 51 de la Constitución Política, es decir, por controvertir la supremacía y rango constitucional del Convenio al desnaturalizar su contenido, minimizar su impacto y sentido, y por violar derechos indígenas como la consulta previa e identidad étnica recogidos por el tratado y la Constitución respectivamente, al poner obstáculos al acceso de los mismos.

Otras medidas en el orden internacional pasan por activar los resortes de control de cumplimiento del tratado que sirve de marco protector a los derechos de las comunidades indígenas, el Convenio 169 de la OIT. Este cuenta con dos tipos de procedimientos de control: uno ordinario o regular, mediante la exigencia a los estados de elaborar una memoria o informe periódico sobre el cumplimiento del Convenio⁵⁰. Aquí cabe la presentación de comunicaciones por parte de las organizaciones indígenas a través de un mandante (como una organización de trabajadores o empleadores o la propia comunidad indígena como actor internacional no estatal)⁵¹. El otro es un procedimiento o mecanismo extraordinario que se activa por la presentación, por parte de un mandante, de reclamaciones o quejas⁵² ante la OIT por incumplimiento del Convenio.

Conscientes de las dificultades que tienen las comunidades indígenas para llegar a ese plano internacional de protección, especialmente a causa del deficiente reconocimiento jurídico que reciben en sede nacional, otra propuesta de reforma debería pasar por una mejor y más intensa actividad en la identificación de

control de convencionalidad como necesaria herramienta de diálogo entre la Corte IDH y el juez nacional”, en *Gaceta Constitucional*. Tomo 103. Julio, (2016) 15-27.

50 Artículo 22 del Estatuto de Constitución de la OIT: “Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite”.

51 Artículo 24 del Estatuto de la Constitución de la OIT: “Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente.”

52 Artículo 26 del Estatuto de Constitución de la OIT: “1. Cualquier Miembro podrá presentar ante la Oficina Internacional del Trabajo una queja contra otro Miembro que, a su parecer, no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado en virtud de los artículos precedentes. 2. El Consejo de Administración podrá, si lo considerare conveniente y antes de referir el asunto a una comisión de encuesta, según el procedimiento que más adelante se indica, ponerse en relación con el gobierno contra el cual se presente la queja, en la forma prevista en el artículo 24. 3. Si el Consejo de Administración no considerare necesario comunicar la queja al gobierno contra el cual se haya presentado, o si, hecha la comunicación, no se recibiere dentro de un plazo prudencial una respuesta que le satisfaga, el Consejo de Administración podrá nombrar una comisión de encuesta encargada de estudiar la cuestión planteada e informar al respecto. 4. El Consejo podrá seguir el mismo procedimiento de oficio o en virtud de una queja presentada por un delegado de la Conferencia. 5. Cuando el Consejo de Administración examine una cuestión suscitada por la aplicación de los artículos 25 ó 26, el gobierno interesado, si no estuviere ya representado en el Consejo de Administración, tendrá derecho a designar un delegado para que participe en las deliberaciones del Consejo relativas a dicha cuestión. La fecha en que deban efectuarse las deliberaciones se notificará en tiempo oportuno al gobierno interesado”.

los pueblos indígenas labor que no debería quedar bajo control de las entidades promotoras⁵³, e incluso i siquiera bajo el campo de acción del Viceministerio de Interculturalidad como órgano rector en los derechos de los pueblos indígenas, la labor de identificación de los pueblos indígenas puede seguir generando dificultades puesto que, como Viceministerio, seguirá quedando bajo competencia del “Estado” la facultad de identificar a los pueblos indígenas, dificultando el efectivo cumplimiento del criterio de auto identificación.

De hecho, y a pesar de ser el órgano indicado por razón de sus funciones⁵⁴, es posible comprobar que el Viceministerio de Interculturalidad tiene una escasa capacidad de interacción con los Ministerios que están más directamente relacionados con las acciones que sí tienen potencial para dañar derechos de las comunidades indígenas, como son los sectores extractivos controlados desde el Ministerio de Energía y Minas y no desde el de Interculturalidad. Es decir, estamos ante un déficit de coordinación dentro del ejecutivo que resulte eficaz para el cumplimiento de las obligaciones que derivan del tratado. Sin embargo, en caso de producirse una reclamación por incumplimiento del Convenio, todos los ministerios descubrirán que la responsabilidad solidaria les alcanza, pues del cumplimiento del tratado responde el Estado con todos sus órganos. Resulta esencial que los órganos del Estado refuercen la coordinación de acciones y órganos.

Sería deseable que el Viceministerio de Interculturalidad logre convertirse en el órgano centralizador de las acciones conducentes a la identificación de los pueblos indígenas, para de ese modo ayudar efectivamente en la preparación del camino para una correcta implementación del proceso de consulta previa con garantías. Pero mientras eso no suceda, y considerando la efectiva posibilidad de que en sede interna el Estado siga aplicando mal el Convenio, parece oportuno abrir una vía internacional para ofrecer a las comunidades indígenas un lugar donde reivindicar sus derechos como actores internacionales no estatales⁵⁵.

La opción del avestruz, que pasa por negar la existencia de la realidad, no parece la más aconsejable, por lo que corresponde hacer frente al problema de forma radical: desde su origen. Las enseñanzas que se pueden extraer de otros modelos jurídicos con realidades culturales similares y con actividades extractivas importante resulta un factor interesante y sumamente útil. El reconocimiento dado a las comunidades nativas, la defensa de su identidad, su sistema jurídico, avanzan en sentido de fortalecer un estado realmente intercultural, con la consecuencia de integrar a los pueblos indígenas en la toma de decisiones con los derechos y obligaciones que eso conlleva. Lograr que quienes tienen funciones de gobierno asuman seriamente que esa labor sigue pendiente y que en el Perú no se puede seguir posponiendo *sine die*, corresponde a la academia, a los partidos políticos y a todos los que representan a la sociedad civil.

En conclusión, la pregunta que el Censo incorporó en 2017 ha sido un loable esfuerzo en esa dirección para lograr dar visibilidad a la plural conformación cultural y étnica de la sociedad peruana, pero en verdad queda mucho por hacer y todos los esfuerzos serán bienvenidos, pues la causa es justa y nos afecta a todos.

5. Bibliografía

Barrio de Mendoza, Rafael y Damonte, Gerardo. “Los dilemas del Estado Peruano en la implementación y aplicación de la Ley de Consulta Previa en los Andes Peruanos”, *Revista Antropológica*/Año XXXI, N° 31, (2013), 127-147.

Cárdenas, Victor Hugo et al. *Participación Política Indígena y Políticas Públicas para Pueblos Indígenas en América Latina*, (Bolivia, Fundación Konrad Adenauer, 2011).

Castillo, Luis. “¿En qué casos el Estado está obligado a consultar a las comunidades indígenas, nativas o pueblos originarios? A propósito del Convenio N° 169 de la OIT”, *Actualidad Jurídica* N°189. (2009).

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

Gómez, Itziar. “Redefinir el Bloque de Constitucionalidad 25 años después”, *Revista Estudios de Deusto*. Vol.N°54/1 (Ene-Jun. 2006), 61-98.

53 Porque muchas entidades estatales promotoras no cuentan con unidades especializadas en pueblos indígenas, lo que determina un bajo desarrollo en los trabajos de identificación en los pueblos indígenas; y porque no tienen atribuidas por sus normas de creación, funciones estrictas sobre la protección de los pueblos indígenas. Un ejemplo es el caso del Ministerio de Energía y Minas, órgano estatal promotor que más participación tiene dentro del proceso de consulta previa y cuyas funciones están basadas en la promoción del inicio y desarrollo de actividades energéticas y mineras de inversión para el país.

54 De acuerdo a la Primera Disposición Complementaria Final de la ley 29785, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

55 Susana Mosquera. “Las comunidades indígenas como actores internacionales no estatales...”, op. cit., 74.

Hakansson, Carlos. "El contenido de los Derechos Fundamentales, como un concepto abierto en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Justicia Constitucional*, Año I, N° 2, Agosto-Diciembre, (2005), 49-59.

Henderson, Humberto. "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio Pro Homine", *Revista Instituto Interamericano de derechos humanos*, Vol. 39, (2004), 71-99, 73.

Irigoyen, Raquel. "Derechos de Pueblos Indígenas Vinculados a Actividades Extractivas", *Fundación Canadiense para las Américas FOCAL*, (2008), 1-8.

Mosquera, Susana. "El control de convencionalidad como necesaria herramienta de diálogo entre la CortelDH y el juez nacional", en *Gaceta Constitucional*. Tomo 103. Julio, (2016) 15-27.

_____. 2016. "Reflexiones sobre la interpretación convencional de los derechos humanos en un caso de justicia transicional", *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional. Sobre la interpretación constitucional y convencional*, Diciembre (2016), 49-80.

_____. 2017. "Las comunidades indígenas como actores internacionales no estatales. Consideraciones sobre su legitimación activa directa para proteger el derecho al desarrollo sostenible", en Ronald Vílchez (Coord.) *IV Convención de Derecho Público*. Palestra, Lima, 2017, 41-74.

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

Ruiz, Juan Carlos. "Problemas jurídicos en la implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los "pretextos jurídicos" del Gobierno para incumplirla", *Derecho y Sociedad*, Vol. 42, (2014) 179-192.

Salmón, Elizabeth. (Coord.) *La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*, (Lima, Fundación Konrad Adenauer, 2012).

Sarfaty, Garlit. "The World Bank and the Internalization of indigenous Rights Norms", *Yale Law Journal*. Vol. 114, (2005), 1791-1818.

OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. (Ginebra, OIT, 2009).

Orlando, Jose Emilio. "Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho Internacional Público moderno y la Sociología del Derecho: "Indio", "Pueblo" y "Minorías", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, num.3, Antropología Jurídica, (1995), 47-86.

TorreCuadrada, Soledad. "Identidad Indígena", *Boletín Oficial del Estado*. Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, AFDUAM 17, (2013), 529-559, 535.

Valencia, Areli. "Justicia ambiental y subalternidad en el Perú: construyendo oportunidades para repensar nuestra historia", *Justicia & Democracia. Revista de la Academia de la Magistratura*. N° 11. (2013), 203-232.