INFORME LEGAL DE SUSTENTO DE LA PERSONERÍA JURÍDICA DE LOS GOBIERNOS INDÍGENAS AUTÓNOMOS BAJO EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN

GOBIERNO TERRITORIAL AUTÓNOMO
DE LA NACIÓN WAMPÍS

Informe legal de sustento de la personería jurídica de los Gobiernos Indígenas Autónomos bajo el principio de autodeterminación

Gobierno Territorial Autónomo de la Nación Wampis

2023

Informe legal de sustento de la personería jurídica de los Gobiernos Indígenas Autónomos bajo el principio de autodeterminación

Documento elaborado por Roger Merino, PhD. para el Gobierno Territorial Autónomo de la Nación Wampis

Primera edición febrero 2023

© GTANW y Roger Arturo Merino Acuña

Tiraje: 500 ejemplares impresos

La publicación de esta obra ha sido posible gracias a la generosa contribución de la Fundación Nia Tero



Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2023-01419

Diagramación e impresión:
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5

Tabla de contenido

Prólogo – James Anaya 7

1. Introducción 11

2. Evolución del derecho a la autodeterminación indígena en el Derecho Internacional 17
   - 2.1. Jurisprudencia y estándares internacionales de derechos humanos y autodeterminación 27
     - 2.1.1. Estándar de obligatoriedad de adecuación 30
     - 2.1.2 Estándar de debido reconocimiento 31
     - 2.1.3 Estándar de habilitación de otros derechos 32
     - 2.1.4 Conclusión sobre estándares internacionales de derechos humanos y autodeterminación 37
   - 2.2. Experiencias internacionales sobre reconocimiento a la autodeterminación indígena 41
     - 2.2.1 El surgimiento de la plurinacionalidad 45
     - 2.2.2. Experiencias del Derecho Anglosajón (Common Law) 50
     - 2.2.3. Conclusión sobre el reconocimiento de la autodeterminación en perspectiva comparada 53

3. Desarrollo histórico del reconocimiento a la autodeterminación indígena en el Perú 55
   - 3.1. Autodeterminación indígena en el Perú colonial 55
   - 3.2. Las olas del indigenismo legal 58

3.3. Conclusión sobre la evolución legal del reconocimiento a la autodeterminación 66

4. Posición del estado peruano sobre el derecho a la autodeterminación indígena 69
4.1. La posición de los tribunales de justicia: El Poder Judicial y el Tribunal Constitucional 69
4.2. La posición de la Defensoría del Pueblo 76
4.3 La posición del Poder Ejecutivo 78
4.3.1. Sector Educación 79
4.3.2. Sector Salud 80
4.3.3. Sector Cultura 86
4.3.4. Sector Ambiente 87
4.3.5. Sector Agricultura y Riego 87
4.3.6. Evaluación del Poder Ejecutivo respecto a los estándares de autodeterminación 88
4.4. La posición del Congreso de la República 89
4.5. La posición de los gobiernos regionales 92
4.6. Conclusión: espacios limitados de autodeterminación 94

5. Conclusiones y recomendaciones 97

6. Bibliografía 101

Prólogo

S. James Anaya
Catedrático de derechos humanos de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Colorado
Anterior Relator Especial de la ONU
sobre los derechos de los Pueblos Indígenas

El derecho a autodeterminación – recogido en varios instrumentos internacionales como la *libre determinación* – es fundamental para los pueblos indígenas, no menos que para los otros pueblos del mundo. Proclamada en la Carta de Naciones Unidas como un principio rector de la gobernanza internacional, y como un derecho de "Todos los pueblos" en los dos principales convenios de derechos humanos [1], la autodeterminación es una norma que forma parte importante del derecho internacional contemporáneo.

La autodeterminación deriva de la idea de que todos los sectores de la humanidad deben poder controlar sus propios destinos en condiciones de igualdad. Por lo tanto, la autodeterminación da lugar a reformas que rompen con los legados del imperialismo, la discriminación, la supresión de la participación democrática y la subyugación cultural. Este derecho tiene diferentes aplicaciones en diferentes contextos, pero en todo caso obliga a los estados a conformar sus instituciones y ejercicio de poderes al conjunto de valores de dere-

1 Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales, y culturales; Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos.

chos humanos que se encuentran implícitos en el concepto de la autodeterminación.

La *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* ("Declaración de la ONU") hace hincapié en que "Todos los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación ". También la *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas* resalta que los pueblos indígenas son titulares de este derecho. Ambas declaraciones, en términos similares, señalan los contornos del derecho a la libre-determinación y las obligaciones conexas estatales en el contexto de los pueblos indígenas, inclusive en relación con sus sistemas propias de autogobierno, territorio y recursos naturales, y la cultura.

La autodeterminación tiene un aspecto reparador, por la cual impulsa nuevos arreglos entre los pueblos indígenas y los estados para superar las pautas que han suprimido la capacidad de estos pueblos de desarrollarse según sus propias prioridades y de estar seguros en sus derechos como pueblos diferenciados. La Profesora Erica-Irene Daes, presidenta del grupo de trabajo que elaboró el primer borrador de la Declaración de la ONU, señaló que la autodeterminación puede concebirse como un proceso

> en virtud del cual los pueblos indígenas sean capaces de unirse a todos los otros pueblos que constituyen el Estado, en términos de muto acuerdo y justicia, después de muchos años de aislamiento y exclusión. Este proceso no requiere la asimilación de los individuos indígenas en la cultura dominante, sino el reconocimiento y la incorporación de los pueblos diferenciados en el tejido del estado, en términos consensuados.[2]

2 Erica-Irene Daes, 'Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination' (1993) 3 (1) Transnational Law & Contemporary Problems 3, p. 9.

La presente obra profundiza en el contenido y significado del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, señalando en especial a este derecho como sustento legal de la personería jurídica de los gobiernos indígenas autónomos. El autor, Dr. Roger Merino, hace una reseña magistral de las varias fuentes de derecho internacional y de la jurisprudencia de órganos internacionales pertinentes al tema, junto con un análisis comprensivo de las deficiencias en la legislación, jurisprudencia e institucionalidad del estado peruano frente al derecho indígena de autodeterminación.

Un punto clave en la obra es el énfasis en la obligación de los estados de adecuar su derecho interno y arreglos institucionales a los estándares internacionales relativos al derecho a la autodeterminación. En general, un elemento central del derecho internacional de los derechos humanos es la obligación de los estados de no solo respetar sino también proteger los derechos humanos señalados en los tratados y otras fuentes de derecho internacional aplicables. La autodeterminación es un derecho humano colectivo de los pueblos indígenas, juntos con otros derechos humanos de estos pueblos que se encuentran protegidos en varias fuentes de derecho internacional que obligan al estado peruano tanto como a otros estados. La obligación de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, en especial su derecho a la autodeterminación, implica la obligación positiva de los estados de ajustar su derecho interno e instituciones de gobierno para hacer efectivo el ejercicio de estos derechos humanos.

La autodeterminación es un instrumento para promover la justicia y la estabilidad en las relaciones entre los estados y los pueblos. El no cumplimiento con este derecho fundamental promueve lo contrario. La presente obra es un guía para el uso de este instrumento, la autodeterminación, a fin de alcanzar la justicia que merecen los pueblos indígenas.

1.
Introducción

El derecho a la autodeterminación indígena es un derecho humano colectivo que tiene raíces milenarias. Antes de la colonización los pueblos indígenas ya ejercían su autodeterminación al aprobar y aplicar sus propios sistemas políticos y legales. Y a pesar de que el proyecto colonizador buscó imponer una legalidad foránea para justificar la apropiación de territorios y mano de obra en el nuevo mundo, la autodeterminación persistió ya sea porque la nueva legalidad reconocía explícitamente algún nivel de autogobierno, ya sea porque los propios pueblos hacían uso estratégico de la nueva legalidad para hacer valer sus derechos ancestrales, o ya sea porque estos pueblos ejercían su autonomía en la práctica más allá de la institucionalidad y legalidad oficial.

Con el tiempo, la autodeterminación ha ido reconociéndose en los sistemas legales bajo distintas denominaciones, tales como autonomía indígena, soberanía indígena, libre determinación indígena, autogobierno indígena. El sistema internacional de derechos humanos en el siglo pasado comienza a reconocer este derecho como derecho humano colectivo y las constituciones y leyes hacen lo propio, aunque con alcances diversos y limitados respecto al uso de normas consuetudinarias, la aplicación de justicia indígena, derecho al uso del territorio ancestral, entre otros aspectos clave. Hoy en día, luego de décadas de movilización indígena internacional, la aprobación de declaraciones y normas nacionales e internacionales, es posible identificar estándares internacionales sobre el derecho a la autodeterminación indígena.

A instrumentos internacionales como la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas del 2007 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2016 que reconocen y desarrollan este derecho, se le suman los Informes de la Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Comisión Intermericana de Derechos Humanos que refuerzan aspectos clave como el reconocimiento legal de los pueblos indígenas, el alcance del derecho al territorio y el estándar de consentimiento libre, previo e informado. En suma, al día de hoy a través del desarrollo normativo y la interpretación legal, los organismos internacionales definen estándares avanzados en materia de autodeterminación indígena, los cuales deben ser seguidos por los estados no solo para atender las necesidades del reconocimiento internacional, sino reparar las injusticias cometidas dentro de sus propios países.

El derecho internacional no es derecho petrificado. Las normas de derechos humanos, vinculantes cuando están expresamente reconocidas en tratados internacionales, son de continuo desarrollo. Por ello, la jurisprudencia internacional, también vinculante, redefine constantemente sus alcances. Y las declaraciones e informes de organismos internacionales son los grandes marcos orientadores para la expansión del ámbito de estos derechos. Y este proceso dinámico, por supuesto, tiene como sustento la propia dinámica social.

En particular, respecto a la autodeterminación indígena, las organizaciones indígenas han persistido en mostrar cuál debería ser el significado y contenido de este derecho más allá de los intentos de los estados de limitarlos a espacios legales y territoriales restringidos y sin interés en atender los agravios históricos que han sufrido estos pueblos. Gracias a esta persistencia y a la respuesta del sistema internacional de derechos humanos, se pueden indentificar estándares internacionales sobre este derecho que han abierto varios flancos. Por un lado, un espacio de defensa legal de los derechos colectivos indígenas, capaz de ser defendidos administrativamente y judicializados nacional e internacionalmente.

Por otro lado, se ha abierto un espacio para la negociación política hacia la reforma de la gobernanza territorial del estado y la propia organización del aparato público para incluir a las naciones originarias como unidades político-territoriales dentro del estado. Depende de los gobiernos crear puentes para terminar con la marginación de los pueblos indígenas o persistir en perspectivas decimonónicas, excluyentes o asimilacionistas, incapaces de reconocer colectividades políticas más allá de los legados coloniales.

Este informe justamente apuesta por apoyar a los pueblos que reclaman su derecho a la autodeterminación indígena y al Estado en crear esos puentes, explicando en clave histórica, política y socio-legal, las bases jurídico-políticas de este derecho. El objetivo es, primero, demostrar la existencia de estándares internacionales sobre el derecho a la autodeterminación indígena y luego evaluar las acciones públicas y brechas del estado peruano respecto a estos estándares.

Lo que demuestra el informe es que las diferentes instancias públicas han reconocido de forma desarticulada distintos aspectos sobre la autodeterminación, pero no hay un reconocimiento integral de este derecho como derecho humano colectivo. El informe concluye proponiendo tres estrategias complementarias para que, desde los pueblos indígenas, se logre materializar este reconocimiento integral: el litigio estratégico, la autonomía directa, y la reforma legal y constitucional.

Para realizar este informe, se han analizado convenios, declaraciones e informes internacionales expedidos por organismos internacionales de derechos humanos, así como los últimos desarrollos jurisprudenciales y teóricos sobre la materia en el derecho internacional y comparado. A nivel nacional, se ha analizado textos constitucionales, legales y de cácter infralegal. Asimismo, se ha estudiado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentencias de tribunales de justicia, así como instrumentos públicos nacionales, desde políticas y planes hasta normativa en general vinculada a la autodeterminación indígena. Finalmente, se han realizado 4 entrevistas a profundidad que han permitido acceder a información detallada de diversos ámbi-

tos de la investigación (con un abogado experto en interculturalidad, ex asesor del Tribunal Constitucional; una ex funcionaria pública del Ministerio de Cultura, y un abogado especializado en litigio estratégico en materia de pueblos indígenas).

Algunos puntos sobre la terminología que se usa en este informe. El concepto de *estándar de derecho humanos* es un concepto legal que hace alusión a pronunciamientos de organizaciones intergubernamentales y, en general, organismos de derechos humanos a través de resoluciones, recomendaciones, declaraciones, o decisiones en casos concretos, los cuales, a diferencia de las normas de derechos humanos no tendrían carácter vinculante per se, sino de "derecho blando" al ser solo orientadoras[3]. Los estándares son lo máximo deseable para hacer plenamente efectivos los derechos humanos, pero dependen del contexto social y político específico. Sin embargo, muchas veces estos estándares en la práctica se convierten en vinculantes porque las necesidades económicas (en el caso de estándares de responsabilidad social empresarial) o la movilización social obliga a corporaciones, jueces o a funcionarios al mayor nivel de reconocimiento de estas normas.[4] Es decir, los estándares no son solo el futuro, sino una necesidad del presente.

Sobre la terminología en torno a la autodeterminación sugerimos hacer algunas distinciones. El concepto de *soberanía indígena* hace alusión al principio político por el cual el estado en la práctica se ve obligado a compartir su soberanía o convivir con la soberanía indígena, lo que en la teoría jurídico-política ha sido denominado de varias formas (soberanía compartida[5], soberanía anidada[6], soberanía

3 De Casas, I. (2019) ¿Qué son los estándares de derechos humanos? *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 9 (2), 291-301.

4 Merino, R. (2022). The politics of localizing human rights: Chinese policies and corporate practices in Latin America, *Business and Human Rights Journal* (en prensa).

5 Clavé-Mercier, V. (2018). Revisitar la soberanía indígena: los desafíos de una reivindicación excluida, *Relaciones Internacionales* 38, 99-119.

6 Simpson, A. (2014). Mohawk, *Interruptus. Political Life Across the Borders of Settler States*. Durham, NC: Duke University Press.

paralela[7], soberanía múltiple[8]). La noción de *autodeterminación* o *libre determinación indígena* (se usan aquí como sinónimos) hace alusión al derecho humano colectivo de organización libre de los pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial. La noción de *autonomía* o *autogobierno indígena* (se usan aquí como sinónimos) hace alusión a la forma jurídico-administrativa en la que se implementan arreglos institucionales para hacer efectivo el derecho a la autodeterminación. Finalmente, los conceptos de pueblos indígenas, naciones indígenas, naciones originarias y similares son usados como sinónimos considerando las normas internacionales que reconocen el derecho al autoreconocimiento de los colectivos indígenas. En este informe no se hace un análisis de los derechos de los pueblos tribales y otros grupos étnicos que tienen un tratamiento especial en el derecho internacional, aunque algunos principios de los derechos de los pueblos indígenas les pueden ser aplicables.

7 Lenzerini, F. (2006). Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of Indigenous Peoples, *Texas International Law Journal* 42,155-189

8 Conversi D. (2016). Sovereignty in a Changing World: From Westphalia to Food Sovereignty, *Globalizations* 13 (4), 484-498.

2.
Evolución del derecho a la autodeterminación indígena en el Derecho Internacional

En el derecho internacional clásico se concibe al Estado como un ente compuesto por aspectos sustanciales y formales[9]. La estatalidad o el ser considerado estado requiere así un aspecto sustancial referido a una colectividad de individuos que comparten características culturales, un espacio territorial, fines políticos y una identidad (nación); mientras que el aspecto formal se refiere a su configuración legal y reconocimiento por parte de la comunidad internacional (soberanía). El primer aspecto expresa la autodeterminación de los pueblos o de las naciones, la base material del Estado. El segundo aspecto expresa el concepto de soberanía, como la capacidad para gobernar dentro de un espacio territorial y para ser reconocido bajo el derecho internacional. El Estado es la expresión jurídico-política de la 'nación' (un concepto sociocultural) y el modelo europeo del 'estado-nación' expresa esta relación.

Sin embargo, durante la colonización los pueblos indígenas no fueron considerados 'naciones' en estos términos. En algunos contextos, fueron concebidos como naciones de segunda categoría, sujetas a un poder imperial (en América del Norte) o como simples tribus (en

9 Véase referencias en Craven, M. (2010) Statehood, Self-Determination and Recognition en M. Evans (ed.), *International Law* (pp. 203). Oxford University Press.

América Central). Al no ser consideradas naciones bajo los parámetros occidentales (y, por lo tanto, tampoco estados), no eran sujetos de derecho internacional. Por ello, aunque podían ser reconocidos como comunidades políticas, su falta de 'estatalidad' las hacía legalmente vulnerables al dominio de las potencias imperiales.

Después de su independencia respecto de los imperios europeos, en los siglos XVIII y XIX, las nuevas unidades políticas americanas obtuvieron los aspectos formales del carácter de Estado, y el aspecto sustancial de la autodeterminación tuvo que implicar la construcción de una 'nación' en la que las naciones indígenas tenían que ser incluidas o excluidas[10]. Los nuevos estados-nación se construyeron como países europeos, católicos y blancos sin lugar para los pueblos indígenas autónomos[11]. La dinámica política de los años subsiguientes, sin embargo, obligó a replantear la noción de autodeterminación y a reelaborar sus arreglos legales y políticos. Un hito importante para su formulación moderna fueron las discusiones sobre la descolonización de África[12]. En torno a la Primera Guerra Mundial, la autodeterminación se convirtió en un poderoso discurso político desde el cual se derivaron nociones de estatalidad[13]. Cuando se creó la Organización de las Naciones Unidas, 'la autodeterminación de los pueblos' se incluyó en los principios esenciales de su Carta fundacional[14].

10 Galindo, J. (2010). Cultural Diversity in Bolivia: From Liberal Interculturalism to Indigenous Modernity en M. Janssens (ed), *The Sustainability of Cultural Diversity: Nations, Cities and Organizations* (pp.80). Edward Elgar Publishing.

11 Arocena, F. (2008). Multiculturalism in Brazil, Bolivia and Peru. *Race and Class*, 49 (4), 1-21

12 Craven, M. (2010) Statehood, Self-Determination and Recognition en M. Evans (ed.), *International Law* (pp. 203). Oxford University Press.

13 Philpott, D. (1995). In Defense of Self-Determination. Ethics, 105 (2), 352-385; Fromherz, C. J. (2008). Indigenous peoples' courts: Egalitarian juridical pluralism, self-determination, and the United Nations declaration on the rights of indigenous peoples. *University of Pennsylvania Law Review*156 (5),1341; Peang-Meth, A. (2002). The rights of indigenous peoples and their fight for self-determination. *World Affairs*, 164 (3), 101-114.

14 Napoleon, V. (2005). Aboriginal Self Determination: Individual Self and Collective Selves. Atlantis: Critical Studies in Gender, *Culture & Social Justice*, 29 (2), 31-46.

Sin embargo, los estados miembros de la ONU adoptaron instrumentos que promovieron objetivos estado-céntricos antes que la protección de los pueblos indígenas. Así, se aprueba el Convenio sobre Genocidio en 1948 pero se eliminaron referencias al genocidio cultural (desarrollado por los estados colonos sobre pueblos indígenas) que estaban en el borrador de 1947. En los 60s, las políticas de la ONU promovieron la descolonización de África, Asia y el Caribe, pero fueron explícitamente excluyentes respecto a los pueblos indígenas. En 1960, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1514: *Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales*, refiriéndose a la autodeterminación en relación con el Estado colonial formal[15]. El término 'pueblos' en esta declaración está referido a pueblos colonizados y dominados por potencias extranjeras, por lo tanto, la autodeterminación significaba independencia de la autoridad colonial. Así, esta Declaración contenía una contradicción inherente: el Artículo 1 establecía el derecho de todos los pueblos a la autodeterminación, pero el Artículo 6 prohibía cualquier disrupción de la "unidad nacional y la integridad territorial de los estados miembros". Los pueblos indígenas, además, no eran considerados "pueblos" para efectos de la autodeterminación por lo que les fue muy difícil acceder a ese derecho. Ellos fueron excluidos explícitamente del proyecto de descolonización de la ONU por la *tesis saltwater* (también conocida como *blue water*), que afirmaba que solo territorios de ultramar, no contiguos para el poder colonial, eran elegibles para la descolonización e independencia y estatalidad soberana. Por ello, la situación de los pueblos indígenas fue descrita como "la tarea inacabada de la descolonización"[16] .

15 United Nations Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, GA Res 1514/15, UN Doc A/RES/1514 (15) (adopted 14 December 1960). Ver Muehlebach, A. (2003). What self in self-determination? notes from the frontiers of transnational indigenous activism. Identities, 10 (2), 241-268.

16 Henderson, J. Y. (2008). Indigenous Diplomacy and the Rights of Peoples: Achieving UN Recognition. Saskatoon: Purich Publishers.

Desde la segunda mitad del siglo pasado, los pueblos indígenas comienzan a organizarse transnacionalmente para contraponerse a las políticas asimilacionistas, logrando influencia internacional a través del desarrollo de redes fuera y dentro del sistema de las Naciones Unidas. Mientras otros grupos discriminados demandaban derechos iguales, los pueblos indígenas demandaban tanto igualdad como el reconocimiento especial de su carácter de naciones y de sus territorios ancestrales.

Organizaciones como el *International Indian Treaty Council* (establecido en 1974), el *Inuit Circumpolar Conference* (establecido en 1977) y organizaciones regionales en Sudamérica y el Caribe pusieron el tema indígena en la agenda internacional[17]. Un logro de este activismo fue la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) *Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, adoptado en junio de 1989. Este Convenio superaba la aproximación abiertamente asimilacionista del Convenio 107 de la OIT de 1957.[18] El Convenio 169 prohíbe el desplazamiento de los pueblos indígenas sin su consentimiento y reconoce derechos a la participación, propiedad colectiva, derechos culturales, a obtener beneficios económicos de actividades extractivas realizadas en sus territorios, entre otros. Sin embargo, el Convenio no reconoce explícitamente el derecho a la autodeterminación indígena, al territorio integral ni al consentimiento libre, previo e informado. Por ejemplo, no exije consentimiento en temas relacionados a la explotación de recursos naturales en su territorio sino exige a los estados que *"establezcan o mantengan procedimientos destinados a consultar a estos pueblos"* (Article 15). En suma, no reconoce con firmeza el derecho a la autodeterminación indígena.[19]

17 Lightfoot, S. and MacDonald, D. (2020). The United Nations as both Foe and Friend to Indigenous Peoples and self-determination. En Jakob R. Avgustin (Ed.), *The United Nations: Friend or Foe of Self-Determination*? (pp.1-167). E-International Relations Publishing.

18 Swepston, L., & Plant, R. (1985). International standards and the protection of the land rights of indigenous and tribal populations. *International Labour Review*, 124 (1), 91-106

19 Suagee, D. B. (1997). Human Rights of Indigenous Peoples: Will the United States Rise to the Occasion? *American Indian Law Review*, 21 (2), 365.

No obstante, a la par del desarrollo del Convenio, el activismo indígena logró reformas en la institucionalidad de las Naciones Unidas desde las últimas décadas del siglo pasado. En 1970, la Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías (bajo la Comisión ONU de Derechos Humanos), recomendó un estudio sobre el problema de la discriminación a la población indígena, que fue encomendada al Relator Especial José Cobo, quien lo completó en 1984. El reporte abarcó un amplio espectro de abusos de derechos humanos y demandó a los gobiernos aprobar lineamientos sobre los derechos, libertades e identidad étnica de los pueblos indígenas[20]. Otras organizaciones de la ONU se volvieron relevantes para los pueblos indígenas como el Consejo Económico y Social (ECOSOC), la Comisión de Derechos Humanos y la Sub-Comisión para la promoción y protección de los derechos humanos. En 1982, se creó el Grupo de Trabajo sobre la población indígena (WGIP) bajo el auspicio de la sub-comisión, impulsando un nuevo espacio para que los pueblos indígenas sean escuchados a nivel internacional. Sin embargo, dado el bajo estatus del grupo de trabajo dentro del sistema ONU, sus recomendaciones tomaron algún tiempo en ascender por varias instancias antes que puedan ser escuchadas al nivel de la Asamblea General. El WIGP fue instrumental en la elaboración de lo que se convertiría en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, la Declaración ONU), comenzando este proceso a comienzos de los 1980s y produciendo el primer borrador en 1993.[21]

La Declaración ONU fue adoptada en el 2007 luego de décadas de negociación y trabajo conjunto de cerca de 100 organizaciones indígenas. Fue aprobada por la Asamblea General con 144 votos a favor, 11 abstenciones y 4 en contra (Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Estados Unidos, conocidos como los CANZUS). El hecho de que los 4

20 Lightfoot, S. and MacDonald, D. (2020). The United Nations as both Foe and Friend to Indigenous Peoples and self-determination. En Jakob R. Avgustin (Ed.), *The United Nations: Friend or Foe of Self-Determination?* (pp.1-167). E-International Relations Publishing.

21 Ibid.

estados opositores cambiaron su posición y que aceptaran la declaración para el 2010 fue el resultado del lobby doméstico y el trabajo del Relator Especial de monitoreo de las demandas de los pueblos indígenas en determinados países.[22]

La Declaración constituye un avance cualitativo fundamental en el desarrollo internacional de los derechos de los pueblos indígenas. En la Declaración la autodeterminación es el principio fundamental. Además de reforzar derechos ya reconocidos a nivel internacional, se hace mención expresa al derecho al territorio ancestral, la reparación, al desarrollo desde su propia cosmovisión y al consentimiento libre, previo e informado.

Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Artículo 3
Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

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

La era de la descolonización de la ONU interpretó la autodeterminación como estatalidad independiente; el movimiento indígena buscaba asegurar autodeterminación y derechos territoriales para

22 Ibid.

las naciones indígenas, con o sin estatalidad, un cambio que en última instancia requería un replanteamiento global sobre cómo la autodeterminación y los derechos sobre la tierra pueden ser desacoplados exitosamente de la soberanía territorial estatal[23]. Así, cuando los instrumentos legales internacionales y la mayoría de los académicos se refieren a la autodeterminación indígena aluden a la '*autodeterminación interna*' como el derecho a mantener su territorio ancestral y sus normas culturales y sociales específicas como pueblos indígenas dentro de un Estado específico[24]. Esta versión de autodeterminación fue la reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Estas son las fuentes del artículo 3 de la Declaración ONU que reconoce el 'derecho de autodeterminación', aunque respetando el principio de unidad política del Estado soberano según su propio Artículo 46[25]. De hecho, muy pocos pueblos indígenas han desafiado la integridad de los respectivos estados a los que pertenecen. Excepciones notables son el pueblo de Timor Oriental (con éxito) y los pueblos de Papúa Occidental y Sahara Occidental (sin éxito)[26].

23 Ibid.

24 Daes, E. I. A. (2008). An overview of the history of indigenous peoples: Self-determination and the United Nations. Cambridge Review of International Affairs, 21 (1), 7-26.; Peang-Meth, A. (2002). The rights of indigenous peoples and their fight for self-determination. World Affairs, 164 (3), 101-114.; Muehlebach, A. (2003). What self in self-determination? notes from the frontiers of transnational indigenous activism. Identities, 10 (2), 241–268.

25 Artículo 46

1. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o per- sona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a que- brantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

26 Dahl, J. et al.(2020). Building Autonomies. International Work Group for Indigenous Affairs.

El reconocimiento legal de la autodeterminación interna ha sido celebrado por varios académicos[27], porque convertiría a los pueblos indígenas en sujetos y no en objetos de derecho internacional. En ese sentido, Anaya argumenta que el reconocimiento de la autodeterminación indígena ha sido fundamental para sus demandas a nivel internacional: la autodeterminación es un principio fundamental que abarca la constelación de los derechos indígenas; para él esto significa que, bajo el enfoque de los derechos humanos, los Pueblos Indígenas, con sus propias instituciones sociales y políticas, deben ser participantes en igualdad en todos los niveles del gobierno bajo el cual viven.[28]

Una interpretación contraria señala que, en la práctica, el reconocimiento de la 'autodeterminación interna' ha significado el refuerzo del poder estatal sobre el territorio indígena a cambio de cierto grado de autonomía. La razón de esto es que, para negociar con éxito la autodeterminación con los estados en los foros de la ONU, los pueblos indígenas tuvieron que aceptar el marco de los derechos humanos bajo el paradigma del Estado-nación unitario, en lugar del marco teórico de la descolonialización en el cual nació el concepto de autodeterminación, a saber, como un derecho político colectivo específico enraizado en la resistencia contra la colonización.[29]

Sin embargo, la presión del movimiento indígena internacional por aceptar una nueva, no estado-céntrica, interpretación de la autodeterminación está liderando un cambio en el significado de la

27 Keal, P. (2003) *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society* (Cambridge University of Press, 2003); Gilbert, J. (2007). Indigenous Rights in the Making: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. International *Journal on Minority and Group Rights* 14, 207.

28 Anaya, J. (2009). Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración' in Claire Charters and Rodolfo Stavenhagen (eds), *El desafío de la declaración: Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas* (pp. 94) IWGIA.

29 Engle, K. (2011). On fragile architecture: The un declaration on the rights of indigenous peoples in the context of human rights. *European Journal of International Law*, 22 (1), 141-163.

autodeterminación de tal forma en que puede ser interpretada como el derecho de los pueblos indígenas de negociar su estatus político dentro de los estados en donde viven. El desafío es por tanto imaginar y crear mecanismos de autodeterminación indígena que innoven las estruturas estatales actuales[30]. Estos esfuerzos se están viendo reflejados en la aprobación de nuevos instrumentos internacionales y la implementación de reformas institucionales a nivel nacional. De hecho, la Declaración ONU, como toda Declaración internacional no es en estricto vinculante, pero contiene estándares que algunos países están adoptando incluso de forma obligatoria, reformando para ello su derecho interno.[31]

A nivel internacional, en el 2007, el mismo año que se aprobó la Declaración, la estructura del WGIP se transformó en el Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas (EMRIP). Su mandato es dar consejo y expertise al Consejo de Derechos Humanos y también dar recomendaciones sobre la forma en que podría implementarse la declaración[32]. Además, se estableció el Foro Permanente de los Pueblos Indígenas en el 2000 como un órgano consultivo del ECOSOC. Tiene el mandato de discutir "temas indígenas relacionados al desarrollo económico y social, cultura, ambiente, educación, salud y derechos humanos". Realiza dos sesiones de una semana en New York una vez al año, en el cual participan organizaciones indígenas, representates del estado, y NGOs con estatus consultivo. Este Foro es útil para compartir información sobre buenas prácticas, preocupa-

30 Lightfoot, S. and MacDonald, D. (2020). The United Nations as both Foe and Friend to Indigenous Peoples and self-determination. En Jakob R. Avgustin (Ed.), *The United Nations: Friend or Foe of Self-Determination?* (pp.1-167). E-International Relations Publishing.

31 Por ejemplo, en Bolivia: Ley que eleva a rango de Ley de la República los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos Indígenas (Ley N° 3760 de 2007).

32 Lightfoot, S. and MacDonald, D. (2020). The United Nations as both Foe and Friend to Indigenous Peoples and self-determination. En Jakob R. Avgustin (Ed.), *The United Nations: Friend or Foe of Self-Determination?* (pp.1-167). E-International Relations Publishing.

ciones comunes y estrategias para mejorar los derechos indígenas. Mucho de su utilidad se basa en su extensivo sistema de Caucus Indígena, una matriz de grupos consultivos organizados por temas o regiones. El Caucus está abierto a todos los delegados indígenas y constituye un espacio importante para reunirse, compartir preocupaciones, diseñar pronunciamientos conjuntos y propuestas de políticas[33].

Finalmente, es importante mencionar, en el repaso de esta evolución, la adopción de la *Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos* Índígenas (en adelante, la Declaración Americana) en junio del 2016. Aunque se ha criticado la falta de desarrollo del derecho al consentimiento libre, previo e informado en esta Declaración, ella incluye también de forma explícita el derecho a la autodeterminación indígena como la base de todos los derechos de las naciones originarias.

Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)

Artículo III.
Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo X. Rechazo a la asimilación
1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación.
2. Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas.

33 Ibid.

Artículo XXI. Derecho a la autonomía o al autogobierno

1. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión. También tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. Asimismo, tienen el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo los cuerpos deliberantes.

2.1. Jurisprudencia y estándares internacionales de derechos humanos y autodeterminación

Tal y como lo señala el *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, Victoria Tauli-Corpuz, presentado en el Septuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, en julio del 2019 (en adelante, Informe de la Relatora Especial 2019) y el *Informe: Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 28 de diciembre de 2021 (en adelante, el Informe de la Comisión 2021[34]), la libre determinación de los Pueblos Indígenas hoy forma parte del derecho internacional de los derechos humanos.

Este marco internacional incluye la Declaración Americana y la Declaración ONU de derechos de los Pueblos Indígenas, además de

34 Informe de la Comisión 2021, Fundamento 47.

instrumentos internacionales vinculantes como el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Declaración ONU, en particular, subraya el derecho de los pueblos indígenas a *determinar y desarrollar sus prioridades y estrategias para ejercer su derecho al desarrollo* (Art. 23) *en el marco del derecho a la autonomía o al autogobierno* en asuntos relacionados con sus asuntos internos y locales (Art. 4). Además de la Declaración ONU y la Declaración Americana, las fuentes internacionales de la Comisión y la Corte para desarrollar el derecho a la autodeterminación incluyen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial a los Pueblos Indígenas[35]. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha reconocido que el derecho a la libre determinación también se encuentra recogido en el Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)[36].

El mencionado Informe de la Comisión del 2021 es clave para comprender los alcances del derecho a la autodeterminación indígena, pues condensa los mayores avances y estándares internacionales sobre la materia. La Comisión sostiene que, para estos pueblos, la libre determinación supone definir libremente su desarrollo económico, social y cultural para asegurar su existencia y bienestar como grupos diferenciados.[37] Ello incluye definir su propio destino en con-

35 CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 16 y notas de pie correspondientes.

36 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 166.

37 Esto ha sido desarrollado ampliamente en pronunciamientos anteriores: CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15, 2016, párr. 237; CIDH. Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.

diciones de igualdad y poder participar efectivamente en los procesos de toma de decisiones que los afectan. Además, se concibe a la libre determinación como un **derecho inherente y preexistente** desde sus propias cosmovisiones, historias y derecho propio, y que no proviene de las leyes nacionales ni del derecho internacional, sino que es un derecho originario.[38] En consecuencia, el reconocimiento de este derecho es un acto meramente declarativo y no constitutivo pues un pueblo indígena es preexistente al Estado[39].

Este derecho tiene una **dimensión interna y otra externa**[40]. La primera implica que, a través de sus instituciones propias, los pueblos indígenas tienen derecho a administrar programas propios de autoabastecimiento y autosostenibilidad, salud, educación, vivienda, entre otros, tal y como lo reconoce expresamente la Declaración ONU[41]. La dimensión externa implica el derecho a acceder a servicios públicos brindados con adecuación cultural (lo que comprende programas de educación intercultural bilingüe, salud intercultural, entre otros), así como la participación de estos colectivos en el diseño e implementación de estos programas. Por ello, es contrario a este derecho que estos servicios cuenten con lineamientos sobre enfoque intercultural, pero no garanticen la participación de las organizaciones representativas de pueblos para incorporar sus propias prioridades y visiones en torno a dichos servicios[42].

A continuación, luego del análisis de las fuentes internacionales antes mencionadas, podemos identificar los siguientes estándares:

Doc. 47/13, 2013, párr. 70; CIDH. Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc.44/17, 2017, párr. 43; CIDH. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía. OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, 2019, párr. 23.

38 Informe Comisión 2021, fundamento 32

39 Informe Comisión 2021, fundamentos 99 – 101.

40 Informe Comisión 2021, fundamentos 195 y 201

41 Informe Comisión 2021, fundamento 95.

42 Informe Comisión 2021, fundamento 201.

2.1.1. Estándar de obligatoriedad de adecuación

La implementación del derecho a la libre determinación debe ser contextualizada considerando las circunstancias, características y aspiraciones particulares de los pueblos indígenas[43]. Por ello, este proceso debe ser entendido como la base del diálogo para la construcción de una nueva relación entre estos pueblos y los Estados, dando lugar a arreglos específicos para que dichos pueblos puedan determinar su desarrollo económico, social y cultural. En ese sentido, la Relatora Especial subraya que la efectividad de este derecho entraña cambios en la gobernanza general de los Estados[44]. La propia Declaración establece en su Artículo 42 que "Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, *así* como los Estados, *promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia*". Es decir, los estados partes se coprometen a aplicar la Declaración, lo que implica reconocer en la legislación interna los estándares de autodeterminación.

En dicho contexto, los Estados tienen la obligación de adecuar su derecho interno a los estándares de las Naciones Unidas e interamericanos de derechos humanos, lo que implica la revisión de leyes, procedimientos y prácticas para fortalecer y asegurar el goce efectivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas por medio del respeto a su libre determinación.[45] La inexistencia de legislación al respecto representa el incumplimiento de la obligación internacional de adecuar el aparato estatal y no puede ser usada como excusa para no cumplir con dicho deber.[46]

43 Informe Comisión 2021 fundamento 5.
44 Informe Relatora 2019, fundamentos 16 y 17.
45 Informe Comisión 2021 fundamento 5.
46 Informe Comisión 2021 fundamento 99

2.1.2 Estándar de debido reconocimiento

El informe de la Comisión considera que tratar a los pueblos como "etnias" o "grupos étnicos" cuando ellos se autoidentifican como "pueblos", implica desconocer su derecho de autodeterminación. Tampoco corresponde que sean asimilados a figuras como la de "asociación civil" puesto que tales categorías pueden suponer negar su condición como pueblos y resultar abiertamente ajenas a su cosmovisión.[47] En ese sentido, el Artículo 9 de la Declaración ONU consagra el derecho de los pueblos y los individuos indígenas *"a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate"*. La Declaración Americana, asimismo, establece en su Artículo IX que *"[l]os Estados reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas"*.

Controvertir administrativa o judicialmente el reconocimiento de estos pueblos es una forma de contravenir este estándar de debido reconocimiento[48]. La Comisión considera además que es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos que los Estados exijan requisitos formalistas o excesivos para otorgar la personería jurídica a un determinado pueblo, o considerar el otorgamiento de personalidad jurídica como una condición para el ejercicio de sus derechos. En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que, *"los Estados tienen el deber de procurar los medios y condiciones jurídicas en general necesarias para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares"*.[49] En suma, no son los pueblos o comunidades los que deben ajustar su funcionamiento interno a la normatividad del resto de la sociedad nacional. Es esta

47 Informe Comisión 2021, fundamentos 96, 97.

48 Informe Comisión 2021, fundamentos 99, 101.

49 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 189. En esa lína: Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, 167.

última la que debe respetar el derecho de los pueblos a autoidentificarse como colectivo e identificar a sus miembros, es decir, reconocer la existencia y validez legal del sistema de derecho propio indígena.[50]

La forma del reconocimiento que el estado debe garantizar depende exclusivamente de la autodeterminación de los pueblos indígenas. Así, el reconocimiento puede darse bajo la figura de "pueblo", "nación", "gobierno autónomo" o denominaciones similares que expresen la existencia de colectivos sociales, culturales y políticos de raíces ancestrales que no pueden reducirse a figuras jurídicas de Derecho Privado como las asociaciones o las comunidades.

2.1.3 Estándar de habilitación de otros derechos

La Comisión afirma que el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación es una premisa fundamental para el ejercicio de otros derechos, tanto individuales como colectivos[51]. Asimismo, el Informe de la Relatora del 2019 señala que su efectividad es indispensable para que los pueblos indígenas puedan disfrutar de todos los derechos humanos colectivos e individuales que les corresponden[52]. Estos derechos incluyen el desarrollo de sistemas de autonomía, autogobierno y administración de justicia; el respeto al nombramiento y elección de sus autoridades propias; los derechos a sus tierras, territorios y recursos naturales; sus propias iniciativas y protocolos para efectivizar los derechos de consulta y consentimiento libre, previo e informado; el derecho a promover y controlar sus propios sistemas o programas de educación, salud, seguridad o so-

50 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-072-2021, recaída en el expediente T-7.910.068. 24 de marzo de 2021, p. 61, citado por Informe Comisión 2021, fundamento 104.

51 CIDH. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía. OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, 2019, párr. 24; ONU. Asimismo: "Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas", James Anaya. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

52 Informe Relatora 2019 fundamento 5.

beranía alimentaria, y otros derechos de carácter económico, social y ambiental.[53] A continuación, desarrollamos aquellos derechos más vinculados a la autodeterminación:

Estándar de derecho al territorio

Considerando que la tenencia y goce del territorio es una de las expresiones del derecho a la libre determinación indígena, la Comisión y la Corte IDH han interpretado los alcances del Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos para configurar el derecho humano a la propiedad colectiva.[54] Además, los instrumentos y jurisprudencia internacional de derechos de los pueblos indígenas han reconocido el derecho al territorio de los pueblos indígenas como un derecho preexistente al Estado, tal como se refleja en el Convenio 169 de la OIT (artículos 13, 14, 16, 17 y 18), la Declaración ONU (artículos 10, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31y 32), y la Declaración Americana (artículo XXV).[55] La materialización del derecho a la libre determinación también puede darse a través del reconocimiento, titulación, delimitación y demarcación de los territorios indígenas[56]. Sin embargo, después

53 Informe Relatora 2019 fundamento 49.

54 Ver al respecto, CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 5-22.

55 Informe Comisión 2021, fundamento 124.

56 Al respecto: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 148; Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, p. 92-98; CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09. 30 de diciembre de 2009, párr. 77-152; CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. 31 de diciembre de 2015, párr. 155-246; CIDH. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la

de siglos de vida independiente y de décadas de asumir compromisos internacionales con relación a los pueblos indígenas, aún existen numerosos pueblos y comunidades en el continente a los que no se les ha reconocido sus derechos territoriales con base en su uso y ocupación históricos[57].

Así, el Informe de la Relatora del 2019 menciona cómo la falta de medidas jurídicas y administrativas encaminadas a reconocer oficialmente los derechos de los pueblos indígenas ha dado lugar a la superposición de jurisdicciones y a la ocupación de territorios indígenas por terceros, lo que ha socavado las posibilidades de los pueblos indígenas de controlar y usar sus territorios.[58] En ese sentido, al otorgar el Estado títulos de propiedad por comunidades, pueden quedar excluidas áreas fundamentales para la vida de los pueblos. Las comunidades suelen reducirse a fracciones o islas territoriales que desvinculan a los pueblos indígenas de su relación integral con el territorio ancestral, y dificultan el ejercicio de las autonomías. Conforme han señalado la Comisión y la Corte IDH, el derecho territorial de los pueblos indígenas procede de la posesión continuada del territorio y no de su legalización por el procedimiento de titulación[59].

Estándar del derecho a la autonomía o autogobierno

Otro derecho muy vinculado a la autodeterminación es el derecho de autogobernar sus territorios, a través de sus autoridades propias[60]. El derecho a la autonomía o al autogobierno fue expresamente recono-

---

Panamazonía. OAS/Ser.L.xak/V/II. Doc. 176. 29 de septiembre de 2019, párr. 229-238. ONU. Consejo Económico y Social. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Estudio sobre las autonomías de los pueblos indígenas: experiencias y perspectivas. 19° período de sesiones Nueva York, 13 a 24 de abril de 2020. Labor futura del Foro Permanente, incluidas las cuestiones examinadas por el Consejo Económico y Social y nuevas cuestiones.

57 Informe Comisión 2021, fundamento 125.

58 Informe Relatora 2019, fundamento 37.

59 Informe Comisión 2021, fundamento 134, 135.

60 Informe Comisión 2021, fundamento 128.

cido por los Estados americanos en el Artículo XXI de la Declaración Americana y por la comunidad internacional en general, en el Artículo 4 de la Declaración ONU. En el marco del respeto a este derecho, corresponde a los Estados reconocer y respetar los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, conforme lo establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos[61]. Por el contrario, la imposición de marcos estatales cuando se aplican acuerdos de autonomía o autogobierno a menudo ha dado lugar a "autonomías fragmentadas"[62].

En dicho contexto, las formas de estructuración territorial -a través, por ejemplo, de distritos o municipios- pueden representar una organización de lo territorial en el ámbito local que corresponde al orden colonial y desconoce la organización política cultural indígena. Dicha manera de estructurar los territorios locales muchas veces es percibida por los pueblos indígenas como una forma de limitar su derecho a determinarse libremente y a tener el control sobre sus instituciones, organización política y formas de vida. La Comisión ha señalado al respecto que superar estos esquemas requiere abrir espacio a procesos de gestión territorial desarrollados desde lo local, por los propios pueblos indígenas y sus autoridades. En ese sentido, una buena práctica puede ser promover mecanismos para que se puedan expresar esos sistemas indígenas en la configuración del Estado mismo y favorecer así el entendimiento de ese orden territorial históricamente marginado[63].

Estándar de participación política

Otro derecho íntimamente ligado a la autodeterminación es el de participación política. Este derecho tiene dos dimensiones, una interna y otra externa[64]. En su dimensión interna este derecho implica el reconocimiento y mantenimiento de sus propias instituciones de

61 Informe Comisión 2021, fundamento 129-131.
62 Informe Relatora 2019, fundamento 20.
63 Informe Comisión 2021, fundamento 137, 138.
64 Informe Comisión 2021, fundamento 156.

decisión, lo que incluye la libre elección de sus autoridades tradicionales. En su dimensión externa, el derecho a la participación política supone la participación de los pueblos indígenas a través de sus autoridades e instituciones, en los procesos de toma de decisiones sobre asuntos que afecten sus derechos. Esta dimensión se encuentra reconocida de forma transversal en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT (artículos 2, 7, 15, 18, 22, 23 y 27) y la Declaración ONU sobre pueblos indígenas (artículos 5, 18 y 23). Igualmente, la Declaración Americana, en su Artículo XXI, dispone que los pueblos tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en cuestiones que puedan afectar sus derechos, ya sea directamente o a través de sus representantes, a la luz de sus normas, procedimientos y tradiciones propias.

Estándar de consentimiento libre, previo e informado

Otro derecho profundamente vinculado es el del consentimiento libre, previo e informado. La obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas este derecho se encuentra establecida en el Convenio 169 de la OIT (Artículos 6.1.a., 6.2. y 15.2), la Declaración ONU (Artículos 2, 17, 19, 32, 36, 38) y la Declaración Americana (Artículos XX, XXIII, XXIX y XXVIII). En el sistema interamericano, la Comisión y la Corte IDH han avanzado estándares sobre el contenido y las garantías específicas en los procedimientos que buscan obtener el consentimiento de los pueblos antes de aprobar leyes, políticas o proyectos que pudieran afectar sus derechos colectivos. Incluso, la Corte IDH ha reconocido que la obligación de consultar constituye un principio general de derecho internacional.[65] Un mecanismo alternativo a los procedimientos administrativos implementados por los gobiernos es la elaboración de protocolos de autoconsulta, documentos elaborados por los propios pueblos indígenas, en los que se detallan normas y procedimientos vinculados a la implementación de la con-

65 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 164.

sulta. En dichos protocolos el derecho al consentimiento y, por tanto, de oponerse a una decisión que los pueblos indígenas consideran gravemente lesiva de sus derechos no es un "veto", es el ejercicio de su libre determinación[66].

Estándar del derecho a la reparación

La autodeterminación también se vincula con el derecho a la reparación colectiva de los pueblos indígenas por las agresiones históricas que han sufrido. La propia existencia de la Declaración ONU y la afirmación explícita de que los pueblos indígenas son titulares de este derecho en su Artículo 3 supone reconocer su negación, tanto histórica como presente, y la necesidad de remediarla. El carácter reparador de la libre determinación posee un potencial transformador para los Estados. Desde una perspectiva de justicia, se orienta a remediar las consecuencias del establecimiento de relaciones históricas desiguales entre grupos étnico-culturales durante la colonización, lo que comprende la adopción de medidas que permitan que los colectivos víctimas de discriminación estructural accedan a bienes y servicios ciudadanos de los que han sido excluidos[67].

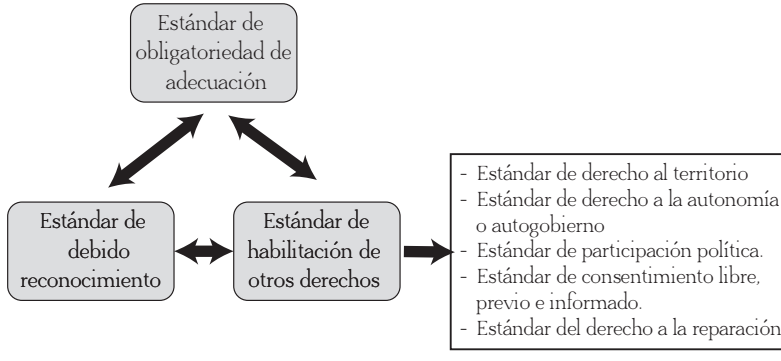
2.1.4 Conclusión sobre estándares internacionales de derechos humanos y autodeterminación

A través de un análisis de tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos, así como de sentencias e informes del sistema interamericano de derechos humanos y del sistema de las Naciones Unidas (especialmente, los reportes de la relatoría sobre pueblos indígenas), es posible identificar estándares internacionales de derechos humanos vinculados al derecho a la autodeterminación indígena. Se podría señalar que hay 3 estándares generales y varios específicos. Los 3 estándares generales son: i) *Estándar de obligatoriedad de ade-*

66 Informe Comisión 2021, fundamento 179, 190.
67 Informe Comisión 2021, fundamentos 206, 207.

cuación de los sistemas nacionales a los estándares internacionales; ii) *Estándar de debido reconocimiento* para reconocer legalmente a los pueblos indígenas bajo sus propias formas de organización; iii) *Estándar de habilitación de otros derechos,* lo que implica la importancia fundamental de la autodeterminación para la habilitación y ejercicio de los que, a su vez, son estándares específicos: *estándar de derecho al territorio; estándar del derecho a la autonomía o autogobierno; estándar de participación política; estándar de consentimiento lbre, previo e informado; estándar del derecho a la reparación.*

Estos no son los únicos estándares relacionados a la autodeterminación indígena, pero son los que tienen mayor relevancia en la práctica internacional y las demandas nacionales. Como se señaló, al ser estándares se espera que los estados los cumplan en la mayor medida posible considerando las características propias de las sociedades pluriculturales que gobiernan, así como las demandas concretas de los pueblos y organizaciones indígenas.



Finalmente, es importante mencionar que tanto en el Informe de la Comisión del 2021 como en el Informe de la Relatora 2019 se señalan recomendaciones explícitas a los estados para que implementen estos estándares maximizando el derecho a la autodeterminación indígena.

Recomendaciones del Informe de la Comisión del 2021:

1. Adoptar medidas para garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ejercer de manera práctica y efectiva la libre determinación en el marco de sus propios procedimientos, instituciones y concepciones del mundo.
2. Adoptar o reforzar las medidas necesarias para el reconocimiento y funcionamiento de las instituciones representativas propias de dichos pueblos, incluyendo en las áreas de autogobierno, autonomía, administración de justicia, gestión y manejo territorial y de recursos naturales, y otras áreas que dichos pueblos consideren pertinentes. Asimismo, proporcionar los recursos financieros y otros necesarios para su funcionamiento.
3. Asegurar que los procedimientos establecidos para el reconocimiento y funcionamiento de dichas estructuras sean ágiles, sencillos y eficaces. Asimismo, evaluar, en consulta y coordinación con dichos pueblos, los cambios o adaptaciones en las divisiones político-administrativas internas que pudieran ser necesarias para el funcionamiento real de espacios autonómicos de estos pueblos.
4. Promover y/o renovar espacios de diálogo y concertación con los pueblos indígenas y tribales para abordar los distintos temas y preocupaciones de derechos humanos de conformidad con los estándares internacionales e interamericanos sobre derechos de estos pueblos.
5. Adoptar en consulta y coordinación con los pueblos indígenas y tribales, las medidas necesarias para que, dentro de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, dichos pueblos pueden ejercer sus derechos de manera efectiva y colectiva y hacerlos valer ante las instituciones estatales.

Recomendaciones del Informe de la Relatora Especial del 2019:

a) Los Estados deberían consagrar el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y el derecho conexo a la autonomía o el autogobierno en sus ordenamientos jurídicos nacionales, en particular en sus constituciones nacionales.
b) Los Estados deberían aprobar y aplicar todas las medidas necesarias para garantizar el debido reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, ya que ese reconocimiento constituye la piedra angular de su autonomía y autogobierno y es esencial para su supervivencia como pueblos distintos.
c) Los acuerdos existentes en materia de autonomía y autogobierno indígenas en sus aspectos internos y externos deberían revisarse y armonizarse con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en particular la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
d) Se deberían establecer de manera conjunta unos mecanismos mutuamente convenidos y formalizados que favorezcan el diálogo intercultural permanente entre los Estados y los pueblos indígenas.
e) Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para ofrecer formas y medios de financiación de las funciones autónomas de los pueblos indígenas. Los sistemas de acceso y uso de los recursos públicos deberían adecuarse culturalmente y estar bajo el control directo de los pueblos indígenas. Los Estados deberían abstenerse de imponer sus propias prioridades en el uso de los fondos públicos correspondientes a los gobiernos autónomos indígenas.

f) Los Estados tienen el deber de ofrecer servicios sociales y, si es necesario, medidas especiales para que los pueblos indígenas disfruten de sus derechos humanos básicos. En ese sentido, todas las medidas existentes o propuestas deben evaluarse y, si es preciso, modificarse teniendo en cuenta dos cuestiones principales: si refuerzan la libre determinación de los pueblos indígenas o, por el contrario, les obligan a adoptar sistemas que propicien la integración o la asimilación, y si las medidas se han elaborado y se están aplicando en el marco de una verdadera alianza con los pueblos indígenas.

2.2. Experiencias internacionales sobre reconocimiento a la autodeterminación indígena

La mayoría de las constituciones latinoamericanas desde finales de los ochenta incluyeron provisiones multiculturales[68], tales como derechos indígenas sobre la tierra, derechos consuetudinarios, derechos lingüísticos, y cierto grado de autonomía (control territorial limitado y el reconocimiento de los sistemas de justicia indígena). Las políticas multiculturales se basan en prácticas cartográficas formales de demarcación y titulación que permanecen articuladas a nociones modernas y coloniales de territorio.[69] Por ejemplo, en Bolivia, la Ley 1715 de 1996 creó "las tierras comunales ancestrales" como un archipiélago de tierras bajo una perspectiva agraria, sin autoridad política

68 Estas constituciones son las de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Guatemala (1993), Bolivia (1995), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). En el caso de México y Argentina las provisiones multiculturales se incorporaron a través de reformas constitucionales sustanciales en 1992 y 1994.

69 Wainwright, J., & Bryan, J. (2009). Cartography, territory, property: postcolonial reflections on indigenous counter-mapping in Nicaragua and Belize. *Cultural Geographies*, 16 (2), 153-178.

indígena[70]. En el Perú, la Constitución de 1993 reconoció la autonomía y propiedad colectiva de las comunidades campesinas y nativas, pero esa propiedad no incluyó a los bosques, ríos, y recursos naturales, incluso si ellos han sido usados y ocupados ancestralmente por los pueblos indígenas. En general, las reformas sobre la tierra impulsadas por el Banco Mundial, en paralelo con el auge del multiculturalismo, condujeron a que la autonomía territorial termine mezclada con las políticas territoriales del estado y las reformas neoliberales basadas en la propiedad privada y la promoción del emprendurismo.[71]

Al revisar la legislación de cada país se observa en general un similar grado de reconocimiento restringido de los derechos de autonomía. Este reconocimiento, además de sus limitaciones normativas establecidas expresamente en los marcos legales y constitucionales, suele ser más restringido debido a falta de implementación y/o aproximaciones estado-céntricas de parte de burócratas y expertos, que no hacen justicia a las perspectivas indígenas sobre territorio y autodeterminación.

En Centro América destaca la experiencia de Panamá, el primer país latinoamericano que reconoció regiones indígenas y el derecho a la autonomía política. Desde 1938 se han reconocido legalmente cinco regiones indígenas por medio de las leyes correspondientes. Dentro de las regiones, los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad colectiva y un alto grado de autogobierno, incluyendo la elección de sus propias autoridades y el control de sus asuntos internos. También tienen el control oficial de los recursos naturales no renovables, aunque no de manera efectiva[72]. En el caso de Nicaragua la Constitución de 1987 reconoce a las comunidades étnicas y los pueblos indígenas de la costa atlántica y sus derechos a sus propias formas de organiza-

70 Gustafson, B. (2009). Manipulating cartographies: Plurinationalism, autonomy, and indigenous resurgence in Bolivia. *Anthropological Quarterly,* 82 (4).

71 Halvorsen, S. (2019). Decolonising territory: Dialogues with Latin American knowledges and grassroots strategies. *Progress in Human Geography*, 43 (5), 790-814.

72 Dahl, J. et al. (2020). Building Autonomies. International Work Group for Indigenous Affairs.

ción social y a la libre elección de sus autoridades y representantes. Ese mismo año se estableció una estructura administrativa autónoma para la región mediante la adopción del Estatuto de Autonomía para las Regiones de la Costa Atlántica (Ley núm. 28). El derecho colectivo a las tierras y las autoridades comunitarias se reconoció a través de la Ley núm. 445 del 2008[73].

En México, la constitución reconoce la composición pluricultural de la nación y el derecho a la libre determinación de los pueblos y las comunidades indígenas, la cual se ejerce en armonía con la unidad nacional. Los pueblos indígenas son autónomos así con respecto a sus formas internas de organización social, económica, política y cultural, aplican sus propios sistemas normativos para la regulación y solución de conflictos internos, eligen a sus autoridades o representantes, según sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales. Sin embargo, el mismo texto dispone que serán las entidades federativas las que establecerán *"las características de la libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad"*.[74] Por otro lado, también se ha implementado un modelo de autonomía municipal. Así, por ejemplo, 418 de los 517 municipios de Oaxaca se rigen por tradiciones consuetudinarias indígenas a raíz de la creación de gobiernos autónomos indígenas.[75]

En Sudamérica hay una evolución similar. En Colombia, la Constitución de 1991 reconoce la realidad multicultural y multiétnica del país, así como derechos colectivos indígenas tales como la elección de dos representantes indígenas para el Senado y el ejercicio del autogobierno y la justicia indígena dentro de sus territorios reconocidos. La Constitución establece que podrán crearse entidades territoriales indígenas y que recibirán recursos del Estado para poder ejercer sus

73 Ibid.

74 Informe Comisión 2021, fundamento 236.

75 Canedo, G, (2008). Una conquista indígena. Reconocimiento de municipios por usos y costumbres en Oaxaca (México). Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

funciones autónomas. En ese sentido, se han constituido alrededor de 719 resguardos indígenas[76], cuyos territorios son entidades territoriales, iguales a los departamentos y municipios, que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, tienen derecho a administrar los recursos y establecer tributos para el cumplimiento de sus funciones y también el derecho de gobernarse por autoridades propias, a través de consejos conformados según sus usos y costumbres[77]. Sin embargo, para el año 2021 aún no se había adoptado la ley orgánica de ordenamiento territorial ordenada en el Artículo 329 de la Constitución para la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas. Ante ese vacío jurídico, se han promulgado decretos con carácter de ley que abordan el tema de forma incompleta. Por ejemplo, el Decreto 1088 de 1993 regula la creación de Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas como entidades de derecho público con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, y el Decreto 1053 de 2014 facilita el funcionamiento de los territorios indígenas con respecto a las funciones públicas que les son atribuidas y la administración y ejecución de los recursos dispuestos para su financiación[78]. Asimismo, hay discusión sobre los avances lentos respecto a la titularización de tierras y la regularización de los títulos de propiedad.[79]

En el caso de Brasil, la Constitución de 1988 no hace mención expresa de la libre determinación de los pueblos indígenas, sin embargo, este derecho se puede inferir del Artículo 231 que reconoce la organización, costumbres, lenguas, tradiciones y los derechos originarios de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, por lo que corresponde al Estado demarcarlas y protegerlas. Según la Constitución, las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas

76 Dahl, J. et al. (2020). Building Autonomies. International Work Group for Indigenous Affairs.

77 Informe Comisión 2021, fundamento 239.

78 Informe Comisión 2021, fundamento 239.

79 Dahl, J. et al. (2020). Building Autonomies. International Work Group for Indigenous Affairs.

son aquellas habitadas "con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones". Además, dichas tierras "se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas" y son "indisponibles y los derechos sobre ellas imprescriptibles".[80]

En Venezuela el derecho a la autodeterminación se desprende del Artículo 119 de la Constitución, el cual señala que los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias formas de organización social, política y económica, sus usos y costumbres, gestión de los asuntos propios, desarrollo de sus propias formas de vida y a la consulta. Además, se reconocen los derechos territoriales de los pueblos indígenas, por lo que corresponde al Ejecutivo, "con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles".[81]

Estos marcos legales si bien han reconocido en distinto grado derechos territoriales de los pueblos indígenas, no han reformado la gobernanza territorial del estado ni su poder para otorgar concesiones mineras, petroleras y demás, o desarrollar grandes proyectos de infraestructura sobre territorio indígena. En ese sentido, los derechos territoriales y de autodeterminación indígena conviven con otros derechos relacionados a proyectos extractivos y de infraestructura y que se desarrollan con preminencia debido al "interés nacional".

2.2.1 El surgimiento de la plurinacionalidad

En América Latina el plurinacionalismo se cristalizó en Bolivia y Ecuador. A diferencia del multiculturalismo que busca la armonía de distintas culturas que conviven en una sociedad, y los mecanismos

80 Informe Comisión 2021, fundamento 243.
81 Informe Comisión 2021, fundamento 245.

legales para reconocer los derechos de las minorías étnicas; el plurinacionalismo busca reconocer la existencia de naciones indígenas ancestrales que demandan transformar el estado en uno plurinacional.

En Bolivia, la Constitución Política del 2009 otorga a las diferentes instancias públicas un carácter plurinacional. Además, profundiza las políticas interculturales (tales como la educación y la salud intercultural), incorpora escaños en el Congreso y la Corte Suprema para representantes indígenas, y establece nuevos requerimientos de idiomas indígenas para los funcionarios públicos, entre otras medidas. Además, mediante la Ley núm. 3760, de 7 de noviembre de 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se incorporó a la legislación nacional. Así, el marco constitucional supera al estado multicultural establecido en la Constitución de 1994, pasando de reconocer derechos sociales y culturales de los pueblos indígenas para participar en un estado liberal unitario como minorías étnicas, hacia un estado plurinacional en el cual los pueblos indígenas son reconocidos como naciones.[82]

La principal característica del estado plurinacional es el derecho de los pueblos indígenas al auto-gobierno a través de la creación de *Autonomías Indígenas Originarias Campesinas*. En este nuevo esquema constitucional, las autonomías territoriales no son simple delimitaciones administrativas que buscan básicamente fines económicos, sino que son unidades políticas de la gobernanza multinivel del estado.[83] Este nuevo esquema también reemplaza el término "tierra" por "territorio" y en lugar de "tierras comunales" usan el término *Territorio Indígena Originario Campesino*. No es solo un cambio semántico. El concepto de territorio busca romper una tradición legal histórica según la cual los pueblos indígenas tienen derechos de propiedad

82 Galindo, J. (2010). Cultural Diversity in Bolivia: From Liberal Interculturalism to Indigenous Modernity en M. Janssens (ed), *The Sustainability of Cultural Diversity: Nations, Cities and Organizations* (pp. 80). Edward Elgar Publishing.

83 Del Pilar Valencia, M., & Egido, I. (2009). Bolivia: ¿Estado indio? Reflexiones sobre el Estado Plurinational en el debate constituyente boliviano. *Verfassung Und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 42 (1), 55-72.

como campesinos, pero no derechos territoriales propiamente dichos como naciones originarias.[84]

Sin embargo, la inclusión de los derechos territoriales dentro de la gobernanza multinivel del país es problemática. Bolivia está organizada geopolíticamente en 9 departamentos, las unidades territoriales más grandes dirigidas por un gobernador y una asamblea departamental. Cada departamento está dividido en provincias (actualmente existen 112 provincias) y dentro de cada provincia hay municipios (339 en total) representados por alcaldes y el consejo municipal. En este contexto, la Constitución y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización del 2010, restringe la implementación de autonomías indígenas porque los límites de las autonomías permanecen los mismos de aquellos de las municipalidades ya creadas.[85] En contraste con las fronteras territoriales pre-coloniales, que incluyen áreas mucho más grandes que las municipalidades contemporáneas, el marco legal restringe la constitución de autonomías indígenas a áreas más pequeñas basadas en los límites formales ya definidos por el estado.[86]

A pesar de que el marco jurídico requiere complejos ejercicios de ajuste y el proceso administrativo es muy largo y burocrático, algunos pueblos indígenas están creando sus propias entidades autónomas autogobernadas dentro de ese marco. Así sucede con la autonomía guaraní de Charagua-Iyambae, cuyo estatuto de autonomía se aprobó en septiembre de 2015. La implementación de este modelo por medio de los órganos colectivos tradicionales de adopción de decisiones está resultando difícil, puesto que implica la toma de decisiones consensuadas dentro de una circunscripción de autonomía que no se ajusta a las divisiones territoriales tradicionales e incluye a poblaciones no

84 Merino, R. (2018). Reimagining the nation-state: Indigenous peoples and the making of plurinationalism in Latin America. *Leiden Journal of International Law,* 31 (4), 773-792.

85 Cruz, E. (2013). Estado plurinacional, interculturalidad y autonomía indígena: Una reflexión sobre los casos de Bolivia y Ecuador. *Via Iuris* (14) 1.

86 Tockman, J., & Cameron, J. (2014). Indigenous autonomy and the contradictions of plurinationalism in Bolivia. *Latin American Politics and Society,* 56 (3), 46-69.

indígenas. Sin embargo, el gobierno autónomo de Charagua-Iyambae está creando instrumentos de planificación y gestión territorial inspirados en los paradigmas culturales indígenas.[87]

En Ecuador la Constitución del 2007 estableció que la plurinacionalidad es un rasgo esencial del estado (Artículo 1) y es un principio para la organización política y territorial (Artículo 257). La inclusión de la plurinacionalidad dentro de la estructura estatal ecuatoriana también es problemática. Ecuador se organiza políticamente en 24 provincias, 221 cantones, y parroquias urbanas y rurales (690 y 790 respectivamente); cada una elige democráticamente a sus autoridades territoriales y sus consejos como gobiernos sub-nacionales. Como una forma de desarrollar el plurinacionalismo, el Artículo 242 de la Constitución establece que para fines de la conservación ambiental por razones étnico culturales o de población, se pueden crear regímenes especiales, uno de ellos es la *Circunscripción Territorial Indígena*. El Artículo 94 del Código Orgánico de Organización Territorial (2010) señala que las parroquias, los cantones y las provincias formadas mayormente por pueblos indígenas o Afro-ecuatorianos pueden adoptar este régimen especial de gobierno después de un referéndum aprobado por al menos dos tercios de los votos válidos del registro electoral de la circunscripción. Así, como en el caso de Bolivia, el criterio para delimitar territorios responde no a la integridad cultural de los pueblos indígenas sino que depende de las fronteras ya definidas formalmente por el estado "sin tocar las estructuras coloniales".[88] Además, el complejo proceso para establecer esas circunscripciones, la falta de apoyo estatal y la subordinación del modelo a la división y los procedimientos administrativos del Estado, son factores que podrían explicar el escaso interés de los pueblos indígenas en su creación.[89]

87 Informe Relatora 2019, fundamento 67.

88 CONAIE. (2017, 29 de marzo). Estrategias de división al sector indígena desde la invasión hasta el Estado moderno.https://conaie.org/2017/03/29/estrategias-division-al-sector-indigena-desde-invasion-estado-moderno.

89 Informe Relatora 2019, fundamentos 65, 66

Finalmente, es importante mencionar la experiencia chilena pues si bien no se llegó a aprobar el proyecto de nueva constitución sometida a votación en el 2022, se observa una tendencia hacia el reconocimiento de la plurinacionalidad. El Artículo 1 que proponía definir la naturaleza del nuevo estado chileno señala: *"Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural y ecológico. Se constituye como una República solidaria, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza"*. En el Artículo 4 se establece además que *"Chile es un Estado Plurinacional e Intercultural que reconoce la coexistencia de diversas naciones y pueblos en el marco de la unidad del Estado. Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawashkar, Yaghan, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley"*. Además, el Artículo 5 reconoce expresamente la autodeterminación de estos pueblos y el derecho al autogobierno: *"Los pueblos y naciones indígenas preexistentes y sus miembros, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía y al autogobierno, a su propia cultura, a la identidad y cosmovisión, al patrimonio y la lengua, al reconocimiento de sus tierras, territorios, la protección del territorio marítimo, de la naturaleza en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos, a la cooperación e integración, al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades propias o tradicionales y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado"*.

Frente a las experiencias descentralistas de Bolivia y Ecuador, para implementar el estado plurinacional la propuesta chilena la gobernanza territorial respondía al Estado Regional: *"Chile es un Estado Regional, plurinacional e intercultural conformado por entidades territoriales autónomas... El Estado se organiza territorialmente en regiones autónomas, comunas autónomas, autonomías territoriales indígenas y territorios especiales. Las entidades territoriales autóno-*

mas tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y las potestades y competencias necesarias para gobernarse en atención al interés general de la República, de acuerdo a la Constitución y la ley, teniendo como límites los derechos humanos y de la Naturaleza".

En este contexto, es fundamental desarrollar políticas públicas que puedan armonizar el interés de las naciones indígenas en reconocer sus espacios territoriales ancestrales y las estructuras territoriales ya existentes en el estado chileno.

2.2.2. Experiencias del Derecho Anglosajón (Common Law)

En los países del mundo anglosajón marcados por la colonización británica también se incorporaron reglas y provisiones constitucionales multiculturales a partir de los años ochenta. Así, por ejemplo, en Australia, Nueva Zelanda y Canadá las naciones indígenas están obligadas a preparar constituciones escritas o códigos como una condición para obtener reconocimiento oficial. En estas experiencias, el llamado "constitucionalismo tribal" requiere el acomodamiento dentro del marco regulatorio del estado para que las jurisdicciones indígenas puedan operar, pero el nivel de reconocimiento formal varía entre los países. Los pueblos de Norte América gobiernan tierras delimitadas (*'reserves'* en Canada, *'reservations'* en los Estados Unidos) y están habilitados para ejercer control, acceso y residir en el territorio indígena. Este no es el caso para los pueblos de Australia y Nueva Zelanda, cuyas jurisdicciones están definidas con referencia a los límites de sus territorios tradicionales, pero cuya actividad de gobernanza está confinada a la gestión de la propiedad indígena a partir de acuerdos históricos sobre demandas territoriales.[90]

Por ejemplo, en el caso de Canadá, el gobierno federal firmó 11 tratados con los pueblos indígenas entre 1871 y 1921[91]. El *Cons-*

90 Gover, K. (2010). *Tribalism Constitutionalized: The Tribal Governance of Membership*.Oxford University Press.

91 First Peoples Worldwide – University of Colorado Boulder, Canadian Indigenous Peoples – Legal Framework and Significant Issues, Summary of Respon-

titution Act de 1982 afirmó los derechos reconocidos a favor de los pueblos indígenas en los tratados existentes, así como aquellos derechos adquiridos a través de los acuerdos de reclamaciones de tierras (*land claim agreements*) negociados hasta la actualidad entre el gobierno y los pueblos indígenas. No se definen los derechos en dicha Ley, pero se ha entendido que comprenden derechos tales como a la tierra, la caza y pesca tradicional, a la cultura y a suscribir acuerdos. Sin embargo, el significado de los derechos contenidos en los tratados continúa siendo controvertido entre el Estado y los pueblos indígenas, lo que ha tenido como resultado numerosos litigios e interpretaciones por parte la Corte Suprema con diferentes resultados[92]. Por otro lado, el derecho al autogobierno indígena debe ser negociado con el gobierno federal a través de acuerdos específicos entre pueblos indígenas y el gobierno federal (self-*government agreements*), mediante los cuales pueden adoptar sus propias leyes y políticas. Los derechos al autogobierno en dichos acuerdos deben ser aprobados por la legislación federal. La negociación de estos acuerdos hace que la parte indígena no esté sujeta a la jurisdicción de la Ley Indígena (*Indian Act*), vigente desde 1876 y mediante lo cual el gobierno federal ha ejercido control sobre sus tierras, servicios sociales, el reconocimiento oficial de personas indígenas y muchos aspectos de las vidas de los pueblos indígenas.[93]

En los Estados Unidos, el proceso de colonización británica incluyó la práctica de suscribir tratados con los pueblos indígenas. Posteriormente, el gobierno estadounidense adoptó esta práctica en contextos de adquisición de tierras tras procesos de resistencia armada por parte de los pueblos indígenas. Dado que ello significó la pérdida de gran parte de las tierras ancestrales indígenas, se sentaron las bases para el reconocimiento y establecimiento de las reservas indígenas con ciertos derechos de autogobierno y ju-

ses to IACHR Questionnaire on Indigenous and Tribal Peoples' Right to Self-Determination (2021).

92 Informe Comisión del 2021, fundamentos 225, 226.

93 Informe Comisión del 2021, fundamentos 227.

risdicción propia, derechos que desde el siglo XIX han atravesado etapas tanto de reconocimiento como de debilitamiento por parte de legislaciones federales y fallos de la Corte Suprema. Los tratados históricamente suscritos con los pueblos indígenas se pueden entender como el reconocimiento implícito de su soberanía inherente y el establecimiento de relaciones políticas de nación a nación, o gobierno a gobierno. Tras varias leyes y políticas de asimilación, la libre determinación empezó a figurar explícitamente como una política nacional desde la adopción de leyes federales como el *Indian Self-Determination and Education Assistance Act* (1975). A partir de ello, así como de movilizaciones políticas en los 1960 y 1970, los pueblos indígenas han obtenido un mayor control sobre sus propios sistemas de gobierno interno, incluyendo sistemas judiciales, así como en lo relativo a la educación, salud y otros asuntos socioeconómicos. Sin embargo, enfrentan desafíos en ejercer de manera efectiva su libre determinación, particularmente en relación con la regulación y jurisdicción sobre personas e intereses externos.[94]

En general, los avances legislativos han surgido en respuesta a los desarrollos internacionales y en razón de la movilización y la consecuente respuesta judicial. Sin embargo, desarrollos jurisprudenciales como el "título nativo", elaborado por la Corte Suprema de Canadá y la Alta Corte de Australia tienen fuertes limitaciones. Aunque esta doctrina reconoce que la colonización no ha extinguido completamente los derechos sobre las tierras indígenas, dicha jurisprudencia no reconoce explícitamente la autodeterminación indígena.[95] El procedimiento para obtener el título nativo se basa en la presunción legal que la Corona mantiene un título subyacente sobre todas las tierras del país y que los pueblos indígenas deben probar que ellos tienen una conexión tradicional con su territorio en cuestión, usando el sistema formal de carga

94 Informe Comisión del 2021, fundamentos 223, 224.

95 Short, D. (2003). Reconciliation, Assimilation, and the Indigenous Peoples of Australia. International Political Science Review / *Revue Internationale de Science Politique*, 24 (4), 491-513.

de la prueba.[96] Es más, el estado mantiene el poder de extinguir el título sin consulta y compensación.[97] Para Sanderson[98], la permanencia de la ficción del título de la Corona en la aplicación de la doctrina del título nativo reduce los reclamos indígenas a negociaciones o litigios por el solo derecho de propiedad, excluyendo el autogobierno dentro de sus territorios.

2.2.3. Conclusión sobre el reconocimiento de la autodeterminación en perspectiva comparada

Los diferentes sistemas legales reconocen la autodeterminación indígena con diferentes énfasis, cobertura y características, dependiendo de las distintas realidades socio-culturales, los legados históricos y las oportunidades políticas que surgen en cada caso. No obstante, hay un patrón común en todos los sistemas: la importancia del territorio, el autogobierno y la gobernanza territorial, todo lo que implica reformas que van desde el marco constitucional hasta el desarrollo de jurisprudencia y leyes específicas. Estas experiencias, además, han sido interpretadas por el sistema interamericano y el sistema de las Naciones Unidas para definir los estándares desarrollados en la sección anterior. De esta forma, la realidad socio-cultural y el desarrollo de estándares internacionales son procesos dinámicos, abiertos, que se retroalimentan y refuerzan. El fin último de estos procesos es conso-

96 Pratt, A. (2004). Treaties vs. Terra Nullius: "Reconciliation," Treaty-Making and Indigenous Sovereignty in Australia and Canada. *Indigenous Law Journal*, 3, 43-60.; Fitzpatrick, P. (2002). "No higher duty": Mabo and the failure of legal foundation. Law and Critique. Springer Netherlands.

97 Gilbert, J. (2007). Indigenous rights in the making: The United Nations declaration on the rights of indigenous peoples. *International Journal on Minority and Group Rights*; Dodds, S. (1998). Justice and indigenous land rights. Inquiry (United Kingdom), 41 (2), 187–205; Asch, M., Iveson, D., Patton, P., & Sanders, W. (2004). Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples. Canadian Journal of Sociology / Cahiers Canadiens de Sociologie, 29 (1), 150.

98 Sanderson, D. (2018). The residue of imperium: Property and sovereignty on indigenous lands. *University of Toronto Law Journal*. University of Toronto Press Inc.

lidar el derecho a la autodeterminación indígena y esto se logra reinterpretando las actuales categorías jurídico-políticas o extendiéndolas y, en última instancia, transformándolas. Esto último no implica, en general, la creación de nuevos estados. En el contexto del Common Law, las naciones indígenas han propuesto un modelo de federaciones multinacionales[99] o federalismo de tratados,[100] en los cuales el sistema constitucional dominante debería ser suplementado por un proyecto de reconocimiento justo de las federaciones indígenas. Tully encuentra que el sistema federalista del Common Law podría servir como un modelo para un sistema federal que incluya a las naciones indígenas, dado que, desde antes de la colonización, estas naciones formaban unidades políticas que negociaban entre ellas el acceso y titularidad de recursos y territorios. En América Latina se plantea la plurinacionalidad como un modelo de estado capaz de reconocer el derecho a la autodeterminación indígena en toda su plenitud.

99 Tully, J. (2005). *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge University Press.

100 Henderson, J. S. Y. (2019). UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and Treaty Federalism in Canada. *Review of Constitutional Studies*, 24 (1), 17-42.

3.
Desarrollo histórico del reconocimiento a la autodeterminación indígena en el Perú

A continuación, presentaré un breve recuento histórico del reconocimiento de la autodeterminación indígena en el estado colonial y post-colonial.

3.1. Autodeterminación indígena en el Perú colonial

La autodeterminación indígena tuvo un reconocimiento indirecto en el Virreinato del Perú. Los descendientes de españoles y por excepción algunos mestizos en ascenso social, fueron considerados como miembros de la "nación española", mientras que los descendientes indígenas fueron designados como miembros de la "nación india".[101] Cada nación a través de su "República" tenía distintos derechos y obligaciones frente a la Corona, pero con la particularidad que el reconocimiento de la "República de Indios" tuvo un explícito propósito civilizador y misionero. Para ello, los decretos u ordenanzas reales (en

101 Thurner, Mark. "Republicanos" y "la comunidad de peruanos": comunidades políticas inimaginadas en el Perú postcolonial. *Histórica*. Vol. XX N° 1 Julio de 1996.

especial las llamadas Leyes Nuevas, influidas por Bartolomé De las Casas), establecieron una protección legal en favor de estas repúblicas, creando un auto-gobierno indio local supervisado por administradores coloniales. Este sistema le brindaba a los indios cierta autonomía cultural, política y económica a cambio de ser considerados vasallos inferiores a los españoles, cargados con la obligación de un tributo y trabajo obligatorio para la Corona[102].

Como respuesta a la rebelión de Túpac Amaru, la política represora de la colonia a través del funcionario colonial José Antonio de Areche, puso fin al sistema de las dos repúblicas formalizado por el Virrey Toledo en los años 1570.[103] Sin embargo, esta campaña de genocidio cultural no pudo concretarse. Las reformas no pudieron erradicar el quechua y la cultura andina, como tampoco asimilaron completamente a las masas indígenas al mundo católico español.[104] Por ello, con la independencia, el proyecto criollo de formación nacional creó una nación y república peruana ficticia donde antes existían al menos dos: la india y la española. La legitimación de esta nueva república tuvo que sustentarse en el olvido selectivo. Así, los criollos negaron el pasado indígena cercano porque su presencia implicaría reconocer a una nación alterna con su propia historia política; en lugar de ello, imaginaron selectivamente a una sociedad que no aceptaba a las mayorías como agentes políticos.[105] Este proyecto tuvo como elemento fundamental a la ideología del mestizaje, pues ella buscaba ocultar los intereses divergentes y conflictos de los grupos sociales

102 Walker, C. (2015). La rebelión de Tupac Amaru. Traducido por Óscar Hidalgo. IEP: Lima.

103 Ibid.

104 Para Walker la rebelión de Tupac Amaru postergó y apresuró al mismo tiempo la independencia: abrió la brecha entre los andes y la costa, y recordó a las clases altas y otros grupos el alto costo de un alzamiento, pero también rompió el sistema toledano, base del gobierno colonial por doscientos años (Walker, C. (2015). La rebelión de Tupac Amaru. Traducido por Óscar Hidalgo. IEP: Lima.).

105 Thurner, M. (1996). Republicanos" y "la comunidad de peruanos: comunidades políticas inimaginadas en el Perú postcolonial. *Histórica*. Vol. XX N° 1, p. 125.

para difundir la imagen de una sociedad homogénea y armónica[106]. Esta noción de nación no solo dejó de lado a la república india, que había sido reconocida legalmente en la normativa colonial, sino también a otros pueblos andinos y amazónicos que fueron excluidos del proyecto de construcción nacional.

Al constituirse el estado peruano las élites liberales y conservadoras, a pesar de sus diferencias, convergieron en facilitar de una manera u otra, la explotación de la población indígena.[107] Por ejemplo, la legislación de Bolívar que buscaba disolver la comunidad para darle derechos a todos los habitantes del país como ciudadanos fue, en realidad, contraproducente, pues los hacendados que tenían poder económico y político expandieron sus tierras sobre los territorios indígenas. Este proceso se profundiza después de la guerra con Chile (1879-1884) y la expansión del capital extranjero y nacional para desarrollar la agricultura de exportación y la minería. Los comuneros reaccionaron a este despojo obligando al gobierno de Leguía en 1920 a reconocer constitucionalmente la existencia de comunidades indígenas, después de casi un siglo de que Bolívar pretendiera lo contrario.[108]

El movimiento indigenista tuvo impacto en el ámbito legal, viéndose de alguna manera reflejado en leyes y políticas que buscaban reivindicar al indio (aunque concebido sobre todo como andino, descendiente de los incas). Este movimiento fue simultáneo a varias movilizaciones indígenas que se alzaron en contra de fuertes cargas tributarias y los abusos de los hacendados. Por ejemplo, en 1915 Teodomiro Gutiérrez, bajo el nombre de Rumi Maqui (en quechua "mano de hierro") lideró una revuelta radical en Puno, buscando restaurar un gobierno Inca para los indígenas[109]. Las voces de los intelectuales

106 Bonilla, H. y Spalding, K. (2015). La independencia en el Perú: las palabras y los hechos. *La independencia del Perú ¿Concedida, conseguida, concebida?* IEP: Lima.

107 Cotler, J. (2014). Clases, Estado y Nación en el Perú. IEP: Lima.

108 Bonilla, H. (1982). Comunidades de indígenas y estado nación en el Perú, *Histórica*, Vol. VI. Núm. 1.

109 Becker, M. (2006). Mariátegui, the Comintern, and the Indigenous Question in Latin America. *Science & Society*, 70 (4), pp. 450-479.

y las presiones derivadas de las rebeliones pusieron la cuestión indígena en la agenda política desde el gobierno del Presidente Nicolás de Piérola (1895-1899) hasta al gobierno de Augusto Leguía (1919-1930).

3.2. Las olas del indigenismo legal

El resultado de esta *primera ola de indigenismo legal* fue el reconocimiento, por primera vez, de los indígenas como sujeto de derechos colectivos. Obligado por la presión social, Leguía formalizó el estatus jurídico de las comunidades, enfatizando el rol protector del Estado[110]. Así, la Constitución Política de 1920 en su Artículo 58 reconoció legalmente a unas comunidades que ya existían en la realidad desde antes del nacimiento de la República, y sus tierras fueron protegidas con provisiones especiales: la inembargabilidad, la imprescriptibilidad y la inalienabilidad. La razón de esta regulación especial era evitar fraudes similares a aquellos que ya habían sucedido en el pasado por los hacendados, quienes expandieron sus tierras mediante la ocupación de territorios comunales[111].

Es preciso señalar que las preocupaciones del indigenismo fueron prácticamente inexistentes respecto a la Amazonía. El indigenismo peruano, en general, se había enfocado en los Andes, quizá debido a la fascinación del país por el legado Inca[112]. Así, por ejemplo, la Asociación Pro-Indígena estuvo activa hasta 1926, durante la última etapa de la fiebre del caucho en la Amazonía, sin embargo, la asociación consideraba que el caso no era importante porque los nativos amazónicos no eran verdaderos ciudadanos integrados en la nación peruana[113]. Es así que en el ámbito legal se mantuvo vigente por mu-

110 Wise, D. (1983) Indigenismo de izquierda y de derecha: dos planteamientos de los años 1920. *Revista Iberoamericana*,pp. 159-169.

111 Del Castillo, L. (1992) ¿Tienen futuro las comunidades campesinas? *Debate Agrario*, 14, pp. 39-53.

112 Greene, S. (2009). *Customizing Indigeneity: paths to a visionary politics in Peru*. Stanford, California: Stanford University Press.

113 Barclay, F. (2010). La asociación pro indígena y las atrocidades del Putumayo. Una misión auto restringida. *Boletín Americanista*, LX (60), pp. 143-163.

chos años la Ley sobre Inmigración y Colonización de 1893, que permitió la ocupación de la Amazonía por colonos y caucheros que expandieron sus tierras sobre territorio nativo[114]. Más bien, el gobierno de Leguía reforzó el proyecto civilizatorio en la Amazonía en 1909 con la promulgación de la Ley 1220 "Ley General de Tierras de Montaña", que promovió la colonización en tierras orientales, y ofrecía garantía de estabilidad a las industrias de agricultura y caucho[115]. Con esta Ley el Estado fue capaz de transferir la tierra nativa a pesar de la existencia de población indígena que la habitaba; así reconocía el derecho de desplazar, eliminar o explotar a los indígenas amazónicos[116]. Los pueblos nativos tuvieron dos opciones frente a esto: abandonar su territorio buscando espacios libres, o permanecer allí como peones.[117]

La ***segunda ola de indigenismo legal*** fue desarrollada por el gobierno militar del Presidente Velasco (1968 – 1975), considerado el proponente de la legislación e institucionalidad pro-indígena más importante del siglo pasado. Es necesario entender el contexto de este segundo indigenismo legal. Entre 1959 y 1966 los periódicos reportaron 103 invasiones a haciendas de todo el país, y la reacción

114 Romero, A. (1978). Aspectos legales sobre las comunidades nativas de la Amazonía peruana. *Revista Panorama Amazónico*, 2 (3), pp. 5-26.

115 Ibid.

116 Espinosa, O. (2009). ¿Salvajes opuestos al progreso?: Aproximaciones históricas y antropológicas a las movilizaciones indígenas en la Amazonía peruana. Anthropologica, XXVII (27), pp. 123-168.

117 Así, "la fiebre del caucho" (finales de 1800s –1915) emergió en un contexto de ausencia de protección legal para los nativos. De acuerdo con Varese, 80% de la población indígena del Río Putumayo fue asesinada, y en Madre de Dios muchas tribus fueron totalmente exterminadas y otras quedaron muy cerca a la extinción (Romero, 1978. Aspectos legales sobre las comunidades nativas... op. cit.). Muchos pueblos indígenas que hoy viven en aislamiento voluntario tomaron esa decisión por las muertes causadas por las enfermedades y persecución durante esta etapa, eventos que se mantiene aún vivos en su memoria colectiva; Napolitano, D. and Ryan, A. (2007). The dilemma of contact: voluntary isolation and the impacts of gas exploitation on health and rights in the Kugapakori Nahua Reserve, Peruvian Amazon. *Environmental Research Letters*, 2 (4), pp. 1-12.

violenta de los sectores tradicionales[118]. Como las formas opresivas de explotación colonial habían sobrevivido en los Andes, las rebeliones campesinas, especialmente aquellas lideradas por Hugo Blanco (líder de la Federación Campesina) en la Convención, Cuzco, promovieron la transformación de la estructura de la tenencia de la tierra a través de la participación directa del campesinado. En 1963 Blanco y los líderes campesinos fueron encarcelados y la organización fue desmantelada. No obstante, debido a la fortaleza del movimiento campesino, la Convención fue elegida por el gobierno como el lugar emblema de la reforma agraria (reforma que el gobierno anterior de Belaunde anunció, pero no implementó efectivamente)[119]. El énfasis nacionalista en la reforma agraria, así, se debió sobre todo al peligro del levantamiento campesino en el sur y los andes centrales del país[120].

El Presidente Velasco decidió impulsar un proyecto que transformara la comunidad a través de un proceso de modernización[121]: su organización tradicional interna fue cambiada hacia un modelo cooperativo[122]. Asimismo, reemplazó el término "indígena", que fue entendido como discriminatorio, por el término "campesino". En realidad, el gobierno buscaba establecer un capitalismo de estado a través de la modernización e integración nacional, al mismo tiempo que minimizaba las diferencias de clase y los levantamientos campesinos. Además, el régimen de Velasco impuso su propio modelo de participación y organización política con el objeto de eliminar la compe-

118 Cotler, J. y Portocarrero, F. (1976). Organizaciones campesinas en el Perú. Comunidades indígenas del área andina. Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú, Matos, J. (comp). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

119 Ibid.

120 Seligmann, L. (1993). The Burden of Visions amidst Reform: Peasant Relations to Law in the Peruvian Andes. *American Ethnologist*, 20 (1), pp. 25-51.

121 Matos, J. (1976). Comunidades indígenas del área andina. En Matos, J (ed.).*Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú*.Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

122 Del Castillo, L. (1992) ¿Tienen futuro las comunidades campesinas? Debate Agrario, 14, pp. 39 – 53; Matos, J. (1976). Comunidades indígenas del área andina. En Matos, J (ed.).*Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

tencia de sindicatos, partidos y federaciones campesinas[123]. En dicho contexto, Velasco promulgó la Ley de Reforma Agraria de 1969 y creó la "comunidad campesina" y en 1974 mediante la Ley 20653 creó la comunidad nativa para la Amazonía. Estas comunidades fueron protegidas con las mismas características de las viejas comunidades indígenas: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

En la Amazonía, la Ley de Comunidades Nativas, Ley N° 20653 de 1974, reconoció solo comunidades nativas individuales a través del trasplante del modelo legal de la comunidad campesina de los Andes[124]. Así, cada comunidad era una unidad espacial y administrativa aislada reconocida como "propiedad comunal", cuando la base territorial de los pueblos amazónicos era mucho mayor y estaba articulada a través de criterios étnicos y culturales que definen un territorio[125]. En realidad, la Ley de Comunidades Nativas fue un medio para asegurar la colonización interna porque después de titular a las comunidades, enormes cantidades de tierra fueron consideradas legalmente "sin propietarios" (tierras que en verdad constituían territorio indígena), favoreciendo la toma de tierras por colonos y empresas. Esta es la razón por la que desde el comienzo muchos llamaron al proceso de titulación de tierras como una "despojo institucionalizado"[126].

123 Seligmann, L. (1993). The Burden of Visions amidst Reform: Peasant Relations to Law in the Peruvian Andes. American Ethnologist, 20 (1), pp. 25-51.

124 Chirif, A. y García Hierro, P. (2007). *Marcando Territorio: Progresos y limitaciones de la titulación de territorios indígenas en la Amazonía*. IGWIA: Copenhague; Espinosa, O. (2010). Cambios y continuidades en la percepción y demandas indígenas sobre el territorio en la Amazonía peruana. *Anthropologica*, 28 (1), pp. 239-262; Surrallés, A. (2009). Entre derecho y realidad: antropología y territorios indígenas amazónicos en un futuro próximo. *Boletín del Instituto Francés de Estudios Andinos*, 38 (1), pp. 29-45.

125 Greene, S. (2009). *Customizing Indigeneity: paths to a visionary politics in Peru*. Stanford, California: Stanford University Press.

126 Chirif, A. (1980). Colonización e invasión: el despojo institucionalizado. *Amazonía Indígena*, 1 (1), pp. 15-24; Barclay, F y Santos, F. (1980). La conformación de las comunidades Amuesha: la legalización de un despojo territorial. *Amazonía Peruana*, 3 (5), pp. 43-74; en Espinosa, O. (2010). Cambios y continuidades en la percepción y demandas indígenas sobre el territorio en la Amazonía peruana. Anthropologica, 28 (1), pp. 239-262;

Este proceso se profundiza algunos años después con el desmantelamiento legal de la reforma agraria. En 1978 la Ley 22175 remplazó las provisiones de la Ley 20653 y rescindió el dominio sobre los bosques que había sido reconocido para las comunidades nativas. Es más, el Artículo 28 de dicha Ley sujetó a las comunidades nativas al "interés social"[127], lo que justificó la explotación y desposesión de la tierra indígena. Además, en 1979 la Constitución estableció dos excepciones a la inalienabilidad: la expropiación por "necesidad pública" o la decisión de una mayoría de 2/3 de los comuneros activos[128]. Estas provisiones legales fueron reproducidas por la Ley General de Comunidades Campesinas de 1987. La protección legal para los pueblos indígenas fue debilitada aún más durante el gobierno de Fujimori. La Constitución de 1993, aunque afirmaba la naturaleza pluricultural del país, eliminó las salvaguardas introducidas por la legislación de 1974 que todavía estaban vigentes en favor de los pueblos indígenas, incluyendo la inalienabilidad de la tierra indígena, y reafirmó el control absoluto del Estado sobre todos los recursos naturales bajo el criterio de necesidad pública. Esto generó un incremento considerable de las concesiones extractivas[129]. Además, Fujimori promulgó el Decreto N° 653 (*Ley de Promoción de las Inversiones del Sector Agrario o "Ley de Tierras"*), el cual introdujo la propiedad agraria, promovió la venta, leasing e hipoteca de la tierra, así como el crédito y otros modelos empresariales[130].

127 Stocks, A. (2005). Too Much for Too Few: Problems of Indigenous Land Rights in Latin America. *Annual Review of Anthropology*, 34, pp. 85-104.

128 Del Castillo, L. (2004). Conflictos en tierras de Comunidades Campesinas y legislación. En Laos, A (ed.) *Las Comunidades Campesinas en el Siglo XXI*. Lima: Allpa.

129 Hughes, N. (2010). Indigenous Protest in Peru: The 'Orchard Dog' Bites Back. *Social Movement Studies*, 9 (1), pp. 85-90; Greene, S., 2006. Getting over the Andes: The Geo-Eco-Politics of Indigenous Movements in Peru's Twenty-First Century Inca Empire. *Journal of Latin American Studies*, 38, pp. 327-354; Stocks, A. (2005). Too Much for Too Few: Problems of Indigenous Land Rights in Latin America. *Annual Review of Anthropology*, 34, pp. 85-104.

130 Del Castillo, L.(1997). Propiedad rural, titulación de tierras y propiedad comunal. *Debate Agrario*, 26, pp. 59-79; Del Castillo, L. (1992) ¿Tienen futuro las comunidades campesinas? *Debate Agrario*, 14, pp. 39-53.

Son dos artículos en la **Constitución de 1993** que reconocen el derecho a la autodeterminación:

Artículo 89°.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.
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.
La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.
El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Artículo 149°.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Con la aprobación de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Ley de Consulta Previa), y la normativa e institucionalidad que lo acompaña desde el gobierno de Ollanta Humala se puede decir que se da inicio a una *tercera ola de indigenismo legal* en el país pues se incorpora por primera vez la noción de pueblo indígena y se da lugar a una serie de reformas en el aparato público que buscan la interculturalización del estado (ver siguiente sección).

La Ley de Consulta Previa es la implementación legal del Convenio N° 169 de la OIT, el cual fue ratificado por el Perú en 1994. Desde ese año, algunas entidades públicas como el Ministerio de Energía y

Minas habían implementado una versión débil de la consulta bajo el nombre de "talleres informativos". Esa es la razón por la que desde fines de los noventa la sociedad civil y las organizaciones indígenas exigieron la correcta implementación de los procesos de consulta, utilizando acciones legales y activismo político.[131] En el terreno social, esta Ley fue el resultado del *Baguazo* y otras protestas indígenas contra políticas nacionales que ignoraron la manera en la que los pueblos indígenas eran afectados por industrias extractivas. Ollanta Humala se convirtió en presidente en el 2011 bajo la bandera de la "inclusión social" y la Ley de Consulta Previa fue una de sus primeras medidas aprobadas por el Congreso.

El entusiasmo original respecto a la Ley fue rápidamente abandonado por una fuerte crítica a su implementación, sobre todo a su reglamento,[132] el cual estableció reglas muy polémicas, tales como la exoneración de consultas en los proyectos de infraestructura que proveen salud, educación y "servicios públicos" en general o el limitado reconocimiento del derecho a otorgar consentimiento. En contraste con los estándares internacionales que incluyen más supuestos[133], los pueblos indígenas solo tienen el derecho de otorgar consentimiento cuando el Estado busca desplazarlos a otros territorios, o cuando pretende mantener materiales peligrosos en sus tierras.[134] En cualquier

131 Ver Ruiz, J. C. (2011). *La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: Una mirada constitucional*. Instituto de Defensa Legal.

132 Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, del 3 de abril del 2012.

133 Por ejemplo, no se incluye el supuesto reconocido en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam (12 de agosto del 2008), en el cual se establece que en casos de proyectos de gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo indígena, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo (párrs. 133 a 137).

134 Este artículo se basa en el artículo 29 (2) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007.

otro caso, el Estado solo tiene que consultar, y si hay desacuerdo este es unilateralmente resuelto por el propio Estado.

Por otro lado, a pesar del reconocimiento de los "pueblos indígenas" en la Ley (detallados en la base de datos del Ministerio de Cultura), en la práctica las consultas se hacen sobre "comunidades". Es decir, la lógica e infraestructura jurídica sigue percibiendo la cuestión indígena en términos impuestos por una racionalidad legal modernizante que se ha resistido a ser eliminada. Mientras se sigue discutiendo en términos de Derecho Privado tales como la "comunidad" y la "propiedad", los pueblos indígenas vienen desarrollando estrategias político/ legales para proteger sus "territorios" como "naciones". De esta forma, las expectativas y propaganda levantada por la Ley de Consulta Previa nos hacen olvidar otros derechos importantes que han sido históricamente parte de la agenda indígena.

A pesar de ello, muchos pueblos indígenas no abandonan los procesos de consulta y esto explica una operación que hemos denominado de apropiación y desborde de la legalidad formal.[135] Los pueblos indígenas son muy críticos de la Ley de Consulta Previa, se opusieron a la exclusión del derecho a otorgar consentimiento y a las demás falencias de la norma, pero al mismo tiempo siguen usando el sistema judicial para demandar más procesos de consulta.[136] Esta aparente contradicción es en realidad una expresión de la política indígena: la consulta es una herramienta disponible para ser usada hasta que se logre reconocer por completo el derecho a la autodeterminación. Esto también explica porque los procesos de consulta, sobre todo en la Amazonía, suelen ser tan complejos y contenciosos.

135 Merino, R. (2021). *Socio-legal struggles for indigenous self-determination in Latin America: Reimagining the Nation, Reinventing the State*. Routlegde: London (pp. 1-151).

136 Ver: Ruíz, J. (2014). 'Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú', *Derecho & Sociedad*, 42, pp. 179-192.

3.3. Conclusión sobre la evolución legal del reconocimiento a la autodeterminación

En el Perú desde la colonia se ha reconocido la existencia práctica de los colectivos indígenas, pero esto no ha tenido un correlato con la legalidad formal. El reconocimiento legal de la autodeterminación ha sido instrumental, restrictivo y modernizante, es decir, bajo la visión gubernamental de turno antes que desde la cosmovisión de los propios pueblos. Además, los avances legales han respondido más a estallidos sociales y persistencia de las demandas indígenas antes que a una toma de conciencia de las autoritades acerca de la propia realidad social que son llamados a gobernar. Esto explica por qué la legislación sobre la materia en las últimas décadas ha estado a espaldas de los avances internacionales y al desarrollo de estándares de derechos humanos. Esta situación se agrava cuando analizamos la efectividad de las normas y su implementación práctica, como veremos en la siguiente sección.

Tres olas de indigenismo legal en el Perú

Etapas	Primera ola de indigenismo legal	Segunda ola de indigenismo legal	Tercera ola de indigenismo legal
Contexto	Integracionismo liberal (1910 – 1960)	Integracionismo social (1960 – 1990)	Integracionismo multicultural (1990 – actualidad)
Hito	Reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas	Reforma agraria (reconocimiento de comunidades campesinas y nativas)	Ley de Consulta Previa Pluriculturalidad y autonomía Constitución 1992
Forma del Estado	Estado liberal	Estado social	Estado neoliberal /post-neoliberal
Ideología del Estado	Liberalismo paternalista/ populista	Capitalismo social Populismo	Multiculturalismo neoliberal / inclusión social

Fuente: Merino, "La nación reimaginada", 2018

4.
Posición del estado peruano sobre el derecho a la autodeterminación indígena

A continuación, se presenta un análisis de la posición y práctica de las diferentes instancias públicas respecto del grado de implementación del derecho a la autodeterminación indígena en el Perú.

4.1. La posición de los tribunales de justicia: El Poder Judicial y el Tribunal Constitucional

El Poder Judicial

Los litigios en materia de derechos indígenas, sobre todo en materia constitucional, se han incrementado a partir de finales de los noventa, con la incidencia de ONGs y las propias organizaciones indígenas. Estas demandas se han enfocado en el derecho a la consulta previa antes que a la autodeterminación y han tenido algunos logros, como anular concesiones mineras que se realizaron sin consulta[137]; elimi-

137 Enfoque Derecho (2019, 4 de junio). *Poder Judicial: Nulas concesiones mineras y EIA por falta de consulta previa en la Cordillera del Cóndor*. IDL y Themis. https://www.enfoquederecho.com/2019/06/04/poder-judicial-nulas-concesiones-mineras-y-eia-por-falta-de-consulta-previa-en-la-cordillera-del-condor/. IDL (2021, 15 de febrero). Dos sentencias judiciales ordenan que se consulten las concesiones mineras. https://www.idl.org.pe/dos-sentencias-judiciales-ordenan-que-se-consulten-las-concesiones-mineras/

nar la excepción del Reglamento de la Ley de Consulta Previa que permitía que las medidas vinculadas a servicios públicos (por ejemplo, construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación) no pasen por consulta previa[138]; ordenar la consulta sobre estudios de impacto ambiental[139], entre otros. Hay sentencias que hacen alusión a la autodeterminación y autonomía como derechos inherentes, por ejemplo, la sentencia del caso el Baguazo que lo vincula al derecho al territorio.[140]

El problema es que aunque pueden haber algunos avances a nivel judicial también hay retrocesos, como la sentencia de la Corte Superior de Iquitos (Expediente 394-2015, de 21/12/2018) que declara improcedente la demanda del Pueblo Achuar del Pastaza para que reconozca su derecho al territorio integral.[141] Además, muchas sentencias son impugnadas para ser revisadas por el Tribunal Constitucional, el cual no siempre ha tenido una posición firme de reconocimiento de los derechos indígenas.

El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el derecho a la autodeterminación a través de una incipiente tendencia jurisprudencial[142]

138 SPDA. (2022, 17 de enero). *Consulta previa ya podrá aplicarse en proyectos relacionados a servicios públicos*. https://www.actualidadambiental.pe/consulta-previa-ya-podra-aplicarse-en-proyectos-relacionados-a-servicios-publicos/.

139 SERVINDI. (2014, 24 de octubre*). Sentencia judicial ordena consultar proyecto Hidrovía Amazónica en Perú.*)https://www.biodiversidadla.org/Noticias/Sentencia_judicial_ordena_consultar_proyecto_Hidrovia_Amazonica_en_Peru.

140 Sentencia del caso del Baguazo, emitida en la Sala Penal de Apelaciones Transitoria Liquidadora de Bagua de la Corte Superior de Justicia de Amazonas y recaída en el expediente N° 00194-2009 (https://ia801207.us.archive.org/24/items/SentenciaBagua22092016/Fallo_Bagua_Caso_Curva_del_Diablo.pdf).

141 FENAP. (2019, 13 de marzo). Sentencia regresiva de la Corte Superior de Iquitos contra los derechos de los pueblos indígenas.https://www.fenap.com.pe/index.php/noticias/125-sentencia-regresiva-de-la-corte-superior-de-iquitos-contra-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.

142 La Rosa, J. (2012). El Derecho a la Consulta Previa y su Implementación en el

que muestra tímidos avances y mayores retrocesos. Las sentencias 03343-2007-PA/TC (19.02.2009) y 022-2009 (09.06.2010) enfatizaron la libre autodeterminación de las comunidades nativas y la importancia del territorio para este derecho. Además, sirvieron de línea de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. En la denominada sentencia del caso Cordillera Escalera (expediente N° 03343-2007-PA/TC) se concibe a la autodeterminación como 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 (fundamento 32)[143]. En estas sentencias se deja claro que dicha autodeterminación no debe comprenderse como un derecho que autoriza la creación de zonas exentas de regulación legal por parte del Estado ni tampoco puede ser confundida con pretensiones separatistas, pues este derecho se enmarca en el principio de unidad de gobierno e integridad.[144]

Asimismo, en la sentencia del Expediente N° 0022-2009- PI/TC (Caso Gonzalo Tuanama I)[145], el Tribunal Constitucional al abordar el carácter pluricultural del Estado reconoce – en su fundamento 4 - que las comunidades campesinas y nativas tienen el derecho de aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. Sobre la forma de reconocimiento de los pueblos indígenas, el Tribunal sostuvo que este reconocimiento "traspasa la dimensión de una mera asociación civil" pues "su visión se asienta sobre una

Peru según las Reglas Legislativas y el Tribunal Constitucional. *Derecho & Sociedad*, (39), 196-203.

143 Sentencia del Tribunal Constituional de fecha 19.06.2009.(https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf)

144 Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19.06.2009, fundamento 32.

145 Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 09.06.2010. (https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html).

dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas".[146]

La sentencia que más ha desarrollado el derecho a la autodeterminación es la recaída sobre el expediente N° 01126-2011-HC/TC, más conocida como el caso Tres Islas, la cual reconoce de manera explícita este derecho y señala que una expresión de su ejercicio consiste en poner tranqueras a la entrada de territorio indígena para frenar el ingreso de mineros y madereros informales. El caso justamente llega al Tribunal Constitucional porque un juez había ordenado la destrucción de estas tranqueras por afectar el derecho a la libre circulación. En esta sentencia, el Tribunal señala que las comunidades nativas, en ejercicio de su autodeterminación, tienen derecho a controlar su territorio ante la intromisión de personas ajenas a la comunidad, y que además depredan su hábitat. Esta sentencia además sentó jurisprudencia al tratarse del primer caso en el Perú que el Tribunal Constitucional reconocía la propiedad territorial y autonomía en base a la autodeterminación de los pueblos indígenas[147].

Sin embargo, el Tribunal no ha desarrollado posteriormente el contenido del derecho a la autodeterminación, más bien lo ha restringido. Por ejemplo, la sentencia recaída en el expediente 02765-2014-PA/TC del 6 de junio del 2017 delimita el derecho a la autodeterminación respecto a la sanción de expulsión de unos comuneros por haber incurrido en el delito de abigeato. El Tribunal señaló que este tipo de medidas son resultado del pleno ejercicio del derecho a la autonomía, pero este debe ser *"respetuoso de los mínimos indelegables de los derechos fundamentales que podrían verse afectados, pues su ejercicio no puede significar la negación total de otro derecho o bien jurídico constitucional"* (fundamento 83). Con ello el Tribunal consi-

146 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de fecha 11.09.2012 – Expediente N° 01126-2011-HC/TC – Juana Griselda Payaba Cachique. Véase (https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html).

147 La Rosa, J. (2012). El Derecho a la Consulta Previa y su Implementación en el Peru según las Reglas Legislativas y el Tribunal Constitucional. *Derecho & Sociedad*, (39), 196-203.

deró que la expulsión de los comuneros fue ilegítima porque *"no fue respetuosa del contenido indelegable o mínincial del debido proceso, específicamente en el derecho de defensa"* (fundamento 84).

Otro grupo de sentencias han tenido un desarrollo opuesto, mostrando que existe una débil doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la autodeterminación[148]. Así, en una resolución aclaratoria de la sentencia recaída en el expediente N° 06316-2008-PA/TC, el Tribunal sostuvo que el Convenio 169 de la OIT es exigible recién a partir de la expedición de la sentencia 00022-2009-PI/TC, es decir, desde el 9 de junio de 2010 y no desde 1995 cuando fue la fecha que el Perú ratificó dicho tratado internacional. Adicionalmente, en la sentencia 0023-2009 del 21 de setiembre del 2010 se estableció que una disposición de naturaleza forestal no afectaba a los pueblos indígenas y, por lo tanto, no tendría por qué ser consultada, desconociéndose los derechos al territorio y a los recursos naturales.

Otro ejemplo de la involución es la sentencia del Expediente. 0012-2017 P1/TC, la cual declaró la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 010-2016-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca. Esta Ordenanza reconocía expresamente la personalidad jurídica de los pueblos originarios. Al respecto, se alegó que la identificación y reconocimiento de los pueblos es competencia del Ministerio de Cultura, conforme con el Artículo 33 Numeral 1 del Convenio 169 de la OIT[149]. Bajo este argumento, se estableció que los Gobiernos Regionales no sólo carecen de competencia para tal reconocimiento, sino que, en general, no pueden asumir una función que no les ha sido expresamente otorgada por la Constitución y/o la Ley.

Una reciente sentencia muestra un retroceso aún mayor en el reconocimiento de derechos indígenas. La sentencia del 20 de ene-

148 Entrevista con Juan Carlos Ruiz Molleda, 27 de marzo de 2022.

149 Convenio 169 OIT, artículo 33 numeral 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.

ro de 2022[150], recaída sobre el expediente 03066-2019, versó sobre la demanda de amparo interpuesta por las comunidades campesinas Chila Chambila y Chila Pucará (Puno) contra el Ministerio de Energía y Minas, solicitando la nulidad de concesiones mineras concedidas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. De acuerdo a los demandantes, las concesiones ocupan más del 50% de las tierras de cada una de las comunidades y fueron otorgadas sin respetar el derecho de consulta previa, el derecho de propiedad comunal y la libre determinación de los pueblos.

Sin embargo, el Tribunal declaró improcedente la demanda señalando que el derecho a la consulta previa no se encontraba reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no se trataría de un derecho fundamental que pueda ser protegido mediante una demanda de amparo. Como respuesta, la Defensoría del Pueblo (2022) emitió un comunicado alegando que la decisión del Tribunal Constitucional, emitida con el voto de 3 de los 6 magistrados, representa un grave retroceso en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas, siendo contraria a la Constitución Política y a los tratados internacionales. Adicionalmente, la Defensoría manifestó que pondrá a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la decisión tomada por el Tribunal Constitucional y evaluará acciones adicionales para defender este derecho fundamental y garantizar el estricto respeto al reconocimiento y goce efectivo a la consulta previa[151].

Cabe señalar que esta no es la primera vez que el Tribunal desconoce la consulta previa, teniendo en cuenta que en noviembre de 2021 declaró improcedente (Pleno Sentencia 1003/2021[152]) la demanda interpuesta por la Federación de Nacionalidad Achuar del Perú (FE-

150 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de fecha 20.01.2022.(https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03066-2019-AA.pdf).

151 Defensoría del Pueblo. (2022, 5 de marzo). Defensoría del Pueblo rechaza sentencia del Tribunal Constitucional que desconoce consulta previa a los pueblos indígenas como derecho fundamental.

152 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de fecha 18.11.2021.(https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01171-2019-AA.pdf).

NAP). En dicha demanda, las comunidades nativas Achuar que se encuentran superpuestas con el lote 64 en Loreto, solicitaron se declare la nulidad del lote al no haber sido sometido a consulta previa[153].

Evaluación respecto a los estándares de autodeterminación

Si evaluamos los pocos avances y muchos retrocesos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional a la luz de los estándares generales de autodeterminación, podemos concluir que los tribunales de justicia no han tenido en consideración estos estándares. Así, en lugar de maximizar este derecho de acuerdo al ***estándar de obligatoriedad de adecuación*** se ha restringido su desarrollo al reconocimiento de la autonomía de comunidades nativas y campesinas respecto a economías informales (en el caso Tres Islas); pero no se le ha dado el mismo valor respecto a concesiones mineras y petroleras. Respecto al ***estándar de debido reconocimiento*** es claro que el avance ha sido nulo al negar la posibilidad de que estos pueblos puedan reconocerse bajo el esquema jurídico de nación o gobierno autónomo; o al menos ordenar al Ministerio de Cultura, el cual detenta la rectoría para este fin, que cumpla con dicho reconocimiento. Finalmente, respecto al ***estándar de habilitación de otros derechos***, las decisiones del Tribunal Constitucional no desarrollan derechos como la consulta y el territorio a la luz de la autodeterminación. Si ese fuera el caso, plantearía una interpretación de la consulta como estándar de consentimiento libre, previo e informado; y plantearía una comprensión del territorio como territorial integral. Este tipo de interpretaciones han estado ausentes en la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, el cual incluso niega el carácter de derechos fundamentales a los derechos indígenas.

153 CooperAcción (2022, 7 de marzo). Organizaciones indígenas rechazan que el TC desconozca el derecho a la consulta y el Convenio 169. https://cooperaccion.org.pe/organizaciones-indigenas-rechazan-que-el-tribunal-constitucional-desconozca-el-derecho-a-la-consulta-y-el-convenio-169/.

4.2. La posición de la Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo concibe a la autodeterminación como el principio en el que los pueblos y comunidades tienen potestad para decidir sobre sus opciones de vida, tener sus propias formas políticas y representar libremente a sus comunidades en los espacios de decisión del Estado[154]. En virtud a este principio, los pueblos indígenas tienen derecho a definir su condición política y actuar sobre aquello relacionado con sus asuntos internos y locales con autonomía.[155]

El Informe Defensorial N° 101 desarrolló el derecho a la autodeterminación con especial referencia a los Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial (PIACI).[156] En dicho informe, se señala que los estados deben prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados, o todo uso no autorizado de éstas por personas ajenas a ellos. Bajo esta premisa, el estado debe asumir el compromiso de protegerlos considerando su condición de vulnerabilidad, respetando su voluntad de vivir en aislamiento mientras estos no cambien tal decisión y expresen su voluntad de acercamiento al resto de la sociedad. Teniendo en cuenta ello, se hace hincapíe en la implementación de mecanismos necesarios para prevenir cualquier encuentro forzado con estos pueblos y se reconoce el derecho a mantener sus sistemas e instituciones políticas, económicas y sociales, así como disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia.

154 Defensoría del Pueblo. (2017). Buenas practicas de las defensorias del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Libro-Buenas-practicas-defensoriales-en-consulta-previa-2017.pdf.

155 Ibid.

156 Defensoría del Pueblo. (2006). Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial.Informe Defensorial N° 101. https://docplayer.es/83386144-Pueblos-indigenas-en-situacion-de-aislamiento-y-contacto-inicial-informe-defensorial-n-101.html.

En el Informe N° 002-2014[157], la Defensoría del Pueblo realizó una supervisión a los Gobiernos Regionales con el objetivo de analizar los avances y desafíos en el proceso de reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas. El informe subraya que las comunidades campesinas y nativas gozan de autonomía en su organización, trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en el aspecto económico y administrativo. No obstante, señala que la regulación del procedimiento de reconocimiento de comunidades campesinas y nativas, así como el saneamiento físico y legal de la propiedad comunal, es objeto de un marco normativo disperso, complejo y a veces contradictorio, lo que torna complicado el proceso. A ello se le añade un problema relacionado con el cambio permanente de un aparato institucional encargado de dirigir y ejecutar el proceso de saneamiento que ha impedido contar con una adecuada rectoría en materia de reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas.

Recientemente, la Defensoría del Pueblo publicó el informe titulado "Evaluación de las medidas para la atención de la salud de los pueblos indígenas del Perú frente al COVID-19"[158], el cual sugiere que las medidas propuestas por el Estado para enfrentar la COVID-19 deben implementarse garantizando el pleno reconocimiento y respeto del derecho a definir sus propias formas de desarrollo y libre determinación.

157 (2014, 10 de octubre). Informe de Adjuntía N° 002-2014-DP-AMASPPI-PPI. https://www.gob.pe/institucion/defensoria-del-pueblo/informes-publicaciones/1060358-informe-de-adjuntia-n-002-2014-dp-amasppi-ppi

158 Defensoría del Pueblo. (2020). Evaluación de las medidas para la atención de la salud de los pueblos indígenas del Perú frente al COVID-19. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/12/Informe-de-adjunt%C3%ADa-N%C2%B0002-2020-DP-AMASPPI-PPI-Evaluaci%C3%B3n-de-las-medidas-para-la-atenci%C3%B3n-de-la-salud-de-los-pueblos-ind%C3%ADgenas-en-el-Per%C3%BA-frente-al-COVID-19.pdf.

Evaluación respecto a los estándares de autodeterminación

En general, la Defensoría del Pueblo no ha desarrollado específicamente los estándares de ***obligatoriedad de adecuación*** y ***debido reconocimiento*** del derecho a la autodeterminación indígena y se ha enfocado en derechos conexos como la propiedad colectiva y la salud haciendo mención general a la importancia de la autodeterminación. Esta mención general, sin embargo, no se ha realizado al nivel de ***estándar de habilitación de otros derechos***, es decir, subrayando su importancia esencial para que los otros derechos indígenas puedan realizarse de forma efectiva. Dados los avances internacionales sobre la materia, es momento de que la Defensoría del Pueblo asuma un rol más proactivo y emita un informe específico sobre el derecho a la autodeterminación.

4.3 La posición del Poder Ejecutivo

4.3.1. Sector Educación

La autodeterminación indígena no ha sido reconocida expresamente en las políticas del sector educación, pero sí de forma indirecta a través de la implementación de la educación intercultural bilingüe. La Ley N° 27818, Ley para la Educación Bilingüe Intercultural del año 2002 reconoce la diversidad cultural peruana como un valor y fomenta la educación bilingüe intercultural en las regiones donde habitan pueblos indígenas. En este marco, el Ministerio de Educación elaboró 14 años después, el Plan Nacional de Educación Bilingüe Intercultural (Resolución Ministerial N° 629-2016-MINEDU) para todos los niveles y modalidades de la educación nacional, con la participación de los pueblos indígenas en la definición de estrategias metodológicas y educativas. Posteriormente, el Decreto Supremo N° 006-2016-MINEDU aprobó la Política Sectorial de Educación Intercultural y Educación Intercultural Bilingüe con la finalidad de garantizar aprendizajes pertinentes y de calidad a los niños, niñas, adolescentes, jóvenes, personas adultas y personas adultas mayores, considerando la diversidad

cultural y lingüística que caracteriza al país. Por último, el modelo de Servicio Educativo Intercultural Bilingüe, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 519-2018-MINEDU, contiene lo que debe ofrecer una institución educativa de Educación Intercultural Bilingue para atender la demanda de manera pertinente._

Sin embargo, recientemente, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP), ha manifestado su preocupación por un retroceso en la implementación de la educación intercultural bilingüe. AIDESEP señala que el Ministerio de Educación ha elaborado una lista que exonera la educación intercultural bilingüe en escuelas que ya estaban asignadas para esta modalidad con el argumento de la falta de profesores de lenguas originarias para cubrir las plazas docentes. AIDESEP señaló en un comunicado que este problema surge porque el ministerio niega el derecho al trabajo a jóvenes profesores indígenas que vienen solicitando desde hace años su profesionalización y titulación.[159]

4.3.2. Sector Salud

De forma similar al caso del sector educación, en el sector salud el derecho a la autodeterminación está reconocido solo de forma implícita en las políticas y regulaciones sobre salud intercultural. Al respecto, la Resolución Ministerial N° 192-2004/MINSA del 13 de febrero del 2004 creó la Comisión Nacional de Salud Indígena Amazónica, presidida por el Ministro de Salud, con el propósito de elaborar un Plan Integral de Salud, basado en el análisis situacional de la salud en poblaciones indígenas. Asimismo, mediante la Resolución Ministerial N° 771-2004/MINSA del 27 de julio del 2004 se establecieron las diez estrategias nacionales de salud, una de las cuales es "Salud de los Pueblos Indígenas", asignándose como órgano responsable al Centro

159 Swiss Info (2022, 11 de enero).Advierten peligro de retroceso en la educación en lenguas indígenas en Perú: https://www.swissinfo.ch/spa/perú-educación_advierten-peligro-de-retroceso-en-la-educación-en-lenguas-ind%C3%ADgenas-en-perú/47252242.

Nacional de Salud Intercultural (CENSI) del Instituto Nacional de Salud (INS). Posteriormente, el Ministerio de Salud (MINSA) aprobó en el año 2005 la norma del parto vertical mediante la Resolución Ministerial N° 598-2005. A su vez, en julio del 2006, aprobó la Norma Técnica de Salud para la Transversalización de los Enfoques de Derechos Humanos, Equidad de Género e Interculturalidad en Salud (Resolución Ministerial N° 638-2006). A esta norma le siguen iniciativas desarrolladas por el Centro Nacional de Salud Intercultural (CENSI), como la incorporación de la pertinencia étnica en el sistema de información del MINSA, la norma y guía técnica en Salud para Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial[160], así como el Plan 2009-2012 de la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas. Por último, la Política Sectorial de Salud Intercultural, aprobada por Decreto Supremo N° 016-2016-SA tiene por objetivo normar las acciones de salud intercultural en el ámbito nacional.

4.3.3. Sector Cultura

Como ente rector de los derechos de los pueblos indígenas, el Ministerio de Cultura implementó la Ley del derecho de consulta previa mediante su reglamento (Decreto Supremo N° 001-2012-MC), así como la Resolución Ministerial N° 375-2012-MC que aprobó la Directiva N° 006-2012/MC: "Procedimiento para el Registro de Intérpretes de las Lenguas Indígenas u Originarias". Adicionalmente, la Resolución Ministerial N° 202-2012-MC dispuso la aprobación de la Directiva N° 03-2012/MC que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios y precisa que esta Base estará a cargo de la Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los

160 Norma Técnica de Salud: Prevención, contingencia ante el contacto y mitigación de riesgos para la salud con presencia de indígenas en aislamiento y en contacto inicial (Resolución Ministerial N.799-2007); Guía Técnica: Relacionamiento para casos de interacción con indígenas en aislamiento o en contacto reciente. 2007 Guía Técnica: Atención de salud a indígenas en contacto reciente y en contacto inicial en riesgo de alta mortalidad. 2007

Pueblos del Viceministerio de Interculturalidad. Al día de hoy han sido registrados 55 pueblos indígenas, siendo 51 de la Amazonía y 4 de los Andes (Base de Datos de Pueblos Indígenas, 2022). Esta Base de Datos, como está precisado en la misma Ley de Consulta Previa, es de carácter declarativa. Es decir, al no ser de carácter constitutiva, la inclusión de pueblos indígenas en dicha base de datos no genera nuevos derechos de los que ya tienen por el solo hecho de existir.

En el año 2015, mediante el Decreto Supremo N° 003-2015-MC, el gobierno aprobó la Política Nacional para la Transversalización del Enfoque Intercultural, la cual tiene por objetivo reorientar, articular y establecer los mecanismos de acción del Estado en aras de garantizar el ejercicio de los derechos de la población culturalmente diversa del país, particularmente de los pueblos indígenas y la población afroperuana. Posteriormente, la Resolución Ministerial N° 124-2015-MC dispuso la aprobación de la Guía de Lineamientos denominada "Servicios Públicos con Pertinencia Cultural: Guía para la Aplicación del Enfoque Intercultural en la Gestión de los Servicios Públicos", la cual brinda herramientas a las entidades del Estado para la prestación de servicios públicos desde un enfoque intercultural. Por otro lado, en el marco de la implementación de la Ley N° 29735 de 2011, Ley que regular el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú, se emitió el Decreto Supremo N° 005-2017-MC, disponiendo la aprobación de la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad. Es así que el Decreto Supremo N°012-2021-MC aprueba la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad al 2040, que busca impulsar la valoración de la diversidad lingüística del país, expresada en las 48 lenguas indígenas.

Si bien estas normas e instrumentos muestran ciertos avances formales en el reconocimiento de derechos indígenas, en la práctica hay mucho camino por recorrer considerando la gran brecha existente en materia de titulación del territorio[161], así como provisión efectiva

161 Según la base de datos georreferenciada del Instituto de Bien Común (IBC) y el Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES), con datos del 2016, existen

de servicios básicos en localidades indígenas.[162] De hecho, se debe agregar que el estado no ha tenido interés real en reconocer jurídicamente a los pueblos indígenas. La Base de Datos es solo un registro administrativo cuyos efectos jurídicos se limitan a facilitar la identificación de los pueblos indígenas que podrían ser sujetos a consulta previa. Y aún así, la lista de pueblos de esta Base de Datos recién se amplió incluyendo a los pueblos andinos en razón a la protesta del pueblo Cañaris en el año 2013. Hasta el día de hoy, el Ministerio de Cultura de forma sistemática ha decidido oponerse a las iniciativas de los propios pueblos indígenas para ser reconocidos como naciones originarias y gobiernos autónomos. Esto incumpliendo incluso su propia Ley de creación y la normativa vinculante internacional.

En efecto, el Convenio 169 de la OIT reconoce a los Pueblos Indígenas como sujetos de derechos colectivos: *"Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras*

1359 comunidades nativas reconocidas y tituladas, además de 608 reconocidas por titular, y 199 por reconocer y titular. (IBC & CEPES (2016). *Directorio 2016. Comunidades nativas del Perú*. Disponible en: http://ibcperu.org/files/Directorio_2016_de_Comunidades_Nativas.pdf). En cuanto a las comunidades campesinas, existen 5137 tituladas, 1111 reconocidas por titular, y 1019 por reconocer y titular (IBC & CEPES (2016). *Directorio 2016. Comunidades Campesinas del Perú*. Disponible en: http://www.ibcperu.org/wp-content/uploads/2017/06/DIRECTORIO-DE-COMUNIDADES-CAMPESINAS-DEL-PERU-2016.pdf).

162 Según datos estadísticos del INEI sobre condiciones de vida de la población según origen étnico, a nivel nacional la incidencia de la pobreza monetaria es dos veces más alta en quienes tienen como lengua materna el quechua, aimara u otra lengua nativa (33,4% de pobreza total, 7,1% pobres extremos y 26,3% pobres no extremos) que en quienes tienen como lengua materna el castellano (18,8% de pobreza total, 3,3% pobres extremos y 15,5% pobres no extremos). (Instituto Nacional de Estadística e Informática, INEI (2015). *Evolución de la pobreza monetaria 2009-2015*. Informe Técnico. Disponible: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1347/libro.pdf). Cabe señalar que el uso de indicadores que miden exclusivamente los gastos e ingresos no mide la situación real de necesidades básicas satisfechas o insatisfechas de una población que sigue manteniendo un sistema de autosubsistencia que se basa principalmente en el uso de los recursos naturales que tienen en su entorno.

a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (Art. 2.1). Es decir, el Convenio 169 de la OIT que, al ser un Tratado de Derechos Humanos, es parte del bloque de constitucionalidad peruano y por lo tanto de aplicación inmediata, sustenta el reconocimiento de los Pueblos Indígenas como sujetos de derechos colectivos, dentro de los que se encuentra el ser reconocidos legalmente como pueblos o naciones. Más importante aún, el Artículo 15 inciso a) de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura - Ley N° 29565, establece que es función del Viceministerio de Interculturalidad "*Promover y garantizar el sentido de la igualdad social y respeto a los derechos de los pueblos del país de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*".

De esta forma, la propia Ley de creación del Ministerio de Cultura incorpora la Declaración ONU dentro del marco legal nacional y esta Declaración, como se ha visto anteriormente, desarrolla explícitamente el derecho a la autodeterminación. A ello cabe agregar que tanto los jueces como los funcionarios públicos deben interpretar y aplicar las normas bajo el principio pro-homine, es decir, buscando maximizar los derechos humanos antes que restringirlos. Es claro entonces que el Ministerio de Cultura debería aprobar y/o promover normas que desarrollen su obligación de "*respetar los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con el Convenio 169 y la Declaración*", específicamente, que reconozcan legalmente la organización indígena como nacionalidades o gobiernos autónomos (lo que podría implicar la aprobación de leyes y reglamentos que reconozcan esta forma de gobierno y/o la inscripción en registros públicos de este tipo de personería jurídica).

Sin embargo, el Ministerio ha estado lejos de seguir esta orientación. Por ejemplo el Documento de Trabajo "Derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas u originarios: apuntes desde una perspectiva constitucional" elaborado por el constitucionalista César Landa Arroyo y publicado por el Ministerio de Cultura en julio del 2020, refleja lo que en la práctica ha sido la posición de este sector respecto a temas claves como la personería jurídica de los pueblos

indígenas y el territorio integral. Respecto a la personería jurídica, el mencionado documento excluye la posibilidad de que los propios pueblos definan su carácter de naciones o que el estado tenga la obligación de reconocerlos como naciones originarias. El documento se limita a señalar que las comunidades campesinas y nativas son pueblos indígenas y que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades se desprende del derecho de libre determinación o autonomía. Además, precisa que *"esta autonomía, que supone plena libertad para autoorganizarse con independencia y conforme a sus costumbres y tradiciones, no implica ni protege pretensiones autárquicas, ni que a través de ella misma se busque desligarse del Estado y de su ordenamiento jurídico"*.

Respecto al territorio, el mencionado documento plantea estándares débiles de protección. En primer lugar, no desarrolla el estándar de consentimiento libre, previo e informado, sino el de consulta previa, que es de menor protección: *"si el Estado otorgara autorizaciones o derechos para la explotación de recursos naturales en dichos territorios que afectan directamente sus derechos colectivos, corresponde implementar procesos de consulta previa, libre e informada, desarrollada de buena fe y mediante procedimientos adecuados, respetando los mecanismos de adopción de decisiones de la comunidad, y con la finalidad de lograr acuerdos"*.

Asimismo, respecto al "territorio integral", el documento señala que es un concepto construido "erróneamente" mediante una interpretación del Artículo 208 de la Constitución de 1933 que mencionaba la obligación del estado de respetar la integridad de la propiedad de las comunidades. Al respecto señala: *"allí se establecía una garantía de integridad, esto es de unidad o continuidad de la propiedad de las comunidades, no de parcelar la tierra comunal, lo que es diferente al sentido de soberanía territorial que se le pretende otorgar al territorio integral, que comprendería la propiedad sobre todos los recursos existentes del suelo y subsuelo de los territorios comunales, y no* únicamente sobre los que tradicionalmente han sido necesarios *para su subsistencia, como el agua y los bosques, y/o para el desarrollo de sus actividades agrícolas, de caza y pesca"*.

Para Landa el reconocimiento del territorio integral es contradictorio con el principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales, el cual está previsto desde la Constitución de 1933 hasta la actual de 1993. El documento finaliza señalando que el concepto de territorio integral no está comprendido bajo ninguna intepretación en el marco constitucional actual, sin embargo, el mismo documento señala que nada impediría que en el futuro el estado, en una decisión soberana, pueda incorporar este concepto y dotarlo de contenido compatible con los estándares internacionales y constitucionales que resulten aplicables.

Aunque se trata de un Documento de Trabajo, es claro que representa la posición restrictiva del Ministerio de Cultura respecto al derecho a la autodeterminación. Es así que en el año 2017 se opuso a dos ordenanzas regionales, una del Gobierno Regional de Loreto y otra del Gobierno Regional de Cajamarca, que reconocían la personalidad jurídica de los pueblos indígenas en sus jurisdicciones como naciones.[163] En los procesos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, la posición del Ministerio fue que tenía la competencia exclusiva en esa materia, excluyendo esa facultad a los gobiernos regionales. Sin embargo, a la fecha no ha desarrollado ningún marco legal para el reconocimiento de la personería jurídica de las naciones indígenas.

Además, se ha señalado que los mecanismos institucionales dentro del ministerio para fomentar la participación de organizaciones indígenas en la aprobación de políticas y normas son, más bien, herramientas de cooptación o depolitización. Mediante Resolución Ministerial N° 403-2014-MC del 6 de noviembre de 2014 (modificada por Resolución Ministerial N° 357-2018-MC), se creó el Grupo de Trabajo de Políticas Indígenas como un grupo de naturaleza permanente, encargado de coordinar, proponer y dar seguimiento a las políticas públicas que involucran a los pueblos indígenas y/o requieren un en-

163 Peru Equidad. (2021, 1 de octubre). Política Nacional de Pueblos Indígenas u Originarios al 2030. ¿En ruta hacia a dónde? https://equidad.pe/politica-nacional-de-pueblos-indigenas-u-originarios-al-2030-en-ruta-hacia-a-donde/

foque de interculturalidad. El Grupo está conformado por representantes del Viceministerio de Interculturalidad y los pueblos indígenas a través de sus organizaciones nacionales representativas. Se observa que se utiliza este mecanismo para dar legitimidad a decisiones de política controversiales y no realizar consultas bajo estándares internacionales. Según críticas de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP), es el ministerio el que regularmente establece la agenda y excluye los temas prioritarios de las organizaciones indígenas.[164]

4.3.4. Sector Ambiente

En el sector ambiente varias leyes, políticas y planes hacen mención expresa a los derechos indígenas, pero no hay un desarrollo sobre el derecho a la autodeterminación. La Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica (Ley N° 26839), aprobada en Julio de 1997 en razón al Convenio sobre la Diversidad Biológica (Naciones Unidas, 1993), ya especificaba la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación de la diversidad biológica y se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de las comunidades.

En octubre de 2005, se promulgó la Ley General del Ambiente (Ley N°28611), la cual reconoce entre los derechos indígenas a la autonomía (Art.11 y 69), así como a la tierra y territorio (Art. 110). En el año 2009, se aprobó la Política Nacional del Ambiente mediante Decreto Supremo N°012-2009-MINAM, cuyo Eje 3 (Gobernanza Ambiental) señala como lineamiento la adopción de mecanismos para evaluar y valorar el enfoque intercultural y los intereses de los grupos minoritarios o vulnerables. Similares disposiciones y alegaciones al respeto de los derechos indígenas se encuentran en la Agenda Nacio-

164 Ibid.

nal de Acción Ambiental - AgenAmbiente 2015-2016 (Resolución Ministerial N° 405-2014-MINAM); la Agenda Nacional de Acción Ambiental al 2021- Agenda Ambiental al Bicentenario (Resolución Mnisterial N° 380-2019-MINAM); y la Política Nacional del Ambiente al 2030 (DS N° 023-2021-MINAM).

En abril de 2018, se promulgó la Ley Marco sobre Cambio Climático (Ley N° 30754), cuyos artículos 11 y 17 reconocen la participación de los pueblos indígenas u originarios en la gestión integral del cambio climático a través de recomendaciones de acciones de adaptación y mitigación al cambio climático y la incorporación de prácticas y conocimientos tradicionales. Adicionalmente, mediante la Décima Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 013-2019-MINAM se creó la Plataforma de los Pueblos Indígenas para enfrentar el Cambio Climático (PPICC).

4.3.5. Sector Agricultura y Riego

La titulación de comunidades campesinas y nativas es una política que pasó de ser competencia exclusiva del sector agricultura a los gobiernos regionales. Así, la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, señala en su Artículo 51 que corresponde a los Gobiernos Regionales la función de promover, gestionar y administrar el proceso de saneamiento físico legal de la propiedad agraria, incluyendo las tierras de las comunidades campesinas y nativas. Adicionalmente, la Ley N° 24657, promulgada en abril de 1987, declara de necesidad nacional e interés social el Deslinde y la Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas. La Resolución Ministerial N° 0547-2014-MINAGRI precisa que la demarcación y titulación de comunidades nativas se encuentra a cargo de los gobiernos regionales.

En realidad, el Ministerio de Agricultura aún tiene competencia indirecta sobre la materia, aunque en los dispositivos normativos no hay mención expresa a la autodeterminación y menos algún desarrollo del concepto de territorio integral. Así, la Resolución Ministerial N° 0435-2016-MINAGRI aprueba los "Lineamientos para la ejecución del Procedimiento de Reconocimiento e Inscripción Administrativa

de la Personería Jurídica de Comunidades Nativas" con el fin de uniformizar criterios técnicos y legales a ser utilizados por los gobiernos regionales. Por su parte, el Decreto Supremo N° 002-2016-MINAGRI dispuso la aprobación de la Política Nacional Agraria, el cual establece como Eje de Política 3 a la seguridad jurídica sobre la tierra y como lineamientos estratégicos a la promoción y generación de mejores condiciones para la implementación del saneamiento físico legal, formalización y titulación de la propiedad agraria, priorizando las tierras de comunidades campesinas y nativas. Adicionalmente, la Resolución Ministerial N° 0194-2017 MINAGRI dispuso la aprobación de los Lineamientos para la ejecución del proceso de evaluación agrológica de las tierras de las comunidades nativas y su clasificación con fines de titulación. Finalmente, la Resolución Ministerial N° 0370-2017-MINAGRI aprobó los lineamientos para georeferenciar el plano de demarcación territorial de comunidades nativas tituladas y la Resolución Ministerial N° 0443-2019-MINAGRI dispuso la aprobación de los lineamientos para la Demarcación del Territorio de las Comunidades Nativas.

4.3.6. Evaluación del Poder Ejecutivo respecto a los estándares de autodeterminación

Los diferentes sectores del Poder Ejecutivo con algunas competencias respecto a los derechos de los pueblos indígenas, en específico, Educación, Salud, Ambiente, y Agricultura y Riego, solo reconocen implícitamente el derecho a la autodeterminación indígena o de forma indirecta al vincularla a derechos como la salud y educación intercultural. Sin embargo, no se observa un compromiso con los estándares internacionales de autodeterminación. En primer lugar, no han aprobado ningún instrumento que busque maximizar el derecho a la autodeterminación en el marco de sus competencias ***(estándar de obligatoriedad de adecuación)***, o que reconozca el carácter de gobierno autónomo o de naciones de estos pueblos ***(estándar de debido reconocimiento)***, o que proteja derechos indígenas a la luz de la autodeterminación, como el territorio integral ***(estándar de habilitación de otros derechos)***.

El caso del Ministerio de Cultura es aún más grave pues tiene rectoría explícita sobre la materia. Aunque el propio Artículo 15, inciso a) de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura - Ley N° 29565 señala que es función del Viceministerio de Interculturalidad *"Promover y garantizar el sentido de la igualdad social y respeto a los derechos de los pueblos del país de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas"*, el Ministerio no ha expedido normativa sobre autodeterminación y, como se ha mencionado, la inexistencia de normativa al respecto representa el incumplimiento de la obligación internacional de adecuar el aparato estatal ***(estándar de obligatoriedad de adecuación)***. Por el contrario, las acciones del Ministerio han buscado denegar el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos como naciones o gobiernos autónomos, contraviniendo el ***estándar de debido reconocimiento***. En efecto, como se mencionó en la Sección 2, vulnerar este estándar no solo implica dejar de reconocer la personería jurídica de los pueblos indígenas sino también controvertirla judicial y administrativamente, tal y como lo hizo el Ministerio de Cultura sobre las ordenanzas de Loreto y Cajamarca. En suma, no solo no se reconoce la personería jurídica, sino que se opone a las iniciativas de los gobiernos sub-nacionales.

Respecto al ***estándar de habilitación de otros derechos***, la posición del Ministerio en materias como territorios integrales o consentimiento libre, previo e informado ha sido débil pues no ha expedido normas, directivas o planes que vinculen estos derechos con los más altos estándares de autodeterminación, y más bien se observa una ausencia de estos temas en su agenda pública o desarrollos normativos.

4.4. La posición del Congreso de la República

El 30 de noviembre del 2020, el ex-congresista Lenin Bazán, entonces presidente de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República (Comi-

sión de Pueblos), conjuntamente con 15 congresistas de diferentes partidos políticos, presentaron el "Proyecto de Ley de Reconocimiento pleno y Registro de la Personalidad Jurídica de Pueblos indígenas u originarios y Pueblos Afroperuanos" 06699/2020-CR. Este proyecto busca la creación de un registro de pueblos en los Registros Públicos para hacer posible la inscripción de la personalidad jurídica de los pueblos y organizaciones indígenas y afroperuanas, sin que ello cuente con un carácter consultivo ni constituya un requisito para el ejercicio de derechos. En la Exposición de Motivos se señala como beneficios de la ley la posibilidad de facilitar a estos pueblos la expedición de títulos de propiedad, cuentas bancarias, RUC y llevar a cabo bionegocios.

El mencionado Proyecto de Ley responde a las propuestas presentadas por un grupo de organizaciones indígenas y afroperuanas, siendo el primer proyecto presentado con el consentimiento de las organizaciones consultadas, entre ellas: el Pueblo Achuar del Pastaza, representado por la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP), la Central Única Nacional de Rondas Campesinas (CUNARC-P), el Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas Nacionales, la Confederación Nacional Agraria (CNA), la Unión Nacional de Comunidades Aymaras (UNCA), la Asociación Negra de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (ASONEDH) y la Red Peruana de Jóvenes Afrodescendientes ASHANTI-Perú, la Nación Wampis y la Coordinadora Regional de los Pueblos Indígenas de San Lorenzo (CORPI-SL). Al término de la votación del Dictamen, las organizaciones proponentes publicaron un pronunciamiento donde saludaron la votación favorable y exigieron su debate y pronta aprobación en el Pleno del Congreso[165]. Sin embargo, a la fecha la iniciativa no ha sido

165 Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. (2021, 30 de marzo). Organizaciones de pueblos saludan dictamen favorable para crear registro de la personalidad jurídica de pueblos en la Sunarp y exigen su pronta aprobación por el Congreso. https://www.derechoysociedad.org/pronunciamiento-saludamos-dictamen-favorable-para-crear-registro-de-la-personalidad-juridica-de-pueblos-en-la-sunarp-y-exigimos-su-pronta-aprobacion-por-el-congreso/.

priorizada y no hay nuevas iniciativas relacionadas a la autodeterminación indígena.

Evaluación respecto a los estándares de autodeterminación

Con excepción del proyecto de Ley señalado, el Congreso de la República ha omitido cualquier intento de legislar el derecho a la autodeterminación indígena. Respecto al Proyecto, Francisco Calí Tzay, Relator de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, señaló que es un paso positivo y aleccionador para otros países pues da más seguridad jurídica a los pueblos indígenas para poder constituirse y registrarse como pueblos organizados.[166] El mencionado proyecto de Ley busca maximizar los estándares de ***obligatoriedad de adecuación y debido reconocimiento,*** pues busca reformar los registros públicos para acomodar un registro de pueblos indígenas desde la perspectiva de los propios pueblos (la exposición de motivos del proyecto detalla el amplio nivel de participación de organizaciones indígenas representativas). Respecto al estándar ***de habilitación de otros derechos***, básicamente el proyecto vincula fuertemente la autodeterminación con el derecho de autonomía, es decir, el derecho de organización interna. Cabe señalar que queda por resolver un tema político y un tema técnico. El tema político se refiere a la oposición y suspicacia de los diferentes sectores del estado, mostradas textualmente en la exposición de motivos. El tema técnico se refiere a la definición de los límites territoriales de los pueblos dado que se establece como requisito para el registro los planes y la demarcación territorial del pueblo, pero no se tiene certeza de los límites territoriales de la mayoría de pueblos y cómo estos se interrelacionan con la propiedad colectiva de las comunidades campesinas y nativas ya inscritas.

166 Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 06699/2020-cr que con texto sustitutorio propone la ley que crea el registro de pueblos dentro del sistema nacional de los registros públicos.

4.5. La posición de los gobiernos regionales

Los gobiernos regionales no tienen una posición uniforme respecto al reconocimiento de la autodeterminación indígena. Más bien se observa que el proceso de titulación de comunidades campesinas y nativas que pasó a su competencia desde el gobierno nacional suele ser engorroso y altamente burocrático.[167] Existen, sin embargo, esfuerzos aislados para reconocer el carácter de naciones de los pueblos originarios.

El día 25 de noviembre de 2016 se publicó la Ordenanza Regional N° 010-2016-GR.CAJ-CR donde se reconoce formalmente que en el departamento de Cajamarca habitan pueblos originarios e indígenas. Dicha Ordenanza resalta por incorporar un reconocimiento amplio bajo cualquier tipo de denominación elegida por los propios pueblos, como "pueblos indígenas", "pueblos originarios", "comunidades campesinas", "comunidades nativas", "rondas campesinas", "pueblos ancestrales", etc. (Artículo Primero). Además, se precisa que este reconocimiento tiene carácter declarativo y no constitutivo (Artículo Tercero). Otro punto central es que privilegian el reconocimiento como pueblos como una forma de superar el reconocimiento fragmentado como "comunidades" que no responden a su carácter originario (Artículo Segundo).

Ignacio Quico Castillo, representante de la Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú, manifestó que "la Ordenanza fue emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca a partir del pedido de la Asamblea de los Pueblos Originarios de dicha región en el año 2014".[168] La finalidad de la Ordenanza era que las comunidades nativas

167 Merino R. (2016). Consultoría: *Estrategia de Titulación de las Comunidades Indígenas del Lote 192 para apoyar el trabajo del Gobierno Regional de Loreto* (OXFAM: Lima).

168 La Mula (2018, 26 de julio). Mincul contra reconocimiento de personalidad jurídica de pueblos originarios. https://alertanetiids.lamula.pe/2018/07/26/mincul-contra-reconocimiento-de-personalidad-juridica-de-pueblos-originarios/alertanet/.

y campesinas tengan personalidad jurídica como pueblos indígenas, pidiendo ser inscritos en Registros Públicos, teniendo la posibilidad de tener un RUC, participar en el Consejo Regional y gozar de un título de propiedad territorial. El día 14 de diciembre de 2017 se publicó la Ordenanza Regional N° 014-2017-GRL-CR del Gobierno Regional de Loreto, con similar articulado al de la Ordenanza de Cajamarca.

Ambas ordenanzas fueron controvertidas a través de una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, presentadas por la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por encargo del Ministerio de Cultura.[169] El argumento principal del Poder Ejecutivo es que los gobiernos regionales se habrían extralimitado al emitir ordenanzas que no se encuentra contempladas dentro de su competencia. Las sentencias de enero y septiembre del 2019[170] declararon inconstitucionales las mencionadas ordenanzas señalando que habían afectado las competencias del poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas.

Evaluación respecto a los estándares de autodeterminación

Como se señaló, solo dos gobiernos regionales han tomado un rol activo en el reconocimiento de la autodeterminación indígena. Más allá de la declaración de inconstitucionalidad de las mencionadas ordenanzas es importante notar que estas tenían fuertes limitaciones para su implementación práctica. Si bien puede argumentarse que los gobiernos regionales tienen competencias para titular, es decir, reconocer no solo comunidades sino también pueblos indígenas; ellos no tienen competencias para su inmatriculación (es decir, su

169 Ibid.

170 Expediente 0004-2018-PI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de marzo de 2019. Caso de la Ordenanza Regional de Loreto sobre reconocimiento de pueblos originarlos e Indígenas; Expediente 0012-2017-P1/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de enero de 2019. Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobro reconocimiento de pueblos originados e indígenas.

inscripción o registro) en los Registros Públicos, o para ordenar a los Registros Públicos que creen un registro especial de pueblos indígenas. En ese contexto, las ordenanzas buscaron aplicar los estándares de *obligatoriedad de adecuación y debido reconocimiento* al intentar incorporar una nueva categoría registral, pero la aplicación de estos estándares requieren reformas normativas específicas. A lo más, las ordenanzas podían haber creado un registro administrativo regional, pero sin efectos jurídicos registrales; solo efectos de reconocimiento social u efectos legales restrictivos en el marco de las competencias de los gobiernos regionales (por ejemplo, para faciliar la identificación de comunidades en el marco de los procedimientos de titulación que ellos gestionan).

4.6. Conclusión: espacios limitados de autodeterminación

La autodeterminación está reconocida en el marco constitucional como autonomía de comunidades campesinas y comunidades nativas, pero se trata de una autodeterminación muy limitada. Por ejemplo, esta autodeterminación ha dado lugar a procedimientos de titulación, pero con la imposibilidad de que puedan abarcar todo el espectro territorial y ancestral. Además, trabas burocráticas y falta de interpretación pro-hominen (pro derecho humanos) del marco legal hacen muy engorrosos estos procedimientos. En ese sentido, las entidades del gobierno nacional como el Ministerio de Agricultura y Riego y el Ministerio de Cultura no han aprobado lineamientos o directivas que orienten a los gobiernos regionales sobre la importancia de hacer efectivo el derecho al territorio indígena, muchos menos han presentado inicitativas para el reconocimiento integral de los territorios ancestrales.

Si bien distintas entidades han incorporado criterios de interculturalidad en las políticas públicas y han incorporado la pertinencia cultural como criterio para proveer servicios públicos, el reconocimiento de derechos indígenas es más de carácter nominativo que efectivo. Los pueblos indígenas siguen viviendo en situación de mar-

ginación, discriminación estructural y falta de servicios públicos básicos. En dicho contexto, el reconocimiento de la autodeterminación no se condice con los estándares internacionales. Las distinas instancias públicas se oponen a reconocer la personería jurídica de las naciones indígenas y los gobiernos autónomos, así como el derecho al territorio integral. Insisten en enmarcar la categoría de pueblo indígena en los moldes legales de comunidades nativas y campesinas en lugar de proponer políticas públicas para redimensionar sustancialmente dichos esquemas de acuerdo con la realidad y el derecho colectivo a ser reconocido según su propia organización.

En suma, el estado peruano presenta espacios limitados de autodeterminación, pero no un reconocimiento integral de este derecho.

5.
Conclusiones y recomendaciones

1. El sistema internacional de los derechos humanos incluye un amplio marco de reconocimiento de los derechos indígenas en general y el derecho a la autodeterminación indígena en particular. Este marco está formado por tratados y convenios vinculantes, especialmente el Convenio 169 de la OIT; declaraciones internacionales, como la Declaración ONU y la Declaración Americana; jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; informes y recomendaciones de organismos supranacionales e intergubernamentales, como la Relatoría de los Pueblos Indígenas, la Comisión Intermericana de Derechos Humanos, entre otros. Luego de analizar este marco institucional y legal es claro que hoy existen estándares de derechos humanos que los estados debería seguir para reconocer el derecho a la autodeterminación indígena.

2. El derecho a la autodeterminación indígena es un derecho inherente a los pueblos indígenas y pre-existente a la creación de los estados coloniales y post-coloniales. Como tal, su reconocimiento es declarativo, no constitutivo.

3. Los estándares más relavantes son: i) *Estándar de obligatoriedad de adecuación* de los sistemas nacionales a los estándares internacionales; ii) *Estándar de debido reconocimiento* de los pueblos indígenas lo que implica reconocer su personería jurídica según su propia organización; iii) *Estándar de habilitación de otros*

derechos, lo que implica reconocer la importancia fundamental de la autodeterminación para la habilitación y ejercicio de estos derechos que, a su vez, son estándares específicos: *estándar de derecho al territorio; estándar del derecho a la autonomía o autogobierno; estándar de participación política; estándar de consentimiento lbre, previo e informado; estándar del derecho a la reparación.*

4. En tanto estándares, los estados tienen la obligación de implementarlos en la mayor medida posible y atendiendo a la realidad socio-cultural de cada país, las trayectorias históricas de los pueblos y, sobre todo, sus demandas concretas.

5. En la experiencia internacional hay diferentes niveles de reconocimiento del derecho a la autodeterminación indígena: desde el enfoque multicultural que concibe a estos pueblos como minorías étnicas con derechos de propiedad colectiva hasta enfoques más integrales que los conciben como naciones con derechos territoriales. Los ejemplos de Bolivia y Ecuador y, recientemente, Chile muestran un avance hacia la plurinacionalidad de forma similar a las propuestas en países anglosajes de un federalismo indígena o federalismo de tratados. En cada experiencia, con sus propias particularidades y limitaciones se observan luchas por la autonomía, lo que implica una interacción y retroalimentación constante entre los marcos nacionales y el sistema internacional.

6. En el Perú, el marco constitucional vigente está arraigado en el multiculturalismo que reconoce a los pueblos indígenas como comunidades con derecho de propiedad colectiva. Así, en este marco, no hay formalmente reconocimiento al territorio integral sino derechos de cesión en uso que limita los derechos territoriales. Si bien en los últimos años se han implementado reformas que buscan la interculturalización de políticas públicas sobre todo en sectores como Educación, Salud y Ambiente, además de haber implementado la base de datos de pueblos indígenas,

el derecho a la autodeterminación sigue siendo muy restringido. Aunque hay espacio para interpretaciones legales que puedan extender este derecho, los tribunales de justicia, incluido el Tribunal Constitucional han mostrado pocos avances y muchos retrocesos.

7. En general, el estado peruano ha aprobado normas sobre derechos indígenas que no consideran los estándares mencionados y, además, la aplicación de estas normas es reactiva, depende del activismo y las demandas concretas, de lo contrario, los procedimientos y las acciones públicas quedan entrampadas en marañas burocráticas. Debe considerarse que el Artículo 15, inciso a) de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura - Ley N° 29565 incorpora en el derecho nacional la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por lo que los estándares de autodeterminación indígena son directamente exigibles y las instancias públicas tienen la obligación de implementarlos.

6.
Bibliografía

Anaya, J. (2009). Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración' in Claire Charters and Rodolfo Stavenhagen (eds), *El desafío de la declaración: Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas* (pp. 94) *IWGIA*.

Anaya, J. (2009). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (A/HRC/12/34,párr. 41). Consejo de Derechos Humanos.

Arocena, F. (2008). Multiculturalism in Brazil, Bolivia and Peru. Race and Class, 49 (4), 1-21.

Asch, M., Iveson, D., Patton, P., & Sanders, W. (2004). Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples. Canadian Journal of Sociology / Cahiers Canadiens de Sociologie, 29 (1), 150.

Barclay, F.; Santos, F. (1980). La conformación de las comunidades Amuesha: la legalización de un despojo territorial. Amazonía Peruana, 3 (5), pp. 43-74.

Barclay, F. (2010). La asociación pro indígena y las atrocidades del Putumayo. Una misión auto restringida. *Boletín Americanista*, LX (60), pp. 143-163.

Becker, M. (2006). Mariátegui, the Comintern, and the Indigenous Question in Latin America. Science & Society, 70 (4), pp. 450-479.

Bonilla, H. (1982). Comunidades de indígenas y estado nación en el Perú, Histórica, Vol. VI. Núm. 1.

Bonilla, H y Spalding, K. (2015). La independencia en el Perú: las palabras y los hechos. La independencia del Perú ¿Concedida, conseguida, concebida? IEP: Lima.

Canedo, G, (2008). Una conquista indígena. Reconocimiento de municipios por usos y costumbres en Oaxaca (México). Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Chirif, A. (1980). Colonización e invasión: el despojo institucionalizado. Amazonía Indígena, 1 (1), pp. 15-24.

Chirif, A. y García Hierro, P. (2007). Marcando Territorio: Progresos y limitaciones de la titulación de territorios indígenas en la Amazonía. IGWIA: Copenhague.

Clavé-Mercier V. (2018). Revisitar la soberanía indígena: los desafíos de una reivindicación excluida. Relaciones Internacionales, (38), 99-119.

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). (2017,29 de marzo). Estrategias de división al sector indígena desde la invasión hasta el Estado moderno.https://conaie.org/2017/03/29/estrategias-division-al-sector-indigena-desde-invasion-estado-moderno

Conversi D. (2016). Sovereignty in a Changing World: From Westphalia to Food Sovereignty. *Globalizations* 13 (4), pp. 484-498.

CooperAcción (2022, 7 de marzo). Organizaciones indígenas rechazan que el TC desconozca el derecho a la consulta y el Convenio 169. https://cooperaccion.org.pe/organizaciones-indigenas-rechazan-que-el-tribunal-constitucional-desconozca-el-derecho-a-la-consulta-y-el-convenio-169/.

Corte IDH.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 148;

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 189.

Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 166.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 164.

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, p. 92-98.

CIDH.

(2009). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, párr. 16.

(2013). Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13, párr. 70.

(2015). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15, párr. 155-246.

(2016). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15, párr. 237.

(2017). Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc.44/17, 2017, párr. 43; CIDH. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía. OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, párr. 23.

(2019). Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía. OAS/Ser.Lxak/V/II. Doc. 176, párr. 229-238.

(2021). Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales (Informe N° 403). https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-072-2021, recaída en el expediente T-7.910.068. 24 de marzo de 2021, p. 61, citado por Informe Comisión 2021 xxx.

Cotler, J. (2014). Clases, Estado y Nación en el Perú. IEP: Lima.

Cotler, J. y Portocarrero, F. (1976). Organizaciones campesinas en el Perú. Comunidades indígenas del área andina. Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú, Matos, J. (comp). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Craven, M. (2010) Statehood, Self-Determination and Recognition en M. Evans (ed.), International Law (pp. 203). Oxford University Press.

Cruz, E. (2013). Estado plurinacional, interculturalidad y autonomía indígena: Una reflexión sobre los casos de Bolivia y Ecuador. Via Iuris (14)1.

Daes, E. I. A. (2008). An overview of the history of indigenous peoples: Self-determination and the United Nations. Cambridge Review of International Affairs, 21(1), 7-26.;

Defensoría del Pueblo.

(2006). Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial.Informe Defensorial N° 101. https://docplayer.es/83386144-Pueblos-indigenas-en-situacion-de-aislamiento-y-contacto-inicial-informe-defensorial-n-101.html.

(2014, 10 de octubre). Informe de Adjuntía N° 002-2014-DP-AMASPPI-PPI. https://www.gob.pe/institucion/defensoria-del-pueblo/informes-publicaciones/1060358-informe-de-adjuntia-n-002-2014-dp-amasppi-ppi

(2017). Buenas practicas de las defensorias del pueblo de bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Libro-Buenas-practicas-defensoriales-en-consulta-previa-2017.pdf.

De Casas, C. I. (2019). ¿Qué son los estándares de derechos humanos? *Revista Internacional de Derechos Humanos*, *9* (2), 291-301.

Del Castillo, L.

(1992) ¿Tienen futuro las comunidades campesinas? *Debate Agrario,* 14, pp. 39-53.

(1997). Propiedad rural, titulación de tierras y propiedad comunal. Debate Agrario, 26, pp. 59-79.

(2004). Conflictos en tierras de Comunidades Campesinas y legislación. En Laos, A (ed.) Las Comunidades Campesinas en el Siglo XXI. Lima: Allpa.

Del Pilar Valencia, M., & Egido, I. (2009). Bolivia: ¿Estado indio? Reflexiones sobre el Estado Plurinational en el debate constituyente boliviano. *Verfassung Und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 42 (1), 55-72.

Dodds, S. (1998). Justice and indigenous land rights. Inquiry (United Kingdom), 41 (2), 187-205.

Enfoque Derecho (2019, 4 de junio).*Poder Judicial: Nulas concesiones mineras y EIA por falta de consulta previa en la Cordillera del Cóndo*r. IDL y Themis. https://www.enfoquederecho.com/2019/06/04/poder-judicial-nulas-concesiones-mineras-y-eia-por-falta-de-consulta-previa-en-la-cordillera-del-condor/;

Engle, K. (2011). On fragile architecture: The un declaration on the rights of indigenous peoples in the context of human rights. European Journal of International Law, 22 (1), 141-163.

Espinosa, O. (2009). ¿Salvajes opuestos al progreso?: Aproximaciones históricas y antropológicas a las movilizaciones indígenas en la Amazonía peruana. *Anthropologica,* XXVII (27), pp. 123-168.

Espinosa, O. (2010). Cambios y continuidades en la percepción y demandas indígenas sobre el territorio en la Amazonía peruana. Anthropologica, 28 (1), pp. 239-262

FENAP. (2019, 13 de marzo). Sentencia regresiva de la Corte Superior de Iquitos contra los derechos de los pueblos indígenas.https://www.fenap.com.pe/index.php/noticias/125-sentencia-regresiva-de-la-corte-superior-de-iquitos-contra-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.

Fitzpatrick, P. (2002). "No higher duty": Mabo and the failure of legal foundation. Law and Critique. Springer Netherlands.

Fromherz, C. J. (2008). Indigenous peoples' courts: Egalitarian juridical pluralism, self-determination, and the United Nations declaration on the rights of indigenous peoples. *University of Pennsylvania Law Review*156 (5),1341.

Galindo, J. (2010). Cultural Diversity in Bolivia: From Liberal Interculturalism to Indigenous Modernity en M. Janssens (ed), The Sustainability of Cultural Diversity: Nations, Cities and Organizations (pp. 80). Edward Elgar Publishing.

Gilbert, J. (2007). Indigenous Rights in the Making: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International Journal on Minority and Group Rights* 14, 207.

Gover,K. (2010). Tribalism Constitutionalized: The Tribal Governance of Membership.Oxford University Press.

Greene, S. (2009). *Customizing Indigeneity: paths to a visionary politics in Peru*. Stanford, California: Stanford University Press.

Greene, S. (2006). Getting over the Andes: The Geo-Eco-Politics of Indigenous Movements in Peru's Twenty-First Century Inca Empire. Journal of Latin American Studies, 38, pp. 327-354;

Gustafson, B. (2009). Manipulating cartographies: Plurinationalism, autonomy, and indigenous resurgence in Bolivia. *Anthropological Quarterly*, 82 (4), 985-1016

Halvorsen, S. (2019). Decolonising territory: Dialogues with Latin American knowledges and grassroots strategies. *Progress in Human Geography,* 43 (5), 790-814.

Henderson, J. Y. (2008). Indigenous Diplomacy and the Rights of Peoples: Achieving UN Recognition. Saskatoon: Purich Publishers.

Henderson, J. Y. (2019). UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and Treaty Federalism in Canada. Review of Constitutional Studies, 24 (1), 17-42.

Hughes, N. (2010). Indigenous Protest in Peru: The 'Orchard Dog' Bites Back. Social Movement Studies, 9 (1), pp. 85-90.

Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. (2021, 30 de marzo). Organizaciones de pueblos saludan dictamen favorable para crear registro de la personalidad jurídica de pueblos en la Sunarp y exigen su pronta aprobación por el Congreso. https://www.derechoysociedad.org/pronunciamiento-saludamos-dictamen-favorable-para-crear-registro-de-la-personalidad-juridica-de-pueblos-en-la-sunarp-y-exigimos-su-pronta-aprobacion-por-el-congreso/.

Keal, P. (2003) European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society (Cambridge University of Press, 2003).

La Rosa, J. (2012). El Derecho a la Consulta Previa y su Implementación en el Peru según las Reglas Legislativas y el Tribunal Constitucional. *Derecho & Sociedad,* (39), 196-203.

Lenzerini, F. (2006). Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of Indigenous Peoples. Texas International Law Journal, 42 (1), 155-189.

Lightfoot, S. and MacDonald, D. (2020). The United Nations as both Foe and Friend to Indigenous Peoples and self-determination. En Jakob R. Avgustin (Ed.), *The United Nations: Friend or Foe of Self-Determination?* (pp.1-167). E-International Relations Publishing.

Matos, J. (1976). Comunidades indígenas del área andina. En Matos, J (ed.). Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Merino, R. (2022). The politics of localizing human rights: Chinese policies and corporate practices in Latin America, *Business and Human Rights Journal* (en prensa).

Merino R. (2016). Consultoría: *Estrategia de Titulación de las Comunidades Indígenas del Lote 192 para apoyar el trabajo del Gobierno Regional de Loreto* (OXFAM: Lima).

Merino R. (2018). La nación reimaginada: Autodeterminación indígena y las olas de indigenismo legal en el Perú. En: Descolonizar el derecho: Pueblos índígenas, derechos humanos y Estado plurinacional. Roger Merino y Areli Valencia eds. Palestra: Lima, 2018.

Merino, R. (2018). Reimagining the nation-state: Indigenous peoples and the making of plurinationalism in Latin America. *Leiden Journal of International Law*, 31 (4), 773-792.

Merino, R (2020) Rethinking Indigenous Politics: The Unnoticed Struggle for Self-Determination in Peru. *Bulletin of Latin American Research*, 39 (4): 513-528.

Merino, R. (2021). *Socio-legal struggles for indigenous self-determination in Latin America: Reimagining the Nation, Reinventing the State*. Routlegde: London (pp. 1-151).

Muehlebach, A. (2003). What self in self-determination? notes from the frontiers of transnational indigenous activism. *Identities*, 10 (2), 241-268.

Napolitano, D., Ryan, A. (2007). The dilemma of contact: voluntary isolation and the impacts of gas exploitation on health and rights in the Kugapakori Nahua Reserve, Peruvian Amazon. Environmental Research Letters, 2 (4), pp. 1-12.

ONU. (2020). Consejo Económico y Social. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Estudio sobre las autonomías de los pueblos indígenas: experiencias y perspectivas. 19º período de sesiones Nueva York.

Peang-Meth, A. (2002). The rights of indigenous peoples and their fight for self-determination. World Affairs, 164 (3), 101-114.

Peru Equidad. (2021, 1 de octubre). Política Nacional de Pueblos Indígenas u Originarios al 2030. ¿En ruta hacia a dónde? https://equidad.pe/politica-nacional-de-pueblos-indigenas-u-originarios-al-2030-en-ruta-hacia-a-donde/

Philpott, D. (1995). In Defense of Self-Determination. Ethics, 105 (2), 352-385.

Pratt, A. (2004). Treaties vs. Terra Nullius: "Reconciliation," Treaty-Making and Indigenous Sovereignty in Australia and Canada. *Indigenous Law Journal*, 3, 43-60.

Romero, A. (1978). Aspectos legales sobre las comunidades nativas de la Amazonía peruana. *Revista Panorama Amazónico*, 2 (3), pp. 5-26.

Ruiz, J. (2011) La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: Una mirada constitucional.Instituto de Defensa Legal,

Ruiz, J. (2014). 'Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú', *Derecho & Sociedad*, 42, pp. 179-192.

Sanderson, D. (2018, June 1). The residue of imperium: Property and sovereignty on indigenous lands. University of Toronto Law Journal. University of Toronto Press Inc.

Seligmann, L. (1993). The Burden of Visions amidst Reform: Peasant Relations to Law in the Peruvian Andes. *American Ethnologist*, 20 (1), pp. 25-51.

SERVINDI. (2014, 24 de octubre). Sentencia judicial ordena consultar proyecto Hidrovía Amazónica enPerú) https://www.biodiversidadla.org/Noticias/Sentencia_judicial_ordena_consultar_proyecto_Hidrovia_Amazonica_en_Peru.

Short, D. (2003). Reconciliation, Assimilation, and the Indigenous Peoples of Australia. International Political Science Review / Revue Internationale de Science Politique, 24 (4), 491-513.

Simpson Audra. (2014). Mohawk, Interruptus. Political Life Across the Borders of Settler States. Durham, NC: Duke University Press.

SPDA (2022, 17 de enero). Consulta previa ya podrá aplicarse en proyectos relacionados a servicios públicos. https://www.actualidadambiental.pe/consulta-previa-ya-podra-aplicarse-en-proyectos-relacionados-a-servicios-publicos/.

Stocks, A. (2005). Too Much for Too Few: Problems of Indigenous Land Rights in Latin America. Annual Review of Anthropology, 34, pp. 85-104.

Suagee, D. B. (1997). Human Rights of Indigenous Peoples: Will the United States Rise to the Occasion? American Indian Law Review, 21 (2), 365.

Surrallés, A. (2009). Entre derecho y realidad: antropología y territorios indígenas amazónicos en un futuro próximo. Boletín del Instituto Francés de Estudios Andinos, 38 (1), pp. 29-45

Swepston, L., & Plant, R. (1985). International standards and the protection of the land rights of indigenous and tribal populations. International Labour Review, 124 (1), 91-106.

Swiss Info (2022, 11 de enero).Advierten peligro de retroceso en la educación en lenguas indígenas en Perúhttps://www.swissinfo.ch/spa/perú-educación_advierten-peligro-de-retroceso-en-la-educación-en-lenguas-ind%C3%ADgenas-en-perú/47252242.

Tauli-Corpuz, V. (2019). Derechos de los pueblos indígenas Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Thurner, M. (1996). Republicanos" y "la comunidad de peruanos: comunidades políticas inimaginadas en el Perú postcolonial. Histórica. Vol. XX N° 1, p 125.

Tockman, J., & Cameron, J. (2014). Indigenous autonomy and the contradictions of plurinationalism in Bolivia. Latin American Politics and Society, 56 (3), 46-69.

Tully, J. (2005). Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity. Cambridge University Press.

United Nations Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, GA Res 1514/15, UN Doc A/RES/1514 (15) (adopted 14 December 1960

Wainwright, J., & Bryan, J. (2009). Cartography, territory, property: postcolonial reflections on indigenous counter-mapping in Nicaragua and Belize. Cultural Geographies, 16 (2), 153-178.

Walker, C. (2015). La rebelión de Tupac Amaru. Traducido por Óscar Hidalgo. IEP: Lima.

Wise, D. (1983) Indigenismo de izquierda y de derecha: dos planteamientos de los años 1920. Revista Iberoamericana, pp. 159-169.

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
Teléfs.: 424-8104 / 424-3411
Febrero 2023 Lima - Perú