

**LOS DERECHOS DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS
EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Estudio preliminar de Roger Merino Acuña



PALESTRA | PRÁCTICA
BIBLIOTECA

XXX XXX	Xxxxxx Xxxxxx, Xxxxx Los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional / Xxxxxx Xxxxxx; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2023. 153 p.; 14.5 x 20.5 cm. D.L. 2023-03732 ISBN: 978-612-325-336-3 1. Xxxxxxx Xxxxxxx 2. Xxxxxxx Xxxxxxx 3. Xxxxxxx Xxxxxxx 4. Xxxxxxx Xxxxxxx 5. Xxxxxxx Xxxxxxx 6. Xxxxxxx Xxxxxxx
--------------------	--

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cuadernos de jurisprudencia

es un proyecto desarrollado por el área de contenidos de Palestra Editores

Director:

Pedro P. Grández Castro

Estudio preliminar:

Roger Merino Acuña

Equipo Editorial:

Coordinadora General del Proyecto: Mayté Chumberiza Tupac Yupanqui
Sistematización de la Jurisprudencia: Jesé David Arias Aguila y Noelia Hermoza Torres
Maquetación: John Paolo Mejía Guevara
Revisión: Jhonathan Ávila Romero

Impresión y encuadernación:

Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pj. María Auxiliadora N.º 156, Breña
Mayo, 2023

Primera edición, mayo de 2023

© **2023: Palestra Editores S.A.C.**

Plaza de la Bandera 125, Lima 21 - Perú
Telf. (511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-03732

ISBN: 978-612-325-336-3

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú | Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

I.	Estudio preliminar de Roger Merino Acuña	13
II.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	35
1.	Aspectos generales	35
1.1.	El Estado peruano como un Estado pluricultural	35
1.2.	Fundamento.....	44
1.3.	Interpretación	45
1.3.1.	La identidad de los pueblos indígenas	45
1.3.2.	Instrumentos internacionales	48
1.4.	Titularidad	50
1.5.	Acreditación.....	53
2.	Pueblos indígenas y su vinculación con otros derechos	54
2.1.	Derecho a la libre autodeterminación	54
2.2.	Derecho a la identidad étnica y cultural	58
2.3.	Derecho al medio ambiente	60
2.4.	Derecho a la propiedad.....	63
2.4.1.	Garantía de la propiedad.....	67
2.5.	Derecho a la consulta	73
2.5.1.	Derecho de consulta como diálogo intercultural..	76
2.5.2.	Contenido constitucionalmente protegido.....	81
2.5.3.	Configuración dinámica y contextualizada del derecho a la consulta	83
2.5.4.	Titularidad	85

2.5.5. Elementos y características del derecho de consulta.....	88
2.5.6. Etapas del derecho a la consulta.....	100
2.5.7. Derecho a la consulta de medidas legislativas y administrativas	100
2.5.8. El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas	106
2.5.9. Tratamiento diferenciado en base al contacto previo	107
2.5.10. Límites de la consulta	111
2.5.11. Su exigibilidad no depende de la ratificación del Convenio N.º 169 de la OIT.....	122
2.5.12. El retroceso en la jurisprudencia	126
2.6. Derecho a la personalidad jurídica	127
3. Obligaciones del Estado.....	130
3.1. Respetar los derechos de los pueblos indígenas	131
3.2. Protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas	132
3.3. Adecuar la legislación interna	133
3.4. Delimitar las tierras indígenas.....	134
3.5. Indemnización como beneficio compartido en caso de expropiación de territorio.....	135
3.6. Obligaciones respecto de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario	136
4. Medidas cautelares solicitadas por la Comisión IDH.....	142
4.1. Comunidades en aislamiento voluntario del Pueblo Ayoreo Totobiegode (Paraguay)	142
4.2. Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del Pueblo Indígena Mapuche (Argentina)	143
4.3. Comunidades de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano (Panamá)	143
4.4. Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará (Brasil)	144

4.5. Habitantes de la Comunidad Indígena Mixteca de Lázaro Cárdenas, Putla, Oaxaca (México)	144
4.6. Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el departamento de San Marcos (Guatemala)	145
4.7. Comunidad Indígenas Ngöbe y otras (Panamá).....	146
4.8. Comunidad maya - Sitio El Rosario Naranjo (Guatemala)	146
Anexo. Cuadro de jurisprudencia	151

ESTUDIO PRELIMINAR

Roger Merino Acuña^{*}

* Profesor asociado en la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Es Abogado y Magíster por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú), Magíster en Derecho Comparado por la Universidad Internacional de Turín (Italia), y Magíster en Políticas Públicas Internacionales y Doctor en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad de Bath, en el Reino Unido. Ha sido Visiting Scholar en la Universidad de Harvard y Visiting Fellow del Summer School del Institute for Advanced Studies de Princeton.

1 LA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS Y LOS TRIBUNALES

Los tribunales de justicia son considerados “aliados” para la protección de los derechos humanos en América Latina, pues han dado lugar al desarrollo del litigio de interés público, lo que a su vez ha promovido reformas legales importantes en los países de la región¹. Esta tendencia ha favorecido especialmente a sectores sociales marginalizados que a menudo no tienen otros medios de incidencia formal más que tocar las puertas de los sistemas de justicia. Por ejemplo, en contextos de profunda desigualdad y racismo estructural, los pueblos indígenas no tienen más opción que recurrir a los tribunales como último recurso para defender sus derechos². No se trata, entonces, solo del papel de jueces con sentido de justicia social, sino del rol y participación activa de las víctimas y de sus representantes legales en estos procesos³. Por ello se nota que, en respuesta a los desafíos legales planteados por organizaciones indígenas y de derechos humanos, los tribunales han desarrollado un cuerpo rico de casos sobre temas tales como derechos procedimentales (consentimiento libre, previo e informado), derechos culturales y derechos sobre la tierra⁴.

Este activismo se ha dado a la par de la globalización de los derechos indígenas expresado en el lento, pero consistente, desarrollo de un derecho internacional que va reconociendo los derechos de estos pueblos. El actual marco internacional incluye declaraciones internacionales (como tales, en principio no vinculantes, pero orientativas) como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2016. Además, incluye instrumentos internacionales vinculantes que plantean un régimen general de protección como el Convenio 169

-
- 1 Salvador Herencia Carrasco, “Public interest litigation in the inter-american court of human rights: the protection of indigenous peoples and the gap between legal victories and social change”, *Revue québécoise de droit international*, special issue (2015).
 - 2 Jérémie Gilbert, “Indigenous Peoples and Litigation: Strategies for Legal Empowerment”, *Journal of Human Rights Practice* 12, no. 12 (2020): 301-320.
 - 3 Salvador Herencia Carrasco, “Public interest litigation in the inter-american court of human rights: the protection of indigenous peoples and the gap between legal victories and social change”, *Revue québécoise de droit international*, special issue (2015).
 - 4 César Rodríguez-Garavito, “Human Rights: The Global South’s Route to Climate Litigation”, *American Journal of International Law (AJIL Unbound)*, no. 114 (2020): 40-44.

de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, o que reconocen derechos de participación en el marco de la gobernanza ambiental internacional, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992. Asimismo, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han utilizado tratados internacionales de derechos humanos para desarrollar los derechos indígenas, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵.

Los derechos indígenas pueden ser de carácter individual y colectivo. De estos últimos, los más importantes son los *derechos fundacionales*⁶ tales como el territorio, la autodeterminación y la autonomía. Estos son derechos que fundamentan la existencia cultural y material de estos pueblos debido a las características esenciales de ancestralidad, complementariedad e integralidad. Esto implica que son derechos que tienen preexistencia a la creación de los Estados; son prerequisites para poder ejercer otros derechos tales como la participación, la educación y salud intercultural, los beneficios de las actividades económicas en sus territorios, entre otros. Además, son derechos que requieren de un reconocimiento integral, no recortado o reducido, pues de lo contrario se afecta su naturaleza misma. Por ejemplo, reconocer un territorio indígena recortado o a un pueblo indígena no como autogobierno, sino como cooperativa, agrede la esencia misma de estos derechos y limita profundamente su ejercicio.

El derecho internacional cada vez brinda un mayor reconocimiento a los derechos fundacionales. Hoy incluso se podría decir que existen estándares internacionales de derechos humanos en materia de territorio, autodeterminación y autonomía. Por ejemplo, el *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos 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, y el *Informe: Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

5 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.LN/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 16 y notas de pie correspondientes.

6 Roger Merino, *Socio-Legal Struggles for Indigenous Self-Determination in Latin America: Reimagining the Nation, Reinventing the State*. Routledge (London – New York, 2021).

el 28 de diciembre de 2021, señalan que la libre determinación de los pueblos indígenas hoy forma parte del derecho internacional de los derechos humanos. El informe de la Comisión es particularmente 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 diferenciados⁷. Ello incluye definir su propio destino en condiciones 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 originario⁸. En consecuencia, el reconocimiento de este derecho es un acto meramente declarativo y no constitutivo, pues un pueblo indígena es preexistente al Estado⁹.

El derecho a la libre determinación tiene una dimensión interna y otra externa¹⁰. 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 ONU¹¹. 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.

7 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. 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 Panamazónia. OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, 2019, párr. 23.

8 Informe Comisión 2021, fundamento 32.

9 Informe Comisión 2021, fundamentos 99-101.

10 Informe Comisión 2021, fundamentos 195 y 201.

11 Informe Comisión 2021, fundamento 95.

Respecto al derecho al territorio, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas han reconocido que este derecho es 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, 31 y 32), y la Declaración Americana (artículo XXV)¹². La materialización de este derecho también puede darse a través del reconocimiento, titulación, delimitación y demarcación de los territorios indígenas¹³. Por ello, la Comisión y la Corte Interamericana han interpretado los alcances del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para configurar el derecho humano a la propiedad colectiva¹⁴.

Por su parte, el derecho a la autonomía o al autogobierno fue expresamente reconocido 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 humanos¹⁵. Mientras que la autodeterminación hace alusión, en primer lugar, al derecho a ser reconocido como un colectivo social diferenciado dentro de un Estado, con su propia historia y cultura, la autonomía se refiere a la capacidad que tiene ese colectivo de autogobernarse.

Los derechos a la autodeterminación, territorio y autonomía tienen reconocimiento internacional, pero a nivel nacional, tanto por parte de los gobiernos como de los tribunales, se siguen ignorando los estándares de

12 Informe Comisión 2021, fundamento 124.

13 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, pp. 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 Panamazonía. OAS/Ser.Lxak/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. 19º 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.

14 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.

15 Informe de la Comisión 2021, fundamentos 129-131.

estos derechos. Se observa que se vulnera el derecho a la autodeterminación cuando no se reconoce la existencia de pueblos indígenas o cuando estos se reconocen, pero no bajo los marcos jurídicos que proponen estos pueblos (por ejemplo, como naciones, pueblos originarios, etc.), sino bajo marcos estatales que a menudo los instrumentalizan para fines de cohesión cultural y económica (comunidades campesinas, cooperativas, asociaciones, etc.). Este derecho también se vulnera a menudo cuando se brindan servicios públicos bajo lineamientos sobre enfoque intercultural, pero no se garantiza la participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas para incorporar sus propias prioridades y visiones en torno a dichos servicios¹⁶.

Respecto al territorio y la autonomía, después 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 históricos¹⁷. Por el contrario, la imposición de marcos estatales sobre los arreglos institucionales de autonomía o autogobierno que los propios pueblos implementan a menudo ha dado lugar a la configuración de “autonomías fragmentadas”¹⁸ que menoscaban estos derechos.

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 Interamericana 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 marginado¹⁹.

16 Informe de la Comisión 2021, fundamento 201.

17 Informe de la Comisión 2021, fundamento 125.

18 Informe de la Relatora 2019, fundamento 20.

19 Informe de la Comisión 2021, fundamentos 137 y 138.