

**Pontificia Universidad Católica del Perú**  
**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal**

**TITULO: La tutela colectiva del derecho a la consulta previa de los pueblos  
indígenas: ¿Legitimación para obrar o representación procesal?**

**Trabajo Académico para optar el grado de Segunda Especialidad en Derecho Procesal**

Autor: Gonzalo Bernales Indacochea

Asesor: Carlos Glave Mavila

Código de alumno: 20089396

**2017**

## RESUMEN

En los últimos años, la tutela de los derechos colectivos ha sido materia de regulación en la mayoría de las legislaciones Iberoamericanas, existiendo inclusive un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Si bien se han realizado esfuerzos para regular este tipo de procesos, los mismos no han sido homogéneos ni ordenados, existiendo casos (como el de Argentina) donde el desarrollo es jurisprudencial y no legislativo. En el Perú, la regulación ha sido muy escasa, desordenada y poco conectada (por decir lo menos), lo cual ha generado la casi nula existencia de este tipo de procesos en la práctica. Lo cierto es que este tipo de procesos es una importante herramienta para la tutela de una serie de derechos de especial naturaleza como lo son los derechos colectivos. El presente trabajo comenta analiza el caso específico de la tutela colectiva del derecho a la consulta previa. De los pueblos indígenas. El derecho a la consulta previa es un tema complejo puesto que está compuesto por una serie de otros derechos fundamentales y porque su desarrollo convencional y su delimitación constitucional y legal en el Perú ha sido errática. En ese sentido, un desarrollo errático del derecho a la consulta previa y una escasa regulación y cultura de la tutela colectiva en el Perú hacen que este tipo de procesos sean casi inexistentes y que se deban enfrentar a serias complicaciones. En el presente artículo analizamos los supuestos de legitimación para obrar en la tutela de este derecho en particular, diferenciándolo de la representación procesal. Así, pretendemos esclarecer cuestiones fundamentales respecto de la tutela colectiva del derecho a la consulta previa.

## CONTENIDO

### I. Introducción

### II. Desarrollo

- Los derechos materia de tutela colectiva: difusos, colectivos e individuales homogéneos.
- Hacia una posible definición o determinación del derecho a la consulta previa.
  - El derecho fundamental a la autodeterminación de los pueblos indígenas.
  - El derecho a la consulta previa.
- La legitimación para obrar en la tutela colectiva del derecho a la consulta previa.
  - ¿Legitimidad para obrar o representación procesal?
  - El problema de la representación debida.

### III. Conclusiones

- La naturaleza colectiva del derecho a la consulta previa y su necesaria legitimación para obrar amplia.
- La valoración de la representación debida como garantía de una adecuada tutela del colectivo.
- La complejidad de la tutela colectiva en general y la especial complejidad del derecho a la consulta previa como principales dificultades para este tipo de procesos.

### IV. Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

Los procesos colectivos son, actualmente, una dificultad para las legislaciones procesales en Latinoamérica y para la cultural procesal en general. Sin embargo, son (y serán) una importante herramienta de protección de derechos de especial naturaleza y permitirán otorgar adecuada tutela jurisdiccional en una serie de situaciones conflictivas en Latinoamérica. (GLAVE: 2017)

En la actualidad en el Perú existe una importante cantidad de conflictos sociales derivados de la extracción de materias primas (RAMIREZ: 2017). El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas ha permitido protegerlos de medidas que se tomaban sin su opinión, pero al mismo tiempo han puesto evidencia el conflicto entre dos cosmovisiones completamente distintas. El derecho a la consulta previa, forma parte de estos derechos colectivos de los pueblos indígenas, sin embargo la tutela jurisdiccional de este derecho no ha sido efectiva.

Así, la consulta previa reconocida en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) surgió como un derecho que permitiría involucrar a todos los actores sociales en los proyectos extractivos, permitiendo reducir la conflictividad. Sin embargo, la escasa y/o contradictoria regulación interna de la consulta previa ha generado que este derecho muchas veces no sea debidamente tutelado, generando aún mayor conflictividad. En este contexto, los procesos colectivos son una oportunidad o la vía correcta para encauzar este tipo de conflicto complejo y, además, una forma de efectivizar el llamado derecho a la consulta previa.

Si bien la problemática requiere de una visión interdisciplinaria, es importante delimitar y precisar la forma como se puede defender el derecho a la consulta previa y que consideraciones debemos tener presente con la finalidad de tener procesos colectivos efectivos: una de esas consideraciones es tener claro quién (o quiénes) pueden demandar la tutela de dicho derecho y en calidad de qué pueden hacerlo.

## DESARROLLO

### **Los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos:**

Los llamados procesos colectivos resultan “especiales” porque mediante ellos se busca tutelar tipos especiales de derechos subjetivos. Históricamente el proceso se ha concebido como la forma mediante la cual los individuos tutelan sus derechos; es decir se ha concebido al proceso como un mecanismo de tutela derechos individuales. La aparición de derechos que no son de titularidad de un solo sujeto o que no pueden ser individualizados en un solo sujeto genera un quiebre con las instituciones procesales tradicionales y, por lo tanto, pone en jaque la consecución del fin del proceso: resolver el conflicto traído por las partes y permitir la convivencia pacífica.

En ese sentido, para poder definir con claridad los derechos que son materia de tutela colectiva es preciso hacer una distinción entre lo que se conoce en la doctrina como los derechos divisibles y los indivisibles (GIDI: 2012). Los derechos divisibles son aquellos intereses posibles de satisfacer los intereses de uno o algunos de los miembros del grupo sin beneficiarlos a todos; es decir se trata de derechos individuales cuya titularidad recae sobre un solo sujeto. Este tipo de derecho puede ser tutelado de manera colectiva siempre que convenga más hacerlo así, pero no debido a una necesidad lógica. Es decir que no existe la necesidad lógica ni jurídica para tutelar de manera colectiva los intereses divisibles, puesto que al ser divisibles en cada uno de los sujetos pueden ser tutelados mediante los mecanismos tradicionales de enjuiciamiento: cada sujeto solicita la tutela de su derecho.

Esta categoría puede ser subdividida en otras dos: los derechos individuales y los derechos individuales homogéneos. La tutela jurisdiccional del primero de ellos, (los derechos individuales) se realiza mediante las vías ordinarias tradicionales de enjuiciamiento. Como ejemplos de este tipo de derechos tenemos lo siguientes: el derecho de propiedad, crédito, etc. (Glave: 2011).

Por su parte, los derechos individuales homogéneos son aquellos derechos individuales (divisibles) que por conveniencia pueden ser tutelados de manera colectiva o conjunta. Para ello se debe cumplir con los siguientes requisitos: (REGGIARDO: 2013)

- (i) que exista un origen común del hecho generador (por ejemplo, del daño). El origen común se debe entender como una comunidad fáctica y jurídica.
- (ii) Debe existir un predominio de las cuestiones colectivas sobre las individuales.
- (iii) Superioridad de la tutela colectiva.

Un caso podría permitir entender este tipo de derechos: pensemos en los pasajeros de un bus que sufre un accidente como consecuencia de la negligencia de la compañía transportista. Si bien cada pasajero tiene un derecho individual de resarcimiento por el daño causado, se cumplen los requisitos para que convenga tutelar de manera colectiva sus derechos contra la empresa transportista. Este sería el típico ejemplo de las *class action for damages* de los Estados Unidos o por ejemplo la tutela de los derechos de los consumidores de un producto en particular. (GIANNINI: 2007).

Por el contrario, los derechos indivisibles no son pasibles de ser individualizables por lo que la satisfacción del derecho repercute sobre todos los miembros del grupo, comunidad o clase. Se trata, pues, de derechos de incidencia colectiva como el derecho al medio ambiente, el patrimonio cultural, etc. Es decir que la titularidad del derecho recae sobre el grupo como un ente diferente de sus miembros. La indivisibilidad de este tipo de interés hace forzoso que la tutela sea colectiva, para abarcar a todos los titulares del derecho.

Dentro de los intereses indivisibles podemos identificar a los derechos difusos y los derechos colectivos. Los derechos de naturaleza difusa se encuentran ligados por alguna circunstancia de hecho, como por ejemplo los habitantes de la misma región, enfermos de sida, etc. Los individuos titulares de este tipo de derechos no poseen una relación jurídica de base definida, es decir que no existe una relación jurídica subyacente que sustente o justifique la titularidad colectiva del derecho. Por ejemplo, el derecho al medio ambiente es un derecho reconocido a los ciudadanos peruanos (“circunstancia de hecho”) sin una



relación jurídica de base definida (son titulares por el “simple hecho” de ser ciudadanos). La titularidad de este tipo de derecho no es exclusiva de un individuo de la sociedad, sino que por el contrario es la sociedad en su conjunto la titular del derecho. Cada individuo será titular del derecho debido a su pertenencia al conjunto.

La diferencia con los derechos colectivos reside en que los sujetos titulares de este tipo de derecho sí poseen una relación jurídica de base definida que vincula a sus titulares (por ejemplo, los propietarios de la propiedad horizontal, un barrio privado, compradores de un proyecto inmobiliario, etc.). Existe pues una relación jurídica subyacente reconocida que justifica la colectividad y liga los derechos de los sujetos del grupo.

Si bien es posible diferenciar los derechos colectivos de los derechos difusos (por la existencia o no de la relación jurídica de base), la doctrina establece que su tratamiento en materia de tutela colectiva sería la misma, por lo que no existiría necesidad práctica de realizar su distinción. (QUIROGA: 2013).

En este punto nos permitimos diferenciar de la doctrina, puesto que sí es relevante hacer dicha distinción puesto que la misma sí tiene implicancias prácticas en la tutela colectiva del derecho. En primer lugar, la existencia de una relación jurídica de base entre los titulares de un derecho colectivo permite delimitar fácilmente el grupo y permite establecer exigencias probatorias para demostrar la existencia del grupo. Asimismo, limitaría la legitimación para obrar a los miembros del grupo. A diferencia de los derechos difusos, no será posible que cualquier ciudadano interponga una demanda puesto que podría no formar parte del grupo.

Por ello consideramos que la diferenciación entre derechos difusos y colectivos sí es relevante para el diseño y puesta en marcha de la tutela colectiva. Esta es una premisa de la cual parte el presente artículo.

**Hacia una posible definición o determinación del derecho a la consulta previa.**

Habiendo definido la naturaleza de los derechos pasibles de ser tutelados colectivamente, nos proponemos definir qué tipo de derecho es el derecho a la consulta previa. Para ello, debemos disponer un espacio al desarrollo del derecho fundamental a la autodeterminación de los pueblos indígenas, del cual se desprende el derecho a la consulta previa. Resulta de especial relevancia conocer y analizar el derecho material con la finalidad de diseñar un adecuado sistema de tutela procesal al derecho material; se trata de una forma de acercar el proceso al derecho material

*El derecho fundamental a la autodeterminación de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa:*

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas tiene cobertura fundamentalmente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, DNUDPI), siendo los artículos pertinentes son los siguientes:

*“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.*

*Artículo 5:*

*Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales,*



*manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”*

De esta manera, vemos que el derecho a la libre determinación tiene un reconocimiento expreso en este instrumento internacional, el mismo que tiene incidencia no solo en la dimensión política del autogobierno, sino en las dimensiones económica, social y cultural, a través del reconocimiento de "perseguir libremente su desarrollo" y a la conservación de sus "instituciones".

Ahora bien, cabe señalar que algunos autores cuestionan la fuerza vinculante de esta declaración, considerando su carácter de "soft law" y, por tanto, de no obligatoriedad para los Estados. Sin embargo, nos permitimos discrepar con esta postura por dos razones: la primera, se remite al propio texto de la declaración en su artículo 42, el mismo que a la letra señala que los Estados deberán promover *"el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia"*, es decir, este documento no solo tiene un carácter programático, sino que debe expresarse en acciones concretas de aplicación que completen su eficacia.

La segunda razón se remite al texto del Reglamento de la Ley de Consulta Previa que, en su artículo 1.4, establece que el Viceministerio de Interculturalidad en su tarea de aplicación de la Consulta Previa, tomará *"en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho de los pueblos indígenas"*, si bien este reconocimiento se da en una norma de rango infra legal, esta disposición nos permite inferir la conciencia de obligatoriedad o, por lo menos, de instrumento guía, que el Estado le confiere a la DNUDPI.

Además de la Declaración, y por si quedaran cuestionamientos a su carácter vinculante, existen otros instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la libre determinación, así, encontramos tanto el artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) como el artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), los mismo que a la letra señalan:

*"todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".*

Creemos, junto con Ruiz Molleda<sup>1</sup>, que no hay razón para no reconocer este derecho, reconocido universalmente, a los pueblos indígenas.

En relación al reconocimiento jurisprudencial de este derecho, podemos señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha reconocido a los pueblos indígenas como titulares de este derecho en los casos *Saramaka vs. Surinam*, *Sákmok Kásek vs. Paraguay* y *Kichwa Sarayacu vs. Ecuador*.

En el primero de estos casos no solo destaca la titularidad de este derecho en cabeza de los pueblos indígenas, pues señala que el *"Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos-el otro es el PIDCP-como aplicable a los pueblos indígenas"* (párrafo 93 de la Sentencia); sino que, además, destaca como contenido de este derecho al libre disfrute de sus riquezas y recursos naturales, así como a su autodeterminación en relación al desarrollo.

Finalmente, y en cuanto al reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC), encontramos las siguientes sentencias: 3343-2007-PA/TC, 6316-2008-PA/TC, 0024-2009-IA/TC y 1126-2012-HC/TC.

Para Ruiz Molleda, en virtud del derecho a la libre determinación *"los pueblos indígenas determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo*

---

<sup>1</sup> Sitio web: [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc22112012-131644.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc22112012-131644.pdf)

*económico, social y cultural. Se trata del derecho a la libre determinación en sentido estricto y constituye el núcleo duro de este derecho" (RUIZ 2012, 24).*

Asimismo, señala que *"la libre determinación de los pueblos indígenas tendrá una doble naturaleza, de un lado es un derecho fundamental, y de otro lado es un principio constitucional hermenéutico, orientador del conjunto de disposiciones que reconocen derechos a los pueblos indígenas" (RUIZ 2012, 24).*

En tanto principio jurídico de rango constitucional, la libre determinación de los pueblos indígenas, es un criterio orientador al momento de aplicar las normas a los pueblos indígenas, independientemente que estos hayan sido invocados. La razón de ello es que *"la positivización de los valores y principios, es decir, su inclusión en normas jurídicas constitucionales, que son las normas supremas del ordenamiento y que tienen eficacia directa, no permite, en primer lugar, eludir su aplicación ni, en segundo término, realizar cualquier interpretación valorativa" (RUIZ 2012, 24).*

Con todo tenemos que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se concretiza en los siguientes derechos (CLARA y RUIZ 2012):

- *Derecho al autogobierno y a la autonomía en los asuntos internos.*
- *Derecho a conservar sus propias instituciones tradicionales y al reconocimiento formal de las mismas.*
- *Derecho a la participación activa en la determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas.*
- *Derecho a su propio sistema de administración de justicia.*
- *Derecho a decidir autónomamente su propio modelo de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural.*
- *Derecho al propio plan de vida colectivo o al proyecto de vida colectivo.*
- *Derecho a disponer de recursos para financiar sus funciones autónomas.*
- *Derecho al consentimiento libre, previo e informado.*
- *Derecho a la participación política en general.*

- *Derecho a la participación de los pueblos indígenas en general.*
- *Derecho de los pueblos indígenas a cuotas en los concejos regionales y concejos municipales.*
- *Derecho de los pueblos indígenas a participar a través de sus representantes.*
- *Participación en la formulación de los planes de desarrollo.*
- *Derecho a participar en la administración de los recursos naturales.*
- *Derecho a la libre determinación territorial.*
- *Derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios.*
- *Derecho a que el Estado tome decisiones con la participación y cooperación de los pueblos indígenas.*
- *Derecho a la consulta previa*

El derecho a decidir autónomamente su propio modelo de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural; además de derivarse de los artículos 3 y 4 de la DNUDPI, está recogido en el artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT y reconoce el derecho de los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. (RUIZ 2012, 26).

Este derecho, lejos de ser un mero reconocimiento, debe propiciar que el Estado genere políticas públicas que lo hagan efectivo, pues en el desarrollo y despliegue de las fuerzas productivas de la sociedad predominante, "los pueblos indígenas con frecuencia terminan siendo las víctimas del desarrollo en lugar de ser sus beneficiarios. Mientras que la construcción de infraestructura, la explotación del petróleo, la explotación forestal y la minería han contribuido al crecimiento económico de determinados sectores de la sociedad, las consecuencias para los pueblos indígenas a menudo han sido devastadoras. Sufrieron el despojo de sus tierras, la desaparición de sus bosques y la contaminación de sus ríos. Por lo tanto, han sido despojados de sus medios de vida, a menudo sin recibir ninguna compensación ni acceso a medios de vida alternativos" (RUIZ 2012, 41-42).

Así, “adviértase que el contenido constitucional de este derecho comprende, primero, el derecho a decidir su propio modelo de desarrollo y, luego, el derecho a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural” (RUIZ 2012, 42), es decir, a mantener el desarrollo por ellos decidido frente a las propuestas alternativas que surjan en torno a la explotación de sus recursos, su organización social y sus expresiones culturales.

Finalmente, es importante señalar que los conceptos “desarrollo” y “vida digna” deben leerse en clave intercultural, recogiendo los contenidos que para los pueblos indígenas tiene estos conceptos y desechando toda acción que desde el Estado o las empresas extractivas, en este caso, pretendan imponer una única visión de “desarrollo” y “dignidad”.

Cabe resaltar que nos encontramos frente a un derecho emergente o en configuración, pues no tiene cobertura normativa ni en el Convenio 169 de la OIT ni en la DNUDPI, sin embargo, esto no tiene por qué quitarle fuerza normativa. Ya ha sucedido respecto de otros derechos humanos que aun cuando solo contaban con una exclusiva dimensión individual, la evolución y aplicación práctica del derecho ha devenido en una dimensión también colectiva.

En el caso de los pueblos indígenas, estos tienen un proyecto de vida colectiva o un plan de vida colectivo, que responde a su propia identidad cultural, a su cosmovisión, a su historia colectiva, a su relación con su territorio y con su hábitat, a su estrecha relación con los recursos naturales que permiten su subsistencia. Este plan de vida, ciertamente, tiene estrecha vinculación con el modelo de desarrollo de la comunidad.

Este proyecto de vida colectivo se expresa en un conjunto de metas y objetivos, y en un conjunto de aspiraciones, las cuales alcanzan cobertura normativa, precisamente en el proyecto de vida colectivo de la comunidad. No debe necesariamente estar escrito, este plan de vida colectivo está en el imaginario colectivo de los miembros de la comunidad, y de lo que se trata es de explicitarlo muchas veces" (RUIZ 2012, 47).



Este proyecto de vida colectiva y la protección fundamental a la autodeterminación del mismo por parte de los pueblos indígenas, genera que el derecho a la consulta previa resulta de especial importancia, puesto que el mismo establece la obligación de consulta a los pueblos indígenas respecto de cualquier medida que pudiera afectar sus derechos. Así, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 23 de la sentencia recaída en el Expediente No. 3343-2007-PA lo siguiente:

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

En ese sentido, resulta pertinente citar lo establecido por el Informe del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura del año 2016 respecto de los Derecho Colectivos de los Pueblos Indígenas y originarios, respecto del derecho a la consulta previa en su página 20:

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



En ese sentido, el derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos indígenas es uno de naturaleza compleja, que contiene una serie de otros derechos fundamentales entre los cuales se encuentra el derecho a la consulta previa. Éste es un derecho de naturaleza colectiva toda vez que su titularidad reside en cabeza de la colectividad del pueblo indígena. Si seguimos la distinción entre derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos; tendríamos que dicho derecho es uno colectivo puesto que los miembros del grupo poseen una relación jurídica de base: la pertenencia al pueblo indígena. Así, el derecho a la consulta previa no reside en cabeza de todos los ciudadanos, sino en un grupo especial de ellos: los pueblos indígenas. Este grupo será el titular del derecho.

En ese sentido, es preciso tener presente que la defensa jurisdiccional de este derecho debe ser (i) mediante un proceso de naturaleza colectiva, (ii) tomando en consideración la especial naturaleza del derecho a la consulta y (iii) valorando que se trata de un derecho colectivo de un pueblo indígena y no de un derecho de naturaleza difusa.

### **La legitimación para obrar en la tutela colectiva del derecho a la consulta previa.**

*¿Legitimación para obrar o representación procesal?*

La legitimación para obrar está recogida de forma expresa en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil (en adelante, “CPC”). Este artículo establece la necesidad de que la parte demandante debe invocar legitimidad para obrar con la finalidad de promover o iniciar el proceso. Es decir, que la legitimidad para obrar es un requisito para poder tener la calidad de parte de un proceso.

Sin embargo, la doctrina ya ha establecido con claridad que la legitimidad para obrar no está relacionado con la capacidad de la partes para iniciar el proceso. Más bien es un presupuesto para poder plantear una pretensión dentro de un proceso, de tal forma que si la pretensión es planteada por una persona legitimada, el juez se podrá pronunciar válidamente sobre el conflicto intersubjetivo llevado ante él. (QUIROGA: 2013).

De este modo, la legitimidad para obrar es definida por el profesor Giovanni Priori (PRIORI: 1997) como “(...) **la posición habilitante para ser parte en el proceso**; en ese sentido se habla de legitimidad para obrar activa para referirse a la posición habilitante que se le exige al demandante para poder plantear determinada pretensión; y se habla de legitimidad para obrar pasiva para referirse a la posición habilitante que se le exige al demandado para que la pretensión planteada en el proceso pueda plantearse válidamente contra él.” (El resaltado es agregado nuestro).

Entonces tenemos que la legitimación para obrar es aquella posición que debe ocupar la parte para plantear una pretensión dentro del proceso. ¿Quién es entonces una persona legitimada para plantear una pretensión dentro del proceso? Aquella que invoque ser titular del derecho material cuya tutela se pretende mediante el proceso. Es decir que la legitimidad para obrar exige que quien desee ser parte de la relación procesal sea también parte de la relación material que subyace al proceso.

Como bien lo ha apuntado el profesor Priori, la legitimidad para obrar puede ser invocada por la parte al momento de declararse titular del derecho material vulnerado o amenazado (legitimidad ordinaria) o puede ser invocada por la ley (legitimidad extraordinaria).

Ésta última, resulta de especial interés puesto que permite la participación en el proceso como parte (legitimados para plantear pretensiones) a sujetos que no son parte de la relación material. A juicio del profesor Juan Monroy, la legitimidad extraordinaria no existe, sino que se trata de una representación de origen legal. Esto porque considera que se desvirtúa la esencia de la legitimidad para obrar al permitirse participar como parte a quien no es parte de la relación material.

Al respecto, discrepamos de la posición del profesor Monroy puesto que resulta evidente que los legitimados extraordinarios son parte del proceso y son ellos los titulares de sus pretensiones a diferencia de los representantes que lo hacen en nombre y por mandato del tercero titular del derecho material.

La representación procesal está regulada en el artículo 63 y siguientes del CPC, los cuales establecen que es representante en el proceso quien en lugar y nombre de una de las partes ejecuta y recibe actos procesales. La representación procesal no es difícil de concebir toda vez que sigue las mismas reglas que la representación legal regulada en el Código Civil. El representante debe tener un mandato o poder por parte del representado, debiendo ajustar su actuación al mandato. De ese modo, los actos del representante que escapen del mandato no podrán ser oponibles al representado, a menos que éste los convalide.

Lo que resulta relevante es tener en claro que la representación procesal no otorga la calidad de parte al representante, sino que ésta permanece en titularidad del representado. Éste último es el que forma parte de la relación material, pero que actúa y ejerce su derecho en el proceso a través de un representante procesal. El origen de la representación como ya dijimos, proviene de un contrato de mandato. Es decir, del otorgamiento de un poder por parte de un privado a otro privado para que ejerza en su nombre e interés como su representante dentro del proceso.

El artículo 74 y 75 del CPC establecen las facultades generales y especiales, respectivamente, de la representación procesal. Los siguientes artículos del CPC regulan una serie de supuestos que van desde el cese de la representación hasta el patrocinio de intereses difusos.

Ahora bien, habiendo quedado clara la diferencia entre legitimidad y representación procesal es preciso formular las siguientes interrogantes: ¿El ordenamiento procesal peruano regula algún supuesto de legitimación o representación procesal para la tutela colectiva? ¿Se trata de un supuesto de legitimidad o de representación? ¿Es posible diseñar o aplicar la regulación existente para la tutela colectiva del derecho a la consulta previa? ¿Para la tutela colectiva del derecho a la consulta previa se debe determinar un supuesto de representación procesal o de legitimidad ordinaria y extraordinario? Todas estas cuestiones serán respondidas a continuación.

Respecto de la existencia de regulación sobre procesos colectivos, tenemos al respecto el artículo 82 del CPC el cual establece qué sujetos se encuentran legitimados para interponer una demanda en defensa de los intereses difusos: (i) el Ministerio Público, (ii) los Gobierno Regionales, (iii) los Gobierno Locales, (iv) las Comunidades Campesinas y/o (v) las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental, (vi) las asociaciones sin fines de lucro que según la Ley y a criterio del Juez estén legitimadas para ello.

Como se puede notar, el artículo 82 del CPC regula parcialmente la tutela colectiva de intereses difusos, especialmente (podría decirse que únicamente) el derecho al medio ambiente o al patrimonio cultural. Establece legitimidad extraordinaria para los Gobiernos Locales, Gobiernos Regionales, asociaciones sin fines de lucro que el Juez estime legitimadas y para el Ministerio Público. Asimismo, reconoce la legitimidad ordinaria de las Comunidades Campesinas y/o Comunidades Nativas según corresponda. Podría decirse que el artículo 82 del CPC establece una legitimidad amplia para la defensa del medio ambiente. Es decir, establece una legitimación amplia poniéndose en la línea del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Sin embargo, esta regulación es incompleta y no establece reglas especiales para este tipo de procesos ni mucho menos reglas aplicables a la defensa de intereses colectivos o que versen sobre otro tipo de derechos, distintos del medio ambiente. A pesar de ello, el artículo 82 del CPC es un interesante punto de partida para diseñar una regulación específica para la tutela de derechos colectivos y del derecho a la consulta previa.

En el caso del derecho a la consulta previa ya hemos establecido que se trata de un derecho de naturaleza colectiva que se encuentra en cabeza de los pueblos indígenas, es decir que éstos son los titulares del derecho como colectividad. La primera dificultad de ello, es que los pueblos indígenas no cuentan con personería jurídica en el ordenamiento jurídico peruano, siendo las comunidades campesinas o nativas las que sí cuentan con dicha calidad de acuerdo con el artículo 89 de la Constitución. Los pueblos indígenas pueden estar organizados en comunidades o no, pueden existir comunidades y grupos de personas no

organizadas que formen parte de un pueblo indígenas; es decir que el concepto de pueblo indígena es más abarcadora que el de comunidad nativa y/o campesina.

Teniendo en cuenta que se trata de un colectivo titular de un derecho debemos tener en cuenta quién sería el legitimado para interponer una demanda en caso se viole su derecho a la consulta previa: evidentemente el propio pueblo indígena debe ser uno de ellos por ser el titular del derecho. Sin embargo, debemos preguntar cómo demandará el pueblo indígena: pues a través de su representante.

La siguiente pregunta resulta evidente: ¿quién es su representante? La doctrina en la materia nos permite complejizar un poco más esta pregunta, toda vez que establece como uno de los requisitos más importantes para la representación de una colectividad en la tutela de un derecho colectivo es que la representación debe ser adecuada o debida. Es decir que se trata de una representación calificada que asegura la debida o adecuada defensa del derecho colectivo. De ese modo, la pregunta sería la siguiente: ¿quién es el representante debido de los pueblos indígenas?

Esta pregunta resulta muy compleja en la práctica puesto que existen una serie de formas de organización de los pueblos indígenas y muchas veces (por no decir todas las veces), las organizaciones de representación se niegan la representatividad entre sí. De ese modo, podemos tener una federación de comunidades nativas que se irroga la representación del pueblo indígena XX y niega la representación de otra federación que alega ser representante del mismo pueblo indígena. Es decir, que en la práctica la representación de los pueblos indígenas resulta ser compleja de determinación. A pesar de ello, la Ley de Consulta Previa y su Reglamento establecen que se debe inscribir un representante de cada pueblo indígenas en la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas.

Como hemos visto, el propio desarrollo del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas establece que su identificación como tal es auto-realizada y que además cada pueblo tiene el derecho a elegir a sus representantes de acuerdo con las costumbres ancestrales o normas que el pueblo posea para dicho fin. Es decir que el Juez debe verificar



que se hayan cumplido con esas normas o costumbres en la elección del representante del pueblo indígena. Es decir, que la determinación del representante del pueblo indígena debe hacerse en estricto cumplimiento de las costumbres ancestrales de cada comunidad, cuestión que debe ser verificada por el Juez. Asimismo, se debe verificar la representatividad del representado y valorar la posibilidad de aceptar en el proceso a más de un representante del mismo pueblo indígena con la finalidad de asegurar la correcta tutela del derecho de la colectividad y asegurar su participación en el proceso.

Ahora bien, suponiendo que se logre determinar qué sujetos son los representantes del pueblo indígena, es necesario preguntarse si esta representación (legitimada en las costumbres ancestrales del pueblo indígena) puede no ser la adecuada para la representación judicial del pueblo indígena. En este punto la decisión del Juez debe ser razonable y su actitud a lo largo del proceso debe ser activa con la finalidad de proteger los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes, sobre todo del grupo protegido. La representación adecuada en los procesos colectivos hace referencia a requisitos de capacidad (económica y otros), experiencia o conocimiento del tema, así como un análisis de contra quién se estará enfrentando. El Juez debe buscar que las partes posean una paridad de fuerzas en el proceso, así demandante y demandado deben tener la misma capacidad para defenderse tanto en el plano teórico como en el práctico.

Un ejemplo puede permitir entender mejor la postura: la sentencia recaída en la resolución No. 13 recaída en el expediente No. 32365-2014, emitida por el Cuarto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima se trata de una demanda de amparo interpuesta por Zebelio Kayak Jempekit, Santiago Manuin Valera, Wrays Pérez Ramirez y Ananías Shawit Kasen contra el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro SA, Maruel et Prom Peru SAC y Pacific Stratus Energy SA. En esta sentencia se evidencia una clara disparidad entre los representantes de los pueblos indígenas y su contraparte; la cual posee mayores recursos para la defensa de sus derechos. Esto no quiere decir que los demandantes no sean los representantes legales del pueblo indígena, sino que es posible que no sean los más adecuados para representar a la colectividad que se verá obligada por la decisión que se tome en dicho proceso. Lamentablemente en dicha sentencia el Juzgado no



realiza ningún tipo de análisis respecto de la representación de los demandantes ni mucho menos de si son o no adecuados para la tutela del derecho colectivo. Recordemos que el análisis de la idoneidad del representante resulta de vital importancia puesto que busca asegurar una adecuada defensa de los derechos de los sujetos ausentes del proceso que se verán alcanzados por la decisión a la que se arribe. Este es un claro ejemplo de disparidad de fuerzas y de una representación que se plantea como inadecuada para la defensa de la colectividad.

Con todo, volvemos a plantearnos la pregunta previamente hecha: ¿quién es el representante adecuado de los pueblos indígenas? Sin llegar a responder dicha pregunta con exactitud, consideramos necesario que la tutela del derecho a la consulta previa (como la de todos los derechos colectivos) pueda ser tutelada no sólo por el representante del grupo puesto que ello podría ser muy completo, sino que debe otorgársele legitimación extraordinaria a otros sujetos con la finalidad de que se asegure la defensa adecuada de los derechos del pueblo indígena.

En este punto, la regulación contenida en el artículo 82 del CPC y en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica resulta de especial relevancia, puesto que consideramos pertinente que sea el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y cualquier asociación sin fines de lucro que se dedique a la tutela de este tipo de derechos los legitimados para interponer una demanda en defensa del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Este tipo de legitimidad amplia permite que se aseguren un ciertos nivel o estándar en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente en la defensa del derecho a la consulta previa. El Juez deberá valorar, igualmente, las capacidades de los demandantes para la tutela de la colectividad; puesto que la decisión que se adopte será vinculante para todo el grupo.

Consideramos importante que el representante o representantes de los pueblos indígenas deben participar como litisconsortes necesarios en cualquier proceso de naturaleza colectiva

que afecte sus derechos. Esto, porque al tratarse de pueblos indígenas el Juez puede no conocer o entender a cabalidad la concepción del mundo o cosmovisión de dichos pueblos o cuáles son sus preocupaciones y necesidades que no siempre estarán alineadas con las del “mundo occidental” al que pertenece el Juez.

Así, no será posible seguir con el proceso sin la participación de los representantes de los pueblos indígenas, esto por el derecho discutido (consulta previa) y por la calidad de los titulares del derecho (los pueblos indígenas). Sólo en este supuesto, consideramos que el titular del derecho colectivo debe participar como litisconsorte necesario en el proceso iniciado por un legitimado extraordinario.

Ahora bien, el problema de la legitimidad para obrar activa nos da ciertas luces respecto de la posibilidad de una legitimidad para obrar pasiva de los pueblos indígenas. Sin la intención de profundizar en este tema, sí considero que la legitimidad pasiva reside en todos aquellos que son plausibles de tener la legitimidad activa. Sin embargo, en este punto considero necesario que sea la Defensoría la Pueblo y/o el Ministerio Público llamado como litisconsorte necesario para asegurar la defensa del pueblo indígena y para sobrellevar la dificultad práctica de la identificación del representante del pueblo indígena en un supuesto en el que no hay interés por parte de este de apersonarse al proceso.

## CONCLUSIONES

Como se ha podido observar los procesos colectivos plantean una serie de dificultades frente a las categorías e instituciones procesales tradicionales. Entre las dificultades más resaltantes está la cuestión de la legitimidad para plantear pretensiones dentro del proceso. La doctrina resuelve dicha dificultad con el establecimiento de supuestos de legitimidad para obrar extraordinaria amplios, permitiendo a sujetos distintos del titular del derecho formular pretensiones. Asimismo, establece que la colectividad (titular del derecho) puede actuar y formular pretensiones a través de su representante.

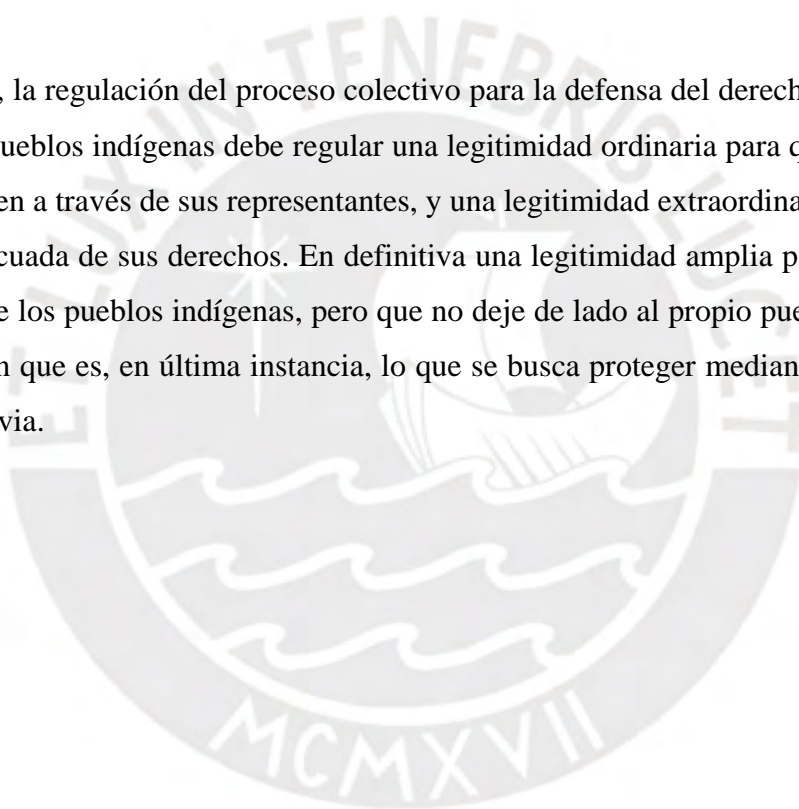
Estas cuestiones deben ser precisadas cuando el derecho material que se busca tutelar mediante el proceso colectivo es el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. En primer lugar, porque se trata de un derecho colectivo debiéndose tener en cuenta ello para la delimitación de los supuestos de legitimidad para obrar. En segundo lugar, porque se debe recurrir a las formas ancestrales y auto regulaciones internas de los pueblos indígenas para la selección de sus representantes. Sin embargo, el análisis no debe terminar allí debiéndose valorar si dichos representantes son los adecuados para la defensa de los derechos de la colectividad tomando en cuenta su paridad o no con la contraparte, supuestos de capacidad técnica, económica, reconocimiento, experiencia, etc. De esta manera la valoración de una representación adecuada resulta ser una garantía de la adecuada tutela del derecho colectivo.

En este punto resulta necesario que se otorgue legitimidad a instituciones que pudieran tener la capacidad de representar adecuadamente al colectivo: la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y las asociaciones sin fines de lucro que se dediquen a la defensa de este tipo de derechos. En cualquier supuesto de derechos colectivos la sola presencia de estas instituciones sería suficiente para un pronunciamiento del Juez respecto del fondo de la controversia. Sin embargo, considero que en el caso del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas deben participar como litisconsortes necesarios los representantes de los pueblos indígenas. Esto con la finalidad de asegurar su participación en el proceso, asegurar

su visión del mundo en el proceso, asegurar su derecho a su autodeterminación y asegurar en última instancia su derecho a ser escuchados cuando se tomen decisiones que los pudieran afectar. Se trataría de un absurdo que se defiendan el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sin que estos participen del proceso.

El rol del Juez resulta especialmente relevante en este tipo de procesos, puesto que debe tener un rol más activo que el acostumbrado con la finalidad de asegurar la correcta tutela de los derechos del colectivo; debiendo valorar sus decisiones a lo largo del proceso con dicho fin.

En ese sentido, la regulación del proceso colectivo para la defensa del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas debe regular una legitimidad ordinaria para que los pueblos indígenas actúen a través de sus representantes, y una legitimidad extraordinaria para que se asegure la adecuada de sus derechos. En definitiva una legitimidad amplia para la tutela de los derechos de los pueblos indígenas, pero que no deje de lado al propio pueblo indígena a su cosmovisión que es, en última instancia, lo que se busca proteger mediante el derecho a la consulta previa.



## BIBLIOGRAFÍA

GIANNINI, Leandro

2007 *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. La Plata: Librería Editora Platense.

GIDI, Antonio

2012 “The recognition of U.S. class action judgement abroad: the case of Latin America”. En: *Brooklyn Journal of international Law*. Año 37, Número 3.

GUAYACÁN, Juan Carlos

2005 “La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”. En: *Revista de Derecho Privado*. Bogotá, Número 9, pp. 35-56.

GLAVE, Carlos

2011 “Modelos incompletos de proceso colectivos en el Perú”. En: *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Número 38, agosto.

GLAVE, Carlos

2013 “La ausencia de un modelo de tutela de derecho colectivos y el dilema de la cosa juzgada”. En: *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra, pp. 499-518.

GLAVE, Carlos

2017 “Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido procesal colectivo en el Perú”. En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*. Número 78, pp. 43-68.

GLAVE, Carlos

2011 “El proceso de amparo para la tutela del medio ambiente”. En: *Libro de ponencias del I Congreso Internacional de Derecho Procesal denominado “Nuevos paradigmas en el Proceso Civil, Penal, Constitucional y Laboral.”*. Octubre 2011.

MINISTERIO DE CULTURA

2016 *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios*. Lima: Biblioteca Nacional.

MONROY GÁLVEZ, Juan.

1992 “Conceptos elementales del proceso civil” En: *Advocatus*. Número 4, Lima, pp. 53-59.

PEYRANO, Jorge

1996 “Legitimaciones atípicas”. En: MORELLO, Augusto (Coord.). *La Legitimación (Libro Homenaje al profesor Lino Enrique Palacio)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 83-90.

PEREIRA, Santiago

2017 “Los procesos de pequeñas causas: consideraciones para su diseño”. En *Derecho Material y proceso. El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material. Ponencias del Séptimo Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra, pp. 441-458.

PRIORI, Giovanni.



“La legitimidad para obrar. Comentario al artículo VI del Título Preliminar del Código Civil”, En: *El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Editora Gaceta Jurídica, pp.68.

QUIROGA, Aníbal

2013 “Legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos en el Perú”. En: *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra, pp. 435-476.

RAMIREZ, Nelson

2017 “Las vicisitudes de los procesos colectivos en la hora actual”. En *Derecho Material y proceso. El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material. Ponencias del Séptimo Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra, pp. 337-346.

REGGIARDO, Mario

2013 “Los problemas de la class action y su aplicación en el Perú”. En: *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra, pp. 477-498.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos

2012 “Aproximación al contenido esencial del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas”. En: *Instituto de Defensa Legal (IDL)*.

Link:

[http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc22112012-131644.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc22112012-131644.pdf) Consulta: 10 de Julio de 2017.

SALGADO, José María

- 2017 “El proceso colectivo, la pretensión representativa y sus falsos sustitutos. Un intento por desmitificar una herramienta indispensable”. En *Derecho Material y proceso. El modo cómo el proceso se adecúa a la tutela del derecho material. Ponencias del Séptimo Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra, pp. 347-364.

