

ISSN 2070-836X

# APORTE SANTIAGUINO

Revista de Investigación

Volumen 4 n.º 2, julio – diciembre 2011

*Ciencia,  
cultura,  
tecnología  
e innovación*



Huaraz, Perú

**latindex**  
Sistema Regional de Información en Línea  
para Revistas Científicas de América  
Latina, el Caribe, España y Portugal

---

---

**ARTÍCULOS ORIGINALES**

- Modelo probabilístico y regional de las descargas máximas instantáneas del río Santa en la región Ancash. [Probabilistic model and regional the instantaneous maximum discharge the river Santa in the Ancash region]..... 135  
*Abelardo Díaz Salas.*
- Sistema de visión artificial para la detección de somnolencia de conductores, basado en el comportamiento ocular. [Artificial vision system for the detection of drivers' drowsiness, based on the ocular behavior]..... 145  
*Jesús E. Espinola Gonzales, Maximiliano E. Asís López, Vladimir G. Rodríguez Sabino.*
- La efectividad del Control Interno en la Gestión de los Gobiernos Locales en el Callejón de Huaylas. Periodo 2006- 2007. [The effectiveness of Internal Control in the management of local government in the Callejón de Huaylas. Period 2006 - 2007]..... 152  
*Loel Salutor Bedón Pajuelo, Juan Alejandro Murga Ortiz, Manuel Morales Alberto.*
- Constitucionalización de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú. [Constitutionalization of the Rights of the Indigenous Peoples in the Peru]..... 159  
*Luis Robles Trejo.*
- Tutoría Virtual y Desempeño Académico en los Estudiantes de la Escuela Profesional de Educación de la FCSEC-UNASAM. [Virtual Tutoring and Academic Performance of the Students in the Educational Professional School at the FCSEC-UNASAM]..... 169  
*Rudecindo Penadillo L., Moisés Huerta R., Alberto Huamani G., Alfredo Zanabria P.*
- Patologías Obstétricas durante el embarazo, parto y puerperio de las Adolescentes atendidas en el Hospital Víctor Ramos Guardia, Huaraz, 2009. [Obstetric Pathology during pregnancy, labor and postpartum in Adolescents treated in the Hospital Victor Ramos Guardia, Huaraz, 2009]. ..... 177  
*Marcelo Arotoma O., Magna Guzmán A., Teresa Valencia V., Olga Cayra S.*
- Evaluación del rendimiento y la acción conservante en carne de cerdo del aceite esencial de orégano (*Origanum vulgare L.*) cultivado en seis zonas altoandinas de Amazonas. [Performance Assessment and preservative action in pork and Oregano essential oil (*Origanum vulgare L.*) grown in six high Andes of Amazonas] ..... 185  
*M. Ventura; C.E. Millones; E.A. Auquiñivin; E.R. Vásquez y A.R. Tafur.*
- Caracterización de una colección de *Theobroma cacao L.* en Tingo María usando marcadores moleculares ISSR. [Characterization of a *Theobroma cacao L.* collection at Tingo Maria using ISSR molecular markers]. ..... 195  
*Julio Chia W., Luis Garcia C., Mery Suni N. and Bertus Eskes.*

Del aprendizaje colaborativo al aprendizaje por inmersión. [Of collaborative learning to immersive learning].....	203
<i>Kenneth Delgado S.G.</i>	
El cambio climático, la glaciología y los riesgos en la Cordillera Blanca Ancash – Perú. [Climate change, glaciology and risks in the cordillera Blanca Ancash - Perú]. .....	208
<i>César A. Portocarrero R.</i>	

# Constitucionalización de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú

## Constitutionalisation of the Rights of the Indigenous Peoples in Peru

<sup>1</sup>Luis Robles Trejo\*

### RESUMEN

La presente investigación examina el problema de los pueblos indígenas o minorías étnicas, en el marco del paradigma jurídico-constitucional Plurinacional-Multicultural, el mismo que ha permitido explicar el problema sobre la constitucionalización de los derechos indígenas. El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas es un proceso que enfrenta dos visiones del Perú contemporáneo: la que considera que somos un país mestizo, es decir, monocultural; y la que considera que somos una sociedad pluricultural. La primera está basada en un proyecto de nación que niega implícitamente la diversidad cultural, y la segunda se funda en la constatación histórica de la heterogeneidad étnico-cultural. El paradigma empleado en la investigación se funda en la segunda visión sobre nuestro tipo de sociedad. Se propone que el Estado no solo reconozca, sino que también garantice el *Derecho a existir de los pueblos indígenas peruanos, como pueblos jurídicamente considerados, es decir como sujetos de derechos y no solo como sujetos de política*. Los pueblos indígenas en el Perú, no son las comunidades campesinas o nativas creadas por la legislación nacional sino, las agrupaciones de todos aquellos que por descender de poblaciones originarias que habitaron nuestro territorio en la época de la conquista, la colonización y el establecimiento de las fronteras de la república, cualquiera sea su situación jurídica actual, conservan toda o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, por ser los derechos de los pueblos indígenas, derechos históricos; es decir, imprescriptibles, no se extinguen por el paso del tiempo ni la subordinación política a la que puedan estar sometidos. Debido a que los pueblos indígenas peruanos han vivido bajo el dominio de otros pueblos y fueron éstos los que decidieron cuáles debían ser sus derechos.

**Palabras clave:** Reconocimiento constitucional, Pueblos Indígenas, Derechos, Heterogeneidad.

### ABSTRACT

The present investigation examines the problem of the indigenous peoples or ethnic minorities, in the frame of the juridical - constitutional Plurinacional-multicultural paradigm, the same one that has allowed to explain the problem on the constitutionalization of the indigenous rights. The constitutional recognition of the rights of the indigenous peoples is a process that faces two visions of contemporary Peru: the one that thinks that we are a half-caste country, that is to say, monoculturally; and the one that thinks that we are a multicultural company. The first one is based on a project of nation that denies implicitly the cultural diversity, and the second one is founded on the historical verification of the ethnic - cultural heterogeneity. The paradigm used in the investigation is founded on the second vision on our type of company. He proposes that the State not only should recognize, but also it should guarantee the Law to exist of the indigenous Peruvian peoples, as peoples juridically considered, that is to say as subjects of rights and not only as subjects of politics. The indigenous peoples in Peru, are not the rural or native communities created by the national legislation but, the groups of all those that for descending from original populations who lived our territory in the epoch of the conquest, the settling and the establishment of the fronteras of the republic, anyone is his

<sup>1</sup> Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.

\* Abogado

juridical current situation, there preserve everything or part of his own social, economic, cultural and political institutions, for being the rights of the indigenous peoples, historical rights; It is to say, imprescriptibles, they become extinct neither for the passage of time nor the political subordination to which they could be submitted. Due to the fact that the indigenous Peruvian peoples have lived under the domain of other peoples and they were these those who decided which had to be his rights.

**Keywords:** Constitutional Recognition, Indigenous, Right Peoples, Heterogeneity.

## INTRODUCCIÓN

El debate sobre el papel que deben tener y la protección que se les debe garantizar a las poblaciones indígenas o minorías etno-culturales es muy intenso en los últimos años. En América Latina y en especial en los países andinos, ese debate se ha centrado, casi de forma exclusiva, en el tema de los derechos indígenas, y particularmente en las modalidades de su regulación jurídico-constitucional. Por otro lado, el reconocimiento de derechos constitucionales se da en un contexto adverso a los pueblos indígenas. La expansión del neoliberalismo en todas sus dimensiones (cultural, política, económica), y una mayor presencia de corporaciones transnacionales extractivas en territorios indígenas limitan los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas. Así mismo, la política desarrollada por el Estado-Nación en materia indígena, se caracteriza por la omisión de un reconocimiento expreso de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución y un accionar estatal que se halla en evidente contradicción con lo establecido por los instrumentos internacionales de protección de los derechos indígenas, como es el caso del Convenio 169 de la OIT.

El proceso de constitucionalización de los derechos de los pueblos indígenas, responde a un contexto histórico y exigencias político-sociales determinadas. Es así que a partir de la segunda mitad de los 90, parte de las energías constitucionales de la región se centraron en las formas de reconocimiento de los derechos indígenas, o de la diversidad étnica en general, dentro de las Cartas Fundamentales. No es que antes de los años 90 no existieran regulaciones constitucionales de los derechos indígenas, sino que en términos generales se puede decir que se trataba de declaraciones bastante abstractas, casi todas realizadas de forma pomposa pero carente de elementos suficientes para articular posiciones jurídicas concretas. Por lo que, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se encuentra en el centro de la conformación de un nuevo tipo de sociedad, de un Estado y un Derecho pluricultural.

En la presente investigación se plantean algunas de las dificultades que desde el punto de vista de la teoría jurídica, y de manera especial desde la teoría constitucional ha tenido el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas. Además, se plantearon elementos para repensar la concepción del igualitarismo jurídico monocultural, base de la noción de Estado de Derecho predominante que excluye los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Así mismo, se analizó las características del igualitarismo jurídico pluricultural, así como los principios constitucionales y los derechos de los pueblos indígenas, fundamentos del Estado Pluricultural de Derecho.

## MATERIALES Y MÉTODOS

La investigación fue de tipo **Jurídica Dogmática-Teórica** y por su Nivel fue de carácter **Explicativo-Propositivo**. Se aplicó el diseño **No Experimental**, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no contó con grupo de control; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

Los métodos utilizados fueron: **Comparativo**, para explicar el proceso de constitucionalización de derechos indígenas en otros ordenamientos jurídicos; así mismo, para determinar cómo los países andinos vienen enfrentando este problema. **Histórico**, para descubrir el desarrollo histórico y sus antecedentes, así mismo permitió analizar cómo nuestro constitucionalismo ha tratado el problema de las minorías étnicas y de las poblaciones indígenas. **Análisis-Síntesis**, para poder descomponer el problema en sus partes y determinar sus características; así como, a partir de dichos elementos entender el comportamiento como unidad. **Exegético**, para el análisis sistemático de la normatividad y para explicar cada parte del conjunto del texto normativo, tratando de definir cada concepto y enunciar el significado normativo de cada disposición. **Hermenéutico**, para

interpretar los textos dentro de un sistema de pensamiento para encontrar su verdadero significado, a partir de los principios y conceptos generales.

Las técnicas, utilizadas para la recolección de información fueron: **Análisis de Registro Documental**. Esta técnica estuvo en función del análisis doctrinario y teórico de las diversas obras, así como de la jurisprudencia emitida por los tribunales constitucionales. **Análisis Micro Comparativo de Sistemas Jurídicos Extranjeros**. Se eligió adecuadamente los sistemas jurídicos extranjeros que van a ser objeto de comparación, a fin de determinar las semejanzas, identidades y diferencias que pudieran existir entre el objeto de estudio y confrontación. **Búsqueda en Internet**. Con el manejo de las herramientas de Internet se tuvo acceso a los sistemas jurídicos extranjeros para obtener los datos necesarios para la discusión y validación.

## RESULTADOS

### Fundamentos doctrinarios para el reconocimiento constitucional de los Derechos de los Pueblos Indígenas

#### Fundamentos socio-jurídicos: Pluralidad cultural y jurídica

El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, tiene sus fundamentos, entre otros aspectos, en el sociológico y jurídico; en ese entendido, es conocido que: *"Los Estados Latinoamericanos, se constituyeron a imagen y semejanza de los modelos revolucionarios europeos de fines del siglo XVIII e inicios del XIX..."* (Guevara, 1999:13). La existencia misma de grupos poblacionales autóctonos, supone una contradicción a los paradigmas fundacionales de nuestros Estados, quienes, en el mejor de los casos, no supieron qué hacer con estos pueblos que estaban allí desde antes. Por su parte Bartolomé Clavero (2000:78), expresa que: *"El Estado-Nación contemporáneo en América Latina nace a imagen y semejanza de los modelos derivados de las revoluciones burguesas europeas. Así surgió también la cuestionable identificación conceptual entre el Estado y la Nación, aunque el primero es en realidad solo un especial tipo de aparato político y la segunda una comunidad social o cultural específica"*. En consecuencia, los países latinoamericanos que han reconocido su pluralismo cultural constitutivo, son Estados que albergan en

su seno una comunidad de naciones culturales específicas, titulares de derechos colectivos en tanto tales.

Así mismo, Willem Assies y otros (1999, 505-506), precisa que: *"...los Estados de América Latina se habían negado siempre a admitir la existencia de minorías étnicas dentro de sus territorios porque les parecía arriesgado y porque iba en contra del discurso del Estado-nación que pretendía la homogeneidad de la población "nacional". Recién a mediados de la década de los noventa, y en parte debido a la presión internacional pero también porque los indígenas habían alcanzado un nivel de movilización muy grande y habían sabido formular sus reivindicaciones de manera tal que resultaba prácticamente imposible no responder, los Estados Americanos comenzaron a replantearse el asunto de la diversidad."* Siendo el trasfondo sociológico y político de este problema, el tema de la identidad indígena y la especificidad de su cultura, durante mucho tiempo ignorado por el orden jurídico en que se fundaba el Estado, en ese entendido Clavero (2000: 75) expresa que: *"El Estado de Derecho concebido por los países de América Latina en el siglo XIX, se basó en concepciones napoleónicas de unidad del Estado e igualdad de todos los habitantes ante la Ley, conforme a los principios un sólo Estado, una sola Nación, un sólo pueblo, una sola forma de organizar las relaciones sociales, una sola Ley, una sola administración de Justicia."* Dentro de este entorno conceptual la igualdad de todos los ciudadanos, cualquiera fuera su origen, tenía carácter de axioma. Si bien no se negaba la existencia de realidades sociales diferentes entre los distintos grupos étnicos que cohabitaban en el seno del Estado, éstas no podían tener efecto jurídico alguno: todos somos iguales ante la Ley; nadie puede invocar la ignorancia de la Ley; *dura lex sed lex*. Pese a ello, tal como lo expresa Willen Assies (1999:524): *"El sistema de derecho prevaleciente en nuestros países tiene dificultades para adaptarse al reconocimiento de una realidad social que, hay que admitirlo, posee efectos destabilizadores sobre las ideas que nos han inculcado en nuestras universidades acerca de la forma como se crea y se aplica el derecho, de arriba hacia abajo a partir del Estado, conforme al esquema desarrollado por el positivismo jurídico. Demostrando hasta ahora que el Derecho no ha tenido respuestas suficientes para expresar la pluriculturalidad"*.

Al margen de ello, poco se ha reflexionado sobre el desfase existente entre la tan proclamada igualdad

jurídica de las Constituciones *napoleónicas* y la realidad cotidiana que nos muestra que existen muy notables desigualdades entre la sociedad europeizada y la indígena. Así, Magdalena Gómez (2000:181) expresa que: “...*si uno de los problemas que expresa la crisis del Derecho es un distanciamiento con la realidad social y su apego a la letra de la norma, en el caso indígena dicha crisis es doble ante la ausencia de normas o falta de regulaciones. La ficción jurídica de una sociedad homogénea no se puede sostener más. Ahora corresponde al Estado asumir una propuesta de reconstitución para dar cabida a nuevos sujetos de derecho, que han mantenido su legitimidad y han carecido de legalidad.*”

Desde ese punto de vista, el alemán Jürgen Habermas (1997:27), incursiona en la teoría jurídica crítica y propone que: “...*reconozcamos que no hay derecho sin validez, pero tampoco hay derecho solo con validez...*” Para él, la validez deberá ser la suma concomitante del principio de legalidad y el principio de legitimidad. Ahí donde concurren ambas nacerá la validez. Por lo tanto desecha la tesis clásica de validez formal Kelseniana. La valoración del ordenamiento jurídico como ordenamiento condicionado en su validez y, por tanto, en su existencia por el principio de efectividad es fundamental para comprender el significado real del derecho en general y del derecho constitucional en particular. En la base del planteamiento indígena está el criterio de precedencia histórica, es decir el señalamiento de que su origen se ubica con anterioridad a la creación misma del Estado. Por ello resulta muy sugerente el enfoque de Jürgen Habermas (1998: 98) que sustenta que: “... *no es el Derecho el que crea la legitimidad sino que es la legitimidad la que crea derecho...*”

### **Fundamento socio-político: Estados Multiculturales y Multiétnicos**

Una de las fuentes de la diversidad cultural es la coexistencia, dentro de un determinado Estado, de más de una nación, donde “Nación” significa tal como lo propone Will Kymlicka (1996:26): “...*una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura común...*”. Por ello, la noción de “Nación”, está estrechamente relacionada a la idea de “pueblo” o de “cultura”; de hecho ambos

conceptos resultan a menudo intercambiables. Así mismo, de acuerdo al mismo autor: “*Un país que contiene más de una nación no es, por tanto, un ESTADO-NACION, sino un ESTADO MULTINACIONAL, donde las culturas más pequeñas conforman las 'minorías nacionales'...*”. En consecuencia, el paso del Estado Monocultural al Estado Multicultural es el gran reto de los Estados Democráticos Constitucionales; por lo que, las Constituciones en sus articulados deben incluir: “El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación” y consecuentemente se debiera reconocer al Estado como una “República Pluricultural y Multiétnica”; para de esa manera cambiar formalmente nuestras naciones y ello se debe plasmar en articulados específicos, los cuales lograrán determinar qué es lo diverso, qué es lo que está reconociendo, quienes son esos ciudadanos portadores de estos bienes étnicos y culturales particulares.

### **Fundamento Constitucional: El Estado Pluricultural de Derecho**

Siendo el pueblo el titular de la soberanía del Estado (Blancas, 1999:203-217) el constitucionalismo latinoamericano no había mencionado o no había tomado en cuenta las características culturales de los pueblos, sino recién hasta finales de la década del 80 e inicios del 90, donde se reconoce que dichas características son diversas, tal como lo afirma Gonzales Galván (2002:270): “*Las Naciones... tienen una composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos originarios...*”. Las naciones latinoamericanas, el pueblo latinoamericano, la sociedad latinoamericana y la población existente en el territorio latinoamericano, con base en este reconocimiento, son culturalmente heterogéneas. Este reconocimiento jurídico no refleja sino lo que ha sido una constante sociológica: La existencia de culturas diferentes en nuestra historia. De esta manera los Estados Latinoamericanos, entendidos como una sociedad políticamente organizada, son pluriculturales. En consecuencia, el reconocimiento de la nación como pluricultural, significa que siendo el titular de la soberanía del Estado, este es culturalmente heterogéneo.

Con ello se consolidan las bases constitucionales para el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ampliándose el ámbito de protección del principio de igualdad jurídica no sólo a los que son en lo social y en lo económico

diferentes; sino también en lo cultural. Esta es la razón para hablar ahora de la construcción de un nuevo Estado, del Estado Pluricultural de Derecho.

### Fundamentos desde el Derecho Comparado

En este contexto destaca el esfuerzo por alcanzar un nuevo instrumento jurídico en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas que si bien con el carácter de una DECLARACIÓN (no vinculante para los estados miembros) se constituya en el gran paraguas doctrinario y jurídico para sustentar su respeto y aplicación. El 13 de septiembre del 2007 fue aprobada dicha declaración, la misma que contiene 46 artículos, aprobada en la 107ª Sesión Plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas. Así mismo, en 1989 se aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en Ginebra el 27 de Junio de 1989 y consta de 44 artículos. Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253 el 26-11-1993 y Ratificado el 02-12-1993.

Esta implicación en términos del proceso de juridicidad significa un avance porque en este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales, de esta naturaleza es el sujeto de derecho, el pueblo indígena se define en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la autoidentificación. Asimismo, establece que el concepto de tierras debe comprender al de territorio entendido como el hábitat.

En ese sentido, también el 26 de febrero de 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dio un paso importante al aprobar un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que había sido acordado desde el 18 de noviembre de 1989 y cuya discusión está en proceso.

Desde el ámbito constitucional, en América Latina se han realizado sucesivas Reformas Constitucionales: Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Bolivia (1994) y Ecuador (1998). Estos países iniciaron el reconocimiento a derechos originarios ligados a las tierras, como un paso necesario para garantizar la reproducción física y cultural en un concepto más amplio que el de tenencia de la tierra, estableciendo,

en el caso de Brasil, el acceso al uso y disfrute de recursos naturales tratándose de ríos y lagos, señalando que en el caso de recursos energéticos o minerales, su exploración o explotación en tierras indígenas requieren la aprobación del Congreso de la Unión el cual escuchará a los pueblos afectados.

Tanto Colombia como Bolivia y Ecuador incorporaron de manera directa los conceptos de pueblo indígena, territorio y formas especiales de jurisdicción, abriendo en el caso de Colombia el espacio para la representación política indígena en el Senado. En menor rango y profundidad se ubican las reformas de Costa Rica (1977), México (1992), Panamá (1972, revisada en 1983), Perú (1993), Argentina (1994) Guatemala (1998), y en el caso de Chile se emitió una ley sin reforma constitucional (1993). En ellas se tiende a enfatizar el reconocimiento a la naturaleza pluricultural de sus naciones y a ofrecer garantías para ejercer y fortalecer su identidad.

En dicha perspectiva no sólo se requiere avanzar en el proceso reglamentario de las normas constitucionales vigentes, sino también como plantea Cabedo Mallol (1998, 43-55): *"...transformar la política de los Estados, para que su política nacional, su política económica, excluya medidas que afecten a los pueblos indígenas; tal es el caso concreto de los acuerdos multilaterales que rompen las economías tradicionales al abrir los territorios indígenas a la inversión nacional e internacional justificadas por la adopción de modelos económicos 'neoliberales' o 'globalizantes'..."*

## DISCUSIÓN

### Sobre la constitucionalización de los derechos indígenas

Los estudios jurídicos sobre los derechos indígenas peruanos son bastante escasos; esto genera dos consecuencias inmediatas e importantes: por un lado, el analista no encuentra literatura suficiente para transitar sobre un camino que suele ser frecuentado por posiciones demagógicas y retóricas, muchas veces defendidas desde sectores del análisis social distintos al jurídico (fundamentalmente desde la antropología o desde la sociología); por otro lado, al no haber podido contar con el apoyo de ejercicios de control teórico, los políticos han operado los procesos de reforma constitucional para reconocer los derechos indígenas sin brújula y sin rumbo, dejándose llevar



más bien por las señales que les enviaban los sondeos de popularidad y asumiendo actitudes que les pudieran redituarse beneficios electorales en el corto plazo.

La ausencia de trabajos teóricos en la materia ha provocado también una falta de crítica con respecto a los productos finales constitucionalmente alcanzados; la crítica de los constitucionalistas en la mayoría de los casos no ha existido; en este contexto, y bajo tales coordenadas -nada halagüeñas, por cierto- se plantean algunos problemas que se han generado a partir del reconocimiento constitucional de los derechos indígenas. Como es obvio, la problemática indígena varía mucho de un país a otro; si bien los problemas que se mencionan a continuación se presentan prácticamente en todos los países, su intensidad es de hecho muy variable entre ellos, lo mismo que las respuestas que se han generado desde cada experiencia jurídica concreta.

### La identificación del sujeto

Una de las impugnaciones que de forma más recurrente se les ha hecho a las teorías estándar sobre el multiculturalismo, es la que se refiere a las dificultades de determinación de los sujetos y de los objetos de tal teoría: ¿qué es una cultura?, ¿qué son los derechos colectivos?, ¿cómo distinguir, dentro de las sociedades pluralistas del presente, los grupos relevantes para la asignación de estatus jurídicos diferenciados? (Carbonell, 2001).

Se trata de preguntas válidas, pero que a veces tenían más la intención de cerrar el debate que de refinarlo. En cualquier caso, una parte de las mismas preguntas es la primera de las dificultades a las que se tuvo que enfrentar el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas. La cuestión no es menor, sobre todo si se considera que en varios países de la región, una buena parte de la población no es ni indígena, ni no indígena, sino mestiza, es decir, está compuesta por personas que tienen una identidad y una forma de vida intermedias entre lo indígena y lo que, para sintetizar, se podría llamar lo occidental.

El tema del sujeto, que tiene evidentes connotaciones políticas y sociales, es relevante desde el punto de vista jurídico para determinar el ámbito personal de validez de las normas indígenas. Es decir, una vez que se ha creado en varios países un sub-sistema jurídico aplicable a los pueblos indígenas, debemos ser capaces de identificar con

claridad a los sujetos de dicho ordenamiento, de forma que, por ejemplo, los jueces sepan cabalmente a quiénes se les puede aplicar dicha normativa. Este es un problema que no se había presentado hasta hace relativamente pocos años, puesto que anteriormente el debate sobre el multiculturalismo y el reconocimiento de las diferencias dentro de los Estados nacionales se había desarrollado en un nivel más abstracto. (Kymlicka, 2001 y Taylor, 1993). No es sino a partir de la inclusión en los ordenamientos constitucionales de preceptos concretos, que permiten articular posiciones jurídicas igualmente concretas, que el tema del sujeto se vuelve importante.

Una influencia importante acerca de la identificación del sujeto (es decir, de la determinación de qué es lo indígena y de quiénes lo son) proviene del que prácticamente es el único instrumento jurídico internacional en la materia: el Convenio 169 de la OIT (Carbonell, 2002: 81 y ss), que en su artículo primero establece los criterios para la definición de los pueblos indígenas. Varios de los conceptos del precepto citado son recuperados por las legislaciones de América Latina; por ejemplo, por el artículo 2o. de la Constitución mexicana, luego de la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001; (Carbonell, 2002) en el segundo párrafo de este artículo se contiene una definición de "pueblos indígenas" que son aquellos -nos dice- "que descienden de poblaciones que habitaban el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas". En términos parecidos se expresa la ley número 6172 de Costa Rica, del 29 de noviembre de 1977.

Otro elemento a considerar es el que tiene que ver con la "conciencia de la pertenencia indígena", que además de encontrarse en el artículo 1 del Convenio 169, el uso del término "conciencia" por el ordenamiento jurídico no deja de ser complicado; al introducir elementos de carácter subjetivo -ya que la conciencia es un fenómeno que, en último caso, corresponde definir al sujeto- no aporta demasiadas pautas para seguir indagando sobre la determinación del ámbito personal de validez del derecho indígena. Para reducir la vaguedad e indeterminación del ámbito "personal" de validez de las normas aplicables a los indígenas, algunos autores apuntan que lo recomendable sería establecer algún o algunos medios de objetivación

que pueden tener un principio de 'presunción de verdad' tales como la constancia de autoridades de pueblos indígenas o municipales, acta de nacimiento con mención de pertenecer a un pueblo indígena, la declaración de testigos e, incluso, la protesta de decir verdad del interesado, por ejemplo. (Clavero, 2000)

### La tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas

Aparte de los aspectos mencionados, la determinación de los sujetos del derecho indígena se enfrenta a la tensión que afecta a varios extremos del debate entre la perspectiva individual y la colectiva o comunitaria. En otras palabras, hay ciertos elementos normativos que sugieren que el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas está hecho en algunos casos para los indígenas considerados individualmente y en otros para los pueblos o comunidades indígenas. Se trata del relevante problema del titular de los derechos. La cuestión, de nuevo, tiene gran relevancia práctica pues si los sujetos son de orden colectivo, será la comunidad misma la titular de los derechos reconocidos por la Constitución. (Lucas, 2002:155-160)

Las preguntas que conviene al menos apuntar en este contexto son las siguientes: ¿se protege también a los indígenas que no vivan dentro de sus comunidades? ¿Qué sucede con los indígenas que viven en las grandes ciudades? ¿Se les aplican o no las disposiciones del derecho indígena y las eventuales leyes que se pueden dictar en la materia? (Solano, 2002) ¿Puede haber una relevancia indígena individual o tiene que ser necesariamente - para que se pueda expresar en términos jurídicos-colectiva? ¿Y los indígenas que son migrantes y que se encuentren fuera de sus comunidades originales? ¿Qué sucede con ellos? ¿Pueden o no beneficiarse de las disposiciones aplicables a "los pueblos" y a las "comunidades indígenas"? ¿No sería mejor considerar no solamente a los pueblos y comunidades, sino en general a la población indígena o a los indígenas en lo individual, para lograr una cobertura más amplia y tendencialmente universal?.

En el ámbito internacional la cuestión tampoco está zanjada. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 da un reconocimiento jurídico a las minorías, pero prohíbe que se les nieguen algunos derechos

específicos a *las personas que integren esas minorías*, con lo cual no resuelve la tensión individuo-comunidad que se está comentando. El texto de ese artículo es el siguiente: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

Obviamente, existen casos en los cuales los ordenamientos constitucionales clarifican la cuestión, asignando expresamente los derechos de forma colectiva o de forma individual. Así sucede en el artículo 329 de la Constitución colombiana de 1991, en el mismo sentido se puede citar el artículo 124 de la Constitución venezolana de 1999, el artículo 84.9 de la Constitución de Ecuador de 1998. Otros supuestos de titularidad colectiva de un derecho, de entre los varios que se podrían citar, se encuentran en el artículo 67 de la Constitución de Guatemala de 1985 y en el artículo 123 de la Constitución de Panamá de 1972 (tenencia comunal o colectiva de la propiedad agraria); véase también, en términos similares, los artículos 20, fracción XI, de la Constitución brasileña, y 181 de la Constitución nicaragüense.

En suma, un primer obstáculo que han tenido que enfrentar los procesos de reforma constitucional para el reconocimiento del derecho indígena ha sido el relativo a la identificación del sujeto de ese derecho. Los resultados alcanzados por varios ordenamientos corroboran la afirmación que se hacía párrafos arriba en el sentido de que algunas de esas reformas se realizaron sin guía y sin rumbo, con resultados bastante dispares. Pese a todo, algunos textos constitucionales han elegido dar por supuesta la identificación del sujeto, no aportando ningún elemento para llevarla a cabo. Tal es el caso de la Constitución argentina, (artículo 75.17). Constitución de Bolivia, que en su artículo 171 (Casos parecidos se encuentran en la Constitución de Brasil de 1988 (artículos 231 y 232) y en la de Guatemala (artículo 66). Más ambiguo es el artículo 83 de la Constitución de Ecuador.

### La armonización entre el Derecho Nacional y el Derecho Indígena

Una de las principales reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas ha sido la de contar con un reconocimiento de su propio ordenamiento jurídico,

es decir, con un "derecho al propio derecho". En la mayoría de ordenamientos constitucionales de América Latina esa aspiración ha sido satisfecha, con mayor o menor amplitud. Las dificultades, sin embargo, han surgido al momento de lograr una cierta armonía entre el sub-sistema jurídico indígena y el ordenamiento nacional. Particularmente intensas han sido en algunos casos las tensiones que se han registrado entre el derecho indígena y los derechos fundamentales recogidos en las constituciones, y asignados, como es lógico, a todas las personas sujetas al ordenamiento estatal, sean o no indígenas. Las tensiones mencionadas se pueden dar en dos distintas dimensiones: una individual y otra organizativa o de naturaleza institucional.

### **El derecho indígena y los derechos fundamentales**

Varias constituciones de América Latina les han otorgado a los pueblos indígenas autonomía para aplicar su propio sistema jurídico, normalmente integrado por "usos y costumbres"; el límite para dicha aplicación ha sido el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por los mismos textos constitucionales. Y es aquí, como se ha dicho, donde se han presentado algunos problemas de armonización. La cuestión principal parece ser la de cómo se debe entender ese respeto a los derechos fundamentales. Si el respeto debe ser amplio y total, las posibilidades de actuación de los usos y costumbres serían bastante limitadas (ver la sentencia T-349 de 1996 de la Corte Constitucional Colombiana); si ese respeto puede "ceder" o "matizarse" en algunos casos, el sub-sistema jurídico indígena tendría un mayor campo de actuación.

### **La jurisdicción especial indígena**

La autonomía jurisdiccional para los pueblos indígenas está reconocida al menos en las constituciones de Colombia, Ecuador y México. El artículo 246 de la Constitución colombiana establece que: *"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional."*

Sobre este precepto la Corte Constitucional de Colombia (C-139 de 1996) ha sostenido lo siguiente: *"El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional."*

En sentido parecido a lo que se establece en Colombia, el artículo 191, párrafo cuarto, de la Constitución ecuatoriana dispone algo similar. El apartado A del artículo 2 de la Constitución Mexicana se ubica en la misma línea que los dos textos constitucionales que se acaba de mencionar. En los textos transcritos aparecen tres elementos constantes: el reconocimiento de la autonomía indígena para aplicar su propio sistema jurídico, la limitación a dicha aplicación consistente en los derechos fundamentales establecidos en la propia Constitución, y la remisión al legislador para establecer los mecanismos de "validación" o "compatibilización" de las decisiones de las autoridades indígenas por las autoridades judiciales no indígenas.

### **CONCLUSIONES**

1. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se encuentra en el centro de la conformación de una sociedad, de un Estado y un Derecho pluricultural. Los derechos de los pueblos indígenas a concebir y practicar su espiritualidad están en la raíz de sus concepciones y prácticas políticas, jurídicas, educativas, medicinales. Estos derechos, a su vez, conforman el espíritu de nuestro verdadero rostro: el rostro del pluralismo cultural.
2. El reconocimiento de derechos constitucionales se da en un contexto adverso a los pueblos

indígenas. La expansión del neoliberalismo en todas sus dimensiones y una mayor presencia de corporaciones transnacionales extractivas en territorios indígenas limitan los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas.

3. La política desarrollada por el Estado-Nación en materia indígena, se caracteriza por la omisión de un reconocimiento expreso de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución y un accionar estatal que se halla en evidente contradicción con lo establecido por el Convenio 169 de la OIT ha instalado un debate constitucional innecesario, de manera tal que los reconocimientos constitucionales e internacionales obtenidos retornan a una etapa de confusión institucional y obliga a los pueblos indígenas a repetir las mismas luchas reivindicativas.
4. Con las reglas establecidas por el paradigma constitucional mononacional-monocultural se han intentado, pues, reconocer algunos derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, se han dado ante los órganos legislativos establecidos (donde la presencia indígena es nada significativa) y siempre cuidando no extralimitarse. Con base en lo expuesto, dichas reformas constitucionales (federales y estatales) se han convertido, en su fondo, en letra muerta.
5. Sin la participación real de las naciones indígenas, sin un debate social que interiorice en la población la naturaleza y alcance de las reformas, sin mentalidades profesionales informadas y convencidas de los cambios, los derechos de los pueblos indígenas como se decía en la Colonia serán para “que se obedezcan, pero no se cumplan”, y ahora bajo la República, su actualización colonial, para “que se reforme, pero no se apliquen”.
6. La metodología para la construcción de este paradigma es dialógico, complejo, debe fundarse en el diálogo intercultural donde lo propio, lo complementario y lo diferente se estructuran en nuevas reglas. Reglas que deben estar basadas en dos principios: el derecho a la igualdad jurídica respetando las diferencias culturales y el derecho a la diferencia con base en la tolerancia.

## AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo” por su apoyo económico en la realización de esta investigación.

Al Dr. Demetrio López Santos, por su apoyo en el asesoramiento de la investigación.

A los Drs. Uriel Aramayo Cordero, José Antonio Nique De La Puente y Gavagnin Taffarel Oswald, revisores y jurados de la tesis.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aparicio, Marco. 2002. Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina, CEDECS, Barcelona.

Aragón, Manuel. 1998. “La Constitución como paradigma”, En Memorias del Simposio Internacional 'El significado actual de la Constitución', México, UNAM, IJ, 1998.

Assies, Willen y Otros. 1999. El Resto de la Diversidad; Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, En: América Latina, Zamora, México, Colegio de Michoacán.

Cabedo, Vicente. 1998. “Derecho Consuetudinario y Jurisdicción Indígena” En: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol, N° 25, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política, Universidad de Valencia, España.

Carbonell, Miguel (coord.) 2002. Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.) 2002. Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

Carbonell, Miguel; Cruz Parcerero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), 2001. Derechos sociales y derechos de las minorías, 2a. ed., UNAM-Porrúa, México.

Clavero, Bartolomé 2000. Ama Llundku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino para América, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- Díaz, Floriberto. 1998. Principios comunitarios y derechos indios. En: México Indígena N° 25, Diciembre, México.
- Ferrajoli, Luigi. 2007. Los fundamentos de los derechos fundamentales), Editorial Trotta, Madrid.
- Fraser, Nancy. 2000. "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era post-socialista", *New Left Review*, núm. 10, 2000, Madrid.
- Gómez, Magdalena. 1997. La Fuerza de la Costumbre Indígena frente al Imperio de la Ley Nacional, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José – Costa Rica.
- Gómez, Magdalena. 2000. "Derecho Indígena y Constitucionalidad" En: Castro, Milka (Editora): Actas del II Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio, Vol. I, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá, Arica.
- González, Jorge. 2002. Constitución y Derechos Indígenas, IJJ-UNAM, México.
- Habermas, Jürgen. 1998. Facticidad y Validez, Editorial Trotta, España.
- Jellinek, Georg. 1999. "La Naturaleza de la Soberanía" En: Blancas Bustamante, Carlos y Otros: Derecho Constitucional General, Tomo I, Fondo Editorial de la PUCP, Lima.
- Kymlicka, Will. 1996. Ciudadanía Multicultural, Editorial Paidós, Barcelona.
- Kymlicka, Will. 2001. Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism and citizenship, Oxford, Oxford University Press.
- Prieto, Luis. 1996. Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos, UCLM, Cuenca.
- Solano, Edgar. 16 de octubre de 2002. "La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana", XII Jornadas Lascasianas Internacionales, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.
- Stavenhagen, Rodolfo. 2000. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.
- Taylor, Charles. 1993. El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento, Editorial, Fondo de Cultura Económica, México.
- Torbisco, Neus. 2001. "El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas", En Carbonell Miguel.
- Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.) 1998. Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, IJJ-UNAM, México.

**Correspondencia:**

Luis W. Robles Trejo  
 llrobles@hotmail.com  
 943631567