

## **El Derecho Indígena y su Protección en las Normas Internacionales.**

### **Indigenous Law and its Protection in International Law.**



#### **Dr. MEDARDO NIZAMA VALLADOLID<sup>1</sup>**

Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ciudad Universitaria Av. Venezuela S/N Lima-Perú

e-mail: mnizamav@unmsm.edu.pe  
medardonizama@hotmail.com

Fecha de Recepción: 11/04/2014

Fecha de Aprobación: 03/06/2014

#### **SUMARIO:**

Resumen. Abstract. Palabras Claves. Key Words 1. Generalidades 1.1 Pueblos Indígenas y Tribales. 1.2 Las Minorías y los Pueblos Indígenas. 1.3 Organismos Internacionales: 1.3.1 Organización de las Naciones Unidas. 1.3.2 Organización Internacional del Trabajo. 2 Sobre el Derecho Indígena Peruano: 2.1 Antecedentes Históricos. 2.2 Normatividad Especial en el Perú. 3. Reconocimiento del Derecho Indígena en las Normas Internacionales. 3.1 Convenio N<sup>o</sup> 169 OIT 3.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas 3.3 Derecho Comparado 3.3.1 Derecho Indígena Brasileño 3.3.2 Derecho Indígena Chileno 3.3.3 Derecho Indígena Ecuatoriano 4. Normas y Principios Básicos de los Derechos Humanos 4.1 Igualdad 4.2 Autodeterminación 4.3 Derechos Individuales y Colectivos 5. Disposiciones Futuras para la Mejora en la regulación del Derecho Indígena Peruano e Internacional Conclusiones. Bibliografía.

#### **RESUMEN**

Es un documento de consulta sobre el derecho indígena y su protección en las normas internacionales. Se estudian los conceptos sobre los pueblos indígenas y tribales, así como las minorías, los organismos internacionales; tales como la ONU y OIT. Se examina el tema del derecho indígena peruano considerando sus antecedentes históricos y la normatividad especial en el Perú. Además se examina la

problemática del reconocimiento del derecho indígena en el Convenio N<sup>o</sup> 169 (OIT), Declaración de las Naciones Unidas y en el derecho comparado: Brasil, Chile y Ecuador. Asimismo, se exponen las normas y principios básicos de los Derechos Humanos, tales como la igualdad, la autodeterminación y los derechos individuales y colectivos. Por último, se examinan algunas disposiciones futuras para

1 NIZAMA VALLADOLID, Medardo. Bachiller, Abogado, Magíster y Doctor UNMSM. Título de Profesor UNT. Diploma de Egresado en Maestría de Educación, UNEGyV (La Cantuta). Docente Pre y Postgrado, UNMSM.



la mejora en la regulación del derecho indígena peruano e internacional.

## ABSTRACT

Is a surgery document about native law and his protection in the international laws. We are studying the concepts about native towns and tribes, as well as the minorities, the international agencies, like ONU and OIT. We examine the native Peruvian law considering their historic foregoing and the special normative in Peru. Also we examine the problematic of the native law recognition in the Agreement N 168 (OIT), Declaration of United Nations and in the comparative law: Brazil, Chile and Ecuador. Also we explain the normative and basics principles of the Human Law as equality also individual and group straight. At least we examine some future arrangement to the improvement in the regulation of the native Peruvian and international law.

## PALABRAS CLAVE

Pueblos indígenas. Pueblos tribales. Convenio N° 169. Minorías. Declaración de las Naciones Unidas.

## KEYWORDS

Native towns. Agreement N° 169. Minorities, Declaration of United Nations.

### 1. Generalidades

No encuentro mejor modo de comenzar este trabajo, haciendo una breve memoria que en el mundo hay actualmente alrededor de 7 mil millones de personas, de los cuales 968 millones corresponden al Continente Americano<sup>2</sup>.

José Aylwin<sup>3</sup> dijo acertadamente que la mayor

2 Los sociólogos afirman que el número de indígenas en el Perú es de 8,793,295, de los cuales el 97,8 % son andinos; 90,9% son quechas, 6,9 % aymaras y el 2,1 % amazónicos.

3 Ver su trabajo Pueblos Indígenas en el

parte de los Estados actuales son étnica y culturalmente diversos. Los aproximadamente 200 Estados independientes hoy existentes contienen en su interior a más de 600 grupos lingüísticos y aproximadamente 5000 grupos étnicos. Muchos de estos grupos étnicos, en el Perú, son identificados como pueblos indígenas. El concepto de Estado- nación que en el pasado fue sustentado por teóricos está hoy en crisis. Durante las últimas décadas los pueblos indígenas se han organizado para demandar derechos especiales no solo a nivel internacional, sino también a nivel de los Estados en que habitan. A pesar de la resistencia que han encontrado en los grupos sociales o étnicos que controlan dichos Estados, importantes pasos se han dado últimamente en esta dirección. Ello se ve reflejado en reformas constitucionales y legales que reconocen el carácter pluriétnico de los Estados, así como derechos de diversa naturaleza reivindicados por los indígenas<sup>4</sup>.

El mismo Aylwin –insiste– que estos procesos de reforma se verifican hoy en casi todos los continentes donde existe presencia de estos pueblos y América no es una excepción en este sentido, por cuanto, importantes derechos políticos y territoriales han sido reconocidos a estos pueblos en las últimas décadas.

Como sabemos el problema del indígena no solo compete a los países que poseen raíces amerindias sino que posee alcance mundial; sin embargo, aún vemos que existe una exclusión hacia los pueblos amerindios a nivel territorial, moral, cultural. Es esto, precisamente, lo que hace que hoy hablemos de una exclusión propiamente dicha a pesar de tener normatividad que regula y protege al indígena, debido a que los sistemas tienden a reforzar la exclusión, aun cuando se proponen buscar la inclusión.

Derecho Internacional y Comparado, página 7

4 Basta recordar que en el II Congreso Nacional de la Coordinadora Permanente de Pueblos Indígenas del Perú (COOPPIP) se comenzó a retomar la identidad de indígena como un derecho inalienable para usar un status jurídico internacional, que hoy se reconoce.



En teoría, los sistemas de función, como el derecho y la economía, incluyen a todos. Es obvio que esa inclusión trae asimetrías. Decir que todos están incluidos en el sistema económico no significa igual poder de compra o de mercado, o posiciones equivalentes para todos en las empresas. Pero para promover la comunicación económica, todos necesitan del dinero como medio. Decir que todos están incluidos en el derecho no es lo mismo que decir que todos disfruten de sus derechos o se comporten conforme a la ley. Empero para persistir en una expectativa normativa, todos necesitan indicar el fundamento de la validez legal de su pretensión. Al mismo tiempo en que todos están incluidos en el sistema jurídico, no todos tienen su presunto derecho reconocido en el tribunal: la sociedad incluye y excluye simultáneamente.<sup>5</sup>

La integración es la reducción del grado de libertad interna de los sistemas parciales. Está relacionada al ajuste de los sistemas. Esa limitación de libertad puede darse en condiciones de cooperación o de conflicto. Integración no significa unidad, cohesión, obediencia o coordinación. Es una relación dinámica entre sistemas. El conflicto puede ser generado por una integración muy fuerte de los sistemas de funciones. Para reaccionar a los conflictos, los sistemas promueven la integración.<sup>6</sup>

### 1.1. Pueblos Indígenas y Tribales

A través de las generaciones, los pueblos indígenas han desarrollado ricos conjuntos de conocimientos, acerca del mundo natural, salud, tecnologías y técnicas, ritos y rituales, y otras expresiones culturales. Desafortunadamente, sus conocimientos, prácticas y creatividad tradicionales siguen siendo explotados por otros sin su consentimiento y/o una participación equitativa en los beneficios. Con frecuencia objetos, símbolos o conocimientos sagrados son puestos en el dominio público

5 Fernandes Campilongo, Celso. Protestas Sociales, página 69

6 Fernandez Campilongo, Celso, Ibid página 72

y amenazados, usados o patentados para propósito comerciales. Más aún, el patrimonio inmaterial y las expresiones culturales de los pueblos indígenas son amenazados debido a que el papel importante de los pueblos indígenas en la producción, salvaguardia, mantenimiento y recreación del patrimonio inmaterial no es reconocido ni suficientemente considerado y valorado en las políticas para un futuro sostenible<sup>7</sup>. Debido a las razones expuestas y algunas inferidas, es que encontramos protección en la normatividad nacional e internacional, que revelaba una tendencia reivindicatoria<sup>8</sup>.

Para entender y comprender una noción sobre pueblos indígenas el Convenio de la OIT nos muestra –primero- a los pueblos tribales como aquellos en los que las condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial, y los pueblos considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera

7 Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, página 20.

8 Los indígenas peruanos se sumaban así a la tendencia internacional y a la reivindicación de sus derechos, al tiempo que se comenzaba a desmarcar claramente de la retórica oficial y a integrar el discurso étnico con el de los otros pueblos indígenas y amazónicos. Hasta ese momento solo la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) tenía presencia en el país desde la década de 1980, habiendo manifestado en reiteradas ocasiones su rechazo a la explotación de hidrocarburos en la Amazonía, solicitando con insistencia el cumplimiento por Perú del Convenio de la OIT, del que es signatario desde 1993, en lo referente a la Consulta Previa. Véase: [www.pueblosoriginariosenamerica.org/?q=libro/pueblosoriginarios-e](http://www.pueblosoriginariosenamerica.org/?q=libro/pueblosoriginarios-e)



que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Por otro lado, el estudio de Martínez Cobo<sup>9</sup>, sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, propone la siguiente “definición práctica”: Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica o las sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. El documento de trabajo del Grupo de Trabajo sobre poblaciones indígenas sobre el concepto de “pueblos indígenas” enuncia lo siguientes factores que han sido considerados pertinentes para la comprensión del concepto “indígena” por las organizaciones internacionales y los expertos jurídicos<sup>10</sup>:

- La prioridad en el tiempo por la que

9 Martínez Cobo fue un miembro ecuatoriano de la Subcomisión, nombrado relator especial para el estudio sobre las comunidades indígenas y tribales. Siendo su estudio uno de los documentos de importancia decisiva al menos sobre tres asuntos sobresalientes :

- La difusión de información desde la ONU, sobre la situación de los pueblos indígenas mediante este extenso y documentado estudio
- La creación, en el seno del Consejo Económico y Social, en 1982, del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, de la ONU; la creación del Grupo respondió a una propuesta formulada por la Subcomisión de prevención de Discriminaciones y Protección a las minorías, que contó con el apoyo de las organizaciones.
- El avance en la caracterización de los pueblos indígenas y en una serie de asuntos relacionados que más tarde serían examinados y , en buena medida, retomados por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

10 Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo; *ibid* páginas 8-9.

respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio.

- La perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones.
- La conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta.
- Una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.

### 1.2. Las Minorías y los Pueblos Indígenas

Cuando hacemos alusión al termino “minorías” debemos entender en un primer sentido que las minorías hacen referencia a aquellos grupos que no son representativos, por lo tanto vemos como los pueblos indígenas se sienten identificados como minorías, no necesariamente por la falta de normatividad hacia ellos, sino por la falta de claridad de su normatividad hacia y para ellos, pues bien los órganos internacionales como las Naciones Unidas mediante su declaración, la aprobada por consenso en 1992, hace referencia que en el artículo 1 de la misma se reconoce a las minorías, sobre la base de su identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística, y dispone que los Estados protejan su existencia. No hay ninguna definición internacionalmente acordada sobre qué grupos constituyen minorías. Muchas veces se subraya que la existencia de una minoría es una cuestión de hecho y que toda definición ha de incluir tanto factores objetivos (como la existencia de una etnia, de un lenguaje o de una religión compartida) como factores subjetivos (en particular, que las personas de que se trate han de identificarse a sí mismas como miembros de una minoría).<sup>11</sup>

11 Naciones Unidas. Derechos Humanos. Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación, página 3



El término “minoría”, como se utiliza en el sistema de las Naciones Unidas en relación con los derechos humanos, se refiere generalmente a las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, con arreglo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre las Minorías. Todos los Estados tienen en sus territorios nacionales uno o varios grupos minoritarios caracterizados por su propia identidad nacional, étnica, lingüística o religiosa, que difiere de la identidad de la población mayoritaria.<sup>12</sup>

¿Podríamos hablar de una relación entre minorías y pueblos indígenas? Según nos responde las Naciones Unidas considera que al igual que ocurre con las minorías, no existe ninguna definición internacional universalmente aceptada de los pueblos indígenas. Se pueden obtener algunas orientaciones a este respecto en, por ejemplo, la labor del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, las disposiciones del Convenio N° 169 OIT y la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los derechos de los pueblos indígenas. En diversas fuentes se citan las siguientes características, que pueden darse por separado o estar combinados: los pueblos indígenas son descendientes de los pueblos que habitaban en las tierras o en el territorio en cuestión antes de la colonización o el establecimiento de fronteras estatales. Asimismo, poseen sistemas sociales, económicos y políticos, idiomas, culturas y creencias distintos y están resueltos a mantener y desarrollar esa identidad distinta. Muestran un fuerte apego a sus tierras ancestrales y a los recursos naturales existentes en ellas; y/o pertenecen a los grupos no dominantes de la sociedad y se identifican a sí mismas como pueblos indígenas. Si bien los pueblos indígenas pueden reivindicar los derechos de las minorías con arreglo al derecho internacional, en las Naciones Unidas existen mandatos y mecanismos dedicados específicamente a proteger los derechos de esos pueblos. En la práctica, hay cierto número de vinculaciones

12 Naciones Unidas. Derechos Humanos. Derechos de las Minorías: Normas Internacionales y orientaciones para su aplicación, página 3(CORREGIR)

y de características comunes entre los pueblos indígena y las minorías nacionales, étnicas, lingüísticas y religiosas. Ambos grupos se encuentran generalmente en una posición no dominante en la sociedad en que viven, y sus culturas, idiomas o creencias religiosas pueden ser diferentes de los de la mayoría o de los del grupo dominante. Sin embargo, poseen una característica o fin común y es que tanto los pueblos indígenas como las minorías desean generalmente conservar y promover su identidad.<sup>13</sup>

### 1.3. Organismos Internacionales

Los Organismos Internacionales tienen como finalidad principal establecer un equilibrio mundial por medio de acuerdos, tratados y declaraciones en distintas materias, teniendo en cuenta la protección al hombre y sus relaciones económicas, sociales y jurídicas; siendo algunos de sus acuerdos con carácter vinculante en sus Estados miembros.

Creo que no está de más recordar algunos primeros Convenios y Acuerdos Internacionales sobre el problema indígena<sup>14</sup>, tales como la Primera Convención Internacional de Maestros, reunida en Buenos Aires (1918), que dispuso que los maestros de América Latina trabajen por la incorporación de los aborígenes a la cultura moderna y la formación de maestros indígenas. Del mismo modo, los Congresos de Economía Social reunidos en Río de Janeiro, de 1923 y en Buenos Aires, en 1924, que demandaban incorporar a los indígenas, cuanto antes, a las actividades nacionales. Así también, la VII Conferencia Panamericana reunida en Montevideo, en 1933, que acordó la protección de las razas indígenas y la civilización de las tribus que habitan la selva. Igualmente, el Congreso Científico Americano, reunido en México en 1935, declaró que el problema

13 Naciones Unidas Derechos Humanos. Derechos de las Minorías: Normas Internacionales y orientaciones para su aplicación, páginas 4-5

14 Ver el libro Derecho Indígena Peruano, de Atilio Sivorichi. Proyecto de Código Indígena, página 39



más apremiante del indio americano es el económico, la enseñanza debe proporcionarle, ante todo, la técnica del trabajo en el campo; entre otros certámenes... .

### 1.3.1. Organización de las Naciones Unidas (ONU):

Las Naciones Unidas son una organización internacional fundada en 1945, tras la Segunda Guerra Mundial por 51 países que se comprometieron a mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones de amistad y promover el progreso social, la mejora del nivel de vida y los derechos humanos. La labor de las Naciones Unidas llega a todos los rincones del mundo. Aunque es más conocida por el mantenimiento de la paz, la consolidación de la paz, la prevención de conflictos y la asistencia humanitaria, hay muchas otras maneras en que las Naciones Unidas y su sistema (organismos especializados, fondos y programas), afectan a nuestras vidas y hacer del mundo un lugar mejor.

### 1.3.2. Organización Internacional de Trabajo (OIT):

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde su creación, en 1919, ha mostrado una especial atención por la situación de los pueblos indígenas y tribales. Así, en 1957, se adoptó un primer instrumento internacional vinculante, el Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes. La Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, en junio de 1989, adoptó en forma tripartita –con participación de Gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores-, el Convenio N°.169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. En el proceso de revisión del Convenio (1987-1989) también fueron consultados y participaron un gran número de pueblos indígenas y tribales. La Conferencia observó que en muchas partes del mundo estos pueblos no gozaban de los derechos humanos

fundamentales, en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven, y que han sufrido a menudo una erosión en sus leyes, valores, costumbres y perspectivas. La labor de la OIT en el ámbito de los pueblos indígenas y tribales se divide principalmente en dos categorías: adopción y supervisión de normas, y asistencia técnica y capacitación a los pueblos indígenas y tribales y a los Estados, para la consecución del goce pleno de los derechos de tales pueblos.<sup>15</sup> He aquí lo que teníamos que estudiar en el tema de las generalidades.

## 2. Sobre el Derecho Indígena Peruano

### 2.1. Antecedentes históricos

Los indios fueron los verdaderos conquistadores del territorio del Perú; ellos lo convirtieron de hostil y agreste en área generosa para la vida humana. “No hay un solo trozo de tierra que no haya sido regado y fecundado con el sudor y la sangre del indio<sup>16-17</sup>”

Como se dijo en el párrafo anterior, desde hace miles de años los pueblos indígenas mediante sistemas de trabajo estandarizados por ellos mismos, cuidaban y trabajaban la tierra. En la época incaica los ayllus eran agrupaciones lideradas por los curacas en las que se realizaban trabajos grupales como la mita, minga, o minka; fueron estos trabajos colectivos, precisamente, los que permitieron la sostenibilidad del Imperio. En la época de la conquista los trabajos colectivos antes mencionados perduraron, sin embargo, su finalidad no era la misma debido a que la sostenibilidad que debían de alcanzar estaba orientada hacia la Corona española y una Lima propiamente virreinal, acompañados

15 Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas, tribales en Países Independientes, páginas 5-6.

16 Castro-Pozo, Hildebrando. Del Ayllu al Cooperativismo Socialista, página 6

17 El vocablo “ayllu”, en quechua significa “**genealogía, linaje, parentela, casta**”; y cuando se quiere expresar que un conjunto de hombres pertenecen o descienden de un mismo tronco se les denomina calificativamente “**ayllu pura**”, es decir: de un mismo linaje o parentela.



de maltratos, abusos hacia el indígena. En el mismo Virreinato, Gazzolo<sup>18</sup> --expone- que la Corona dictó una serie de disposiciones tales como: reales cédulas, ordenanzas, providencias para defender a los indígenas en la posesión y reparto de las tierras y de las aguas. Estas providencias de carácter legal que nos rigieron durante la etapa virreinal constituye el llamado “Derecho Indiano”. Al lado de estas recopilaciones tuvimos las ordenanzas de los virreyes, entre las cuales cabe mencionar las de Toledo<sup>19, 20</sup>.

Durante la República, tuvimos un ayllu que sobrevivió exitosamente a todas las adversidades de la Colonia y las atrocidades impuestas en la República mediante la religión católica, el sistema educativo y la promoción de la cultura europea.

Como bien se sabe en esta etapa se expiden distintas disposiciones en torno al indio y de su comunidad, que responden a los ideales de la

etapa republicana naciente; asimismo, expone que tales dispositivos comienzan con las que dio el protector José de San Martín. La mayoría de ellos tiene que ver con la organización de los indígenas, los impuestos que los indios debían pagar al Estado, el régimen de tierras, la abolición de la servidumbre y otros asuntos vinculados a los indios.<sup>21</sup>

Desde el siglo XX vemos una protección al indígena-aunque no completa- reflejados desde la Constitución de 1920, en su artículo 58 nos dice que “El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”. Si bien a la letra hace referencia a un reconocimiento del derecho indígena, no podemos decir que en la práctica fue acatada y respetada por los “interés personales” de la época. Ya en la Constitución de 1933 --coincidimos con Ugarte del Pino<sup>22</sup>- al considerar que para su tiempo era una constitución moderna, por cuanto, no solo protege al poblador indígena, sino también le da una calificación e importancia a su propiedad. Al respecto, el artículo 209 establece que la propiedad de las comunidades es imprescriptible, inenajenable e inembargable. Un artículo que resulta importante, dado que gracias a este dispositivo, protegemos el sustento y medio de vida del poblador indígena. Es más, el Código Civil de 1936 inserta como una novedad jurídica, que para poder hacer referencia a comunidades indígenas tiene que haber inscripción de las mismas<sup>23</sup> y a su vez la

21 Ver el trabajo: Posibles criterios para la propuesta de una ley de reforma o nueva legislación de comunidades y parcialidades campesinas y nativas, así como otros grupos étnicos originarios, página 7

22 Consúltese su obra Historia de las Constituciones del Perú, Editorial Andina S. A. Lima 1978, página 616

23 El artículo 71 señala que la inscripción de las comunidades en su registro especial es obligatoria: Ver dicho artículo en el Código Civil Sumillado, de Lucrecia Maisch von Humboldt, página 27.

18 Ver la obra Manual de Derecho Rural de Luis Alberto Gazzolo. Primera Parte. Facultad de Derecho de la UNMSM. Lima 1966.

19 . El virrey dictó las referidas Ordenanzas que crearon las parcialidades, las mismas que dieron origen a las Comunidades Indígenas, hoy Comunidades Campesinas. En el año 1573 Toledo promulgó las Ordenanzas del Perú para un buen gobierno las que se convirtieron en normas fundamentales de todo el Virreynato. Dispuso que el virrey fuese el centro de la administración, con un poder absoluto, tal y conforme como debía actuar un único representante del rey de España. Imbuido de tal autoridad, reguló la concesión de encomiendas, por lo que terminó con el histórico litigio entre encomenderos y rey, reivindicando para este último la potestad de escoger a quienes merecían ser encomenderos. Con dicha medida, se aseguró para toda la época virreinal la sumisión total de éstos. El Virrey Toledo sugirió en sus Ordenanzas que se debería cambiar las encomiendas que eran duramente criticadas por abuso con los indios; por las reducciones que al igual que todos los sistemas administrativos de aquella época, aseguraban la mano de obra prácticamente gratuita a favor de la Colonia. Las reducciones eran concentraciones de la población indígena en pueblo de indios para facilitar la evangelización, controlar su producción y permitir el control fiscal.

20 Ver el trabajo: Posibles criterios para la propuesta de una ley de reforma o nueva legislación de comunidades y parcialidades campesinas y nativas, así como otros grupos étnicos originarios, página 6



elección del dirigente de la comunidad debía de recaer en personas instruidas, siendo esta una medida parcializada, en razón de que las únicas personas que sabían leer o escribir no eran precisamente los campesinos sino los hacendados, gamonales.

Sin embargo, a mediados del siglo XX Velasco Alvarado propuso la reivindicación del indio mediante la Reforma Agraria (Decreto Ley N<sup>o</sup> 17716)<sup>24,25</sup> norma que su propósito era apaciguar el fervor de las discusiones y debates y la lucha permanente, librada por los campesinos, en medio de una crisis política que cuestionó el régimen feudal sobre la tierra; un régimen basado en el latifundio surgido en el Virreinato.<sup>26</sup>

Después de este intento de reivindicación, llega hacia nosotros la Constitución Política de 1979, estableciendo en su artículo 161 que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas. Asimismo, propicia la superación cultural de sus integrantes<sup>27</sup>; es decir, las comunidades no solo poseen reconocimiento

24 El título X e este Decreto Ley se ocupa expresamente sobre las comunidades campesinas. A partir de de dicho Decreto Ley —dice el artículo 115— las comunidades indígenas se denominarán comunidades campesinas.

25 Dicho Decreto Ley dado por Velasco Alvarado le dedica a las comunidades campesinas doce artículos, del 115 al 126. Mayor información se encontrará en la obra Legislación Peruana, de Román Robles Mendoza, página 88, publicado por el Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales. UNMSM, Lima, 2002.

26 Ver el trabajo: Posibles criterios para la propuesta de una ley de reforma o nueva legislación de comunidades y parcialidades campesinas y nativas, así como otros grupos étnicos originarios, página 9.

27 Ver el libro La Constitución Comentada 1979, de Alberto-Ruiz Eldregde, Primera edición. Editora Atlántida S. A. Lima, 1980, página 251.

de sí mismas, sino también un respaldo en su desarrollo económico interno y externo; así como la revalorización de sus costumbres. Ello es de vital importancia para las comunidades porque marcan las raíces de identidad y originalidad peruana. En cuanto al Código Civil vigente, el artículo 134 establece que dichas comunidades campesinas son de interés público, sin embargo, los hombres de derecho sabemos que son personas jurídicas de derecho privado, tal como lo señala también el artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas, Ley N<sup>o</sup> 24656<sup>28</sup>; concordantes con el artículo 89 de nuestra actual Constitución<sup>29</sup>, artículos 1 al 35 del Convenio 169 OIT. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales<sup>30</sup> de 1989.

La Constitución de 1993, debido al contexto de desarrollo posee una tendencia a la inversión y desarrollo agrario, en sus artículos 88 y 89 desarrolla un espacio de reconocimiento de las Comunidades, como lo consideraron las anteriores constituciones y en su artículo 70 y siguientes nos hacen referencia a la propiedad, sus características y la igualdad de inversiones; es decir, nuestra Constitución actual marcada por una tendencia neoliberal, concibe a las comunidades como instituciones que buscan la estabilidad de sus costumbres y de una cohesión orientada hacia su desarrollo comunal e individual. Creemos, pues, que las normas dictadas en torno a las comunidades se han expedido dentro del marco que aspira ser el de un constitucionalismo andino en el más amplio sentido de la palabra.

Por eso nos parece interesante una cita de Gazzolo, extinto profesor sanmarquino, la misma que hemos tomado de la interesante tesis

28 Berrío B; V. Nueva Legislación y Estatuto de Comunidades Campesinas (Ley N<sup>o</sup> 24656).

29 Ver la obra La Constitución de 1993 Análisis Comparado, de Enrique Bernal Ballesteros, con la colaboración de Alberto Otárola Peñaranda, página 414 y siguientes.

30 Véanse los Comentarios y Jurisprudencia. Concordancias. Antecedentes. Sumillas. Legislación Complementaria; del Código Civil, Tomo I, Séptima edición, página 239.



doctoral de Carlos León Zaa<sup>31</sup>. En la referida cita el autor señala que el constitucionalismo es el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario. Sin el constitucionalismo, como sistema de ordenamientos jurídicos, no puede existir la República, que es una estructura, y mucho menos la democracia, que es su contenido ético. Sin la garantía de constitucionalismo, jamás podrá asegurarse la existencia de la dignidad y de libertad humana como, asimismo, las posibilidades de una justicia progresiva.

## 2.2. Normatividad especial en el Perú

En el Decreto Legislativo N° 02 es el dispositivo que detuvo el proceso de Reforma Agraria; un instrumento privatista y terrateniente, con el que el belaudismo<sup>32</sup> logró el desmontaje de la obra de Velasco. Es más, este régimen alentó la parcelación individual de las propiedades de las cooperativas agrarias de la Costa. Sin embargo, no pudo reconstituir el viejo sistema de hacienda.<sup>33</sup> Asimismo, en el gobierno de Alan García se dicta la ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. Ambas normas no derogaron explícitamente la Ley de Reforma Agraria.

Es a partir de 1990 en que se comienza a desarmar la Reforma Agraria, bajo el gobierno de Alberto Fujimori en que se dicta el Decreto Legislativo N° 653 (1991), Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, que deroga en la práctica, la Ley de Reforma Agraria, dejando sin embargo a salvo las normas

procesales agrarias.

Es más, en 1995 se publica la Ley N° 26505 Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.(Ley de Tierras), reglamentada en 1997. Ley que ha sido considerada como la más privatista de todas las normas referidas a la propiedad agraria al establecer que por ningún motivo se podrán imponer limitaciones y restricciones a la propiedad de la tierra. Claro está que esta norma que colisiona<sup>34</sup> con el texto constitucional: artículos 70 y 88.

Otras normas especiales las tenemos en la Ley N° 27818, Ley para la Educación Bilingüe Intercultural; Decreto Supremo 15-2001-PCM mediante el cual se creó la Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas. Este dispositivo estableció además la formación de una Mesa de Diálogo y Cooperación, a fin de elaborar, con participación de las organizaciones indígenas e instituciones interesadas, propuestas de solución para los problemas que afectan a las comunidades nativas del país.<sup>35</sup> Tales son los temas examinados del derecho indígena peruano.

## 3. Reconocimiento del Derecho Indígena en las Normas Internacionales vigentes

### 3.1. Convenio N° 169 OIT

Con las ideas arriba expuestas en el punto 1. 3. 2; de este trabajo, sobre la Organización Internacional del Trabajo, podemos tener como siguiente paso, la definición e importancia del Convenio N°169. El Convenio representa un paso adicional en los esfuerzos de la OIT para garantizar el respeto de los derechos fundamentales tendientes a la igualdad de oportunidades y de trato para grupos que se encuentran en situación de desventaja y

31 León Zaa es abogado sanmarquino y Doctor en Derecho, graduado en la Universidad Complutense de Madrid, con la tesis intitulada El Estado de Excepción en el Constitucionalismo Andino: Especial consideración de Chile y Perú. Habiendo obtenido el calificativo de sobresaliente.

32 Segundo gobierno de Fernando Belaunde.

33 Robles Mendoza, Román. Legislación Peruana sobre Comunidades Campesinas, páginas 112 y 120.

34 El art. 5º de dicha ley atenta contra la normativa constitucional y contra el apotegma del derecho, que señala que solo se puede legislar por la naturaleza de las cosas y no por la diferencia de las personas.

35 Taish Maanchi, Julián. Política Regional de la Nación.



exigen garantías mínimas de sus derechos para lograr un tratamiento equitativo en las sociedades en que viven. El Convenio N° 169 representa, sin dudas, el instrumento jurídico internacional vinculante más completo que, en materia de protección a los pueblos indígenas y tribales, se haya adoptado hasta la fecha, y su adopción constituye un hito trascendental en la normativa internacional pertinente. Este Convenio, junto a otros convenios de la OIT, en materia de protección de los derechos fundamentales en el trabajo de los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a estos pueblos, busca la consecución y garantía del trabajo decente, como uno de los paradigmas básicos para la erradicación de la pobreza y de un desarrollo sustentable. El Convenio N° 169 propone conceptos básicos relativos al respeto, el reconocimiento y a la participación de dichos pueblos, El respeto a la cultura, idiomas, religión, organización social y económica, y a la identidad propia constituye la premisa de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales. El Convenio reconoce la relación especial que tiene los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna u otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación. En la perspectiva de la OIT, el Convenio 169 forma parte de un proceso de desarrollo de una cada vez más amplia gama de derechos de los pueblos indígenas que se van defendiendo y protegiendo a nivel internacional.<sup>36</sup>

Entre otros importantes artículos de dicho Convenio transcribimos los siguientes para facilitar el entendimiento del mismo. Veamos:

• **Artículo 1:**

1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén

<sup>36</sup> Véase el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, páginas 7-10.

propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.
3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

• **Artículo 5**

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimentan dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.



- **Artículo 7**

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al 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. Además dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

- **Artículo 13**

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

- **Artículo 27**

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

- **Artículo 28**

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más

comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

- **Artículo 29**

1. Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunicación nacional.

### 3.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Y ante todo, la declaración es un documento detallado sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. La Declaración fue preparada y debatida oficialmente durante más de veinte años antes de ser aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El documento hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones y a buscar a su propio desarrollo, determinado libremente de conformidad con sus propias necesidades e intereses. Muchos de los derechos consagrados en la Declaración exigen nuevos enfoques con respecto a las cuestiones mundiales, como el desarrollo, la descentralización y la democracia multicultural. Para lograr el pleno respeto de la diversidad, los países deberán adoptar enfoques participativos de las cuestiones indígenas para los que hará falta celebrar consultas efectivas y establecer alianzas con los pueblos indígenas.<sup>37</sup> A falta de un conglomerado de leyes que nos haga referencia de normas de protección al indígena, las Naciones Unidas tomaron la decisión de redactar unas leyes que puedan brindar la protección y seguridad al mismo. Afirmando también que todos los pueblos

<sup>37</sup> Naciones Unidas. Los Pueblos Indígenas en sus propias voces, páginas 1-2.



contribuyen a la diversidad riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad. Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas, preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierra, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses. Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que deriva de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos. Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe. Estimando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas.<sup>38</sup> A continuación, los siguientes artículos nos ayudarán a entender mejor dicha Declaración. Veamos:

- **Artículo 1**

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades

38 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, páginas 1-4.

fundamentales reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas Internacionales de derechos humanos.

- **Artículo 2**

Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

- **Artículo 3**

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

- **Artículo 7**

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.
2. Los pueblos indígenas tiene el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

- **Artículo 9**

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

- **Artículo 31**

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprometidos los recursos humanos



y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas.

### 3.3. Derecho Comparado

#### 3.3.1. Los Derechos Indígenas y su protección en el Derecho Brasileño

En cuanto a Brasil tenemos que en su ordenamiento jurídico protege a los pueblos indígenas en la Constitución de 1988, siendo la primera carta constitucional en cuya redacción participaron los mismos grupos indobrasileños. Sus derechos actualmente vigentes están contenidos en esta Constitución, en el Código Civil, el Estatuto de las Sociedades Indígenas de 1995, varias leyes ordinarias votadas por el Parlamento (por ejemplo: el Código forestal, Ley No.4771 de 1965). Precisamente, en la década de los noventa se presentan en el Congreso propuestas de modificación de varios párrafos del artículo 231 de la Constitución, que pretenden dificultar o retardar la demarcación. Muchos Estados federales y municipios mantienen una posición contraria al enfoque indigenista de la Constitución. Otro punto de discordia es la actuación de los militares en zonas indígenas, formalizada por el decreto 4.412 de 7 de octubre de 2002 y los permisos de extracción de minerales. Mientras tanto, también le llegan a los diputados varias solicitudes de organizaciones indígenas de acelerar el proceso de demarcación; alguna de ellas, por ejemplo de los Yanomami prosperaron. En cuanto a educación, el Estado establece mediante el Decreto N° 26, dictado el 4 de febrero de 1991 establece un Programa de Diversidad en las Universidades, por el cual los indígenas obtienen facilidades para el acceso a la educación superior.<sup>39</sup>

#### 3.3.2. Los Derechos Indígenas y su protección en el Derecho Chileno<sup>40</sup>

39 Políticas Indigenistas en la Historia Republicana. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6283.pdf?view=1>, páginas 168 y 169.

40 LEY N° 19.253.

En lo referente a Chile, tenemos la Ley N° 19.253, denominada Ley Indígena que nos muestra en su articulado la protección brindada los pueblos indígenas tal por ejemplo, los siguientes artículos:

Artículo 1.- El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones, humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile: la Mapuche, Aimará Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yamana o Yagán de los canales australes, El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.

Artículo 7.- El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena.

Artículo 9.- Para los efectos de esta ley se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: Provengan de un mismo tronco familiar, reconozcan una jefatura tradicional, posean o hayan poseído tierras indígenas en común, provengan de un mismo poblado antiguo.

Artículo 60.- Son Mapuches Huilliches las comunidades indígenas ubicadas principalmente en la X Región y los indígenas provenientes de ellas.

Artículo 62.- Son aimaras los indígenas pertenecientes a las comunidades andinas ubicadas principalmente en la I Región, y



atacameños los indígenas pertenecientes a las comunidades existentes principalmente en los poblados al interior de la II Región y, en ambos casos, los indígenas provenientes de ellas.

### 3.3.3. Los Derechos Indígenas y su protección en el Derecho Ecuatoriano

En efecto, la carta fundamental de la República del Ecuador reconoce en su artículo 1º la multiculturalidad y la plurinacionalidad; con aquellos se pretende precautelar estas concepciones propias de grupos o colectivos que mantienen una cultura diferente a la hegemónica; considerando que la realidad de estos pueblos ha sido la marginación y discriminación de la cual históricamente han sido objeto, lo cual los ha colocado en una marco de vulnerabilidad evidente. Es así como el precitado artículo de la Constitución vigente al declarar el carácter del Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional, establece el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Este principio es desarrollado también en los artículos 3.3, 10, 57, 60, 171, 242, entre otros, Es más: el artículo 57.9 al establecer el derecho a conservar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, reconoce los territorios indígenas, así como las tierras comunitarias de posesión ancestral, en los cuales se desenvuelven los pueblos y nacionalidades indígenas. En un sentido de construcción democrática, el reconocimiento del Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional revela un gran avance en la constitucionalización material de los derechos de los pueblos marginados del Ecuador, su ejercicio revela un compromiso del Estado por superar atavismos históricos de exclusión y racismo. Asimismo, implica asumir un compromiso por comprender, conocer y respetar a las otras culturas cuyas tradiciones y costumbres han sido invisibilizadas. Empero, también comporta asumir una verdadera igualdad en la diversidad entre ecuatorianos y ecuatorianas, independientemente de su procedencia étnica; respetando y haciendo respetar sus creencias y tradiciones, así como

sus particularidades. Además, aquello implica una verdadera igualdad material y no solo una mera enunciación como tradicionalmente se ha venido entendiendo los derechos de los pueblos u nacionalidades indígenas.<sup>41</sup>

### 4. Normas y principios básicos de los Derechos Humanos

Observamos que los pueblos indígenas tienen derecho a la gama completa de derechos definidos bajo el derecho internacional. No deben estar sometidos a ninguna forma de discriminación, deben recibir igual trato, deben estar en capacidad de participar plenamente en la vida pública y tiene derechos a mantener sus identidades, lenguas y modos de vida distintivos. Estos derechos se estipulan en la Carta de la ONU y los tratados de derechos humanos posteriores. El derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación se expresa cada vez más por medio de disposiciones de autogobierno o autonomía. Tanto el Convenio N° 169 de la OIT como la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas reconocen el derecho de los pueblos indígenas a poseer y controlar sus tierras y, en diferente medida, su derecho a poseer, usar y gestionar los recursos naturales en dichas tierras. Según la Declaración, los estados deben crear mecanismos para garantizar estos derechos. Por lo demás, se entiende que para los pueblos indígenas el derecho al desarrollo implica su derecho a decidir el tipo de desarrollo que tiene lugar en sus tierras y territorios de acuerdo con sus propias prioridades y culturas.<sup>42</sup>

#### 4.1. Igualdad

Ahora bien: según las normas internacionales de derechos humanos, los pueblos indígenas, al igual que todos los seres humanos, tienen derecho a gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluidos tanto

41 Masapanta, Christian. El Derecho Indígena en el Contexto Constitucional Ecuatoriano: Entre la exigibilidad de Derecho y el Reconocimiento del Pluralismo Jurídico, páginas 5-8.

42 Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, página 11.



derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales, tales como los derechos a la salud y educación. Tienen derecho a igual trato y a beneficiarse, como cualquier ciudadano del estado en que viven del desarrollo económico y del progreso de otra índole. Estos derechos son aplicables por igual a los hombres y las mujeres, a los niños y a los adultos. Sin embargo, en la práctica los pueblos indígenas a menudo no han sido tratados de igual manera y enfrentan exclusión social. En ciertos casos, brindar las mismas oportunidades que son brindadas a otros pueden no ser lo suficiente para asegurar que la situación de los pueblos indígenas mejoren hasta el nivel de otros grupos.<sup>43</sup>

#### 4.2. Autodeterminación

Los pueblos indígenas tienen derecho a la autodeterminación. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas afirma en su tercer artículo que “Los pueblos indígenas tiene derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. El derecho de autodeterminación puede expresarse por medio de los siguientes aspectos<sup>44</sup>:

- Autonomía o autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como medios de financiar sus funciones autónomas. En otros casos, los pueblos indígenas buscan las condiciones para autogestión.
- Respeto por el principio de consentimiento libre, Este principio implica que exista una ausencia de coacción, intimidación o manipulación, que el consentimiento haya sido buscado con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de

actividades, que se muestre respeto por los requisitos de tiempo de los procesos indígenas de consulta/consenso y que se suministre información plena y comprensible con respecto al impacto probable.

- Participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en cada etapa de cualquier acción que pueda afectarles directa o indirectamente. La participación de los pueblos indígenas puede ser a través de sus autoridades tradicionales o de una organización representativa. .
- Esta participación también puede tomar la forma de co-gestión.
- Consulta con los pueblos indígenas involucrados antes de cualquier acción que pueda afectarles, directa o indirectamente. La consulta asegura que sus preocupaciones e interés sean compatibles con los objetivos de la actividad o acción prevista.
- Reconocimiento formal de las instituciones tradicionales, sistemas internos de justicia y resolución de conflictos y modos de organización sociopolítica
- Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas de definir y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.

#### 4.3. Derechos Individuales y colectivos

Pero no es esto todo. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento de sus historias, lenguas, identidades y culturas distintas pero también de sus derecho colectivo a las tierras, los territorios y los recursos naturales que tradicionalmente han ocupado y usado, así como el derecho a su conocimiento tradicional, poseído colectivamente. Al crear y cumplir derechos colectivos para los pueblos indígenas, la comunidad internacional ha afirmado que tales derechos no deben entrar en conflicto con las norma internacionales de derechos humanos existentes sino complementarlas. Es decir, la

43 Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo; *ibid*, página 12.

44 Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, página 14



implementación de los derechos humanos colectivos no debe afectar negativamente la implementación de los derechos individuales.<sup>45</sup>

### 5. Disposiciones futuras para la mejora en la regulación del Derecho Indígena Peruano e Internacional

Diré, por último, tres puntos acerca de estas disposiciones: Primero, que durante los últimos años nuestro derecho indígena ha venido profundizando en el reconocimiento de los derechos que corresponden a los pueblos indígenas en distintos foros internacionales.<sup>46</sup>

Segundo, existe la esperanza legítima que en futuras reuniones internacionales, no solo se ponga en agenda el tema de las poblaciones indígenas sino también se debata para seguir de esa manera aportando al derecho indígena, así como se espera la capacitación de personal especializado para que informe a los pueblos los alcances logrados, a su vez velar por el cumplimiento y respeto –en cada país miembro– los lineamientos internacionales para que no solo quede en pura escritura sino se llegue a la ejecución.

Y tercero, vemos que poco a poco la globalización y la integración, gradual y progresivamente, se están abriendo paso hacia una legislación completa, avalada en los presentes convenios nacionales de cada Estado y los convenios internacionales mencionados.

### CONCLUSIONES

1. La mayor parte de los Estados actuales son étnica y culturalmente diversos; por eso; durante las últimas décadas los pueblos indígenas se han organizado grupalmente para demandar sus derechos no solo a nivel internacional sino también a nivel de Estados en que habitan.
2. Asimismo, se ha detectado que los Estados conformados por grupos

45 Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, página 14.

46 AYLWIN José. Pueblos indígenas en el derecho internacional y comparado, página 5.

étnicos están en crisis debido a la falta de inclusión de estos grupos; motivo por el cual se han dado reformas constitucionales y legales que reconocen el carácter pluriétnico de los Estados.

3. Los pueblos tribales son aquellos en que las condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. En cambio, los pueblos indígenas son aquellos que descienden de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
4. Las minorías hacen referencia a aquellos grupos que no son representativos. Hay características comunes entre los pueblos indígenas, y las minorías nacionales, étnicas, lingüísticas y religiosas las cuales se encuentran en una posición no dominante, tienen un fin en común, que es el de desear, conservar y promover su identidad.
5. La Corona dictó una serie de disposiciones tales como: reales cédulas, ordenanzas y providencias para defender a los indígenas en la posesión y reparto de las tierras y de las aguas. Estas providencias de carácter legal que nos rigieron durante la etapa virreinal



- constituyen el llamado Derecho Indiano
6. Desde el XX vemos una protección al indígena reflejado desde la Constitución de 1920, en el cual la Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y el Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. Asimismo en la constitución de 1993 hace referencia a la propiedad de los pueblos indígenas, sus características y la igualdad de inversiones.
  7. El Convenio N 169 OIT, representa, sin dudas, el un instrumento jurídico internacional vinculante más completo que, en materia de protección a los pueblos indígenas y tribales, se haya adoptado hasta la fecha, y su adopción constituye un hito trascendental en la normativa internacional pertinente. Este Convenio, junto a otros convenios de la OIT en materia de protección de los derechos fundamentales en el trabajo de los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a estos pueblos, busca la consecución y garantía del trabajo decente, como uno de los paradigmas básicos para la erradicación de la pobreza y de un desarrollo sustentable.
  8. El Convenio N° 169 propone conceptos básicos relativos al reconocimiento y participación de dichos pueblos (pueblos indígenas y tribales), el respeto a la cultura, idioma, religión; organización social y económica, y a la identidad propia constituye la premisa de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales. El Convenio reconoce la relación especial que tiene los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación.
  9. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos indígenas deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.
  10. La Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos es un documento que hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones y a buscar su propio desarrollo determinado libremente, de conformidad con sus propias necesidades e intereses.
  11. Según las normas internacionales de derechos humanos, los pueblos indígenas, al igual que todos los seres humanos, tienen derecho a gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluidos tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales, tales como los derechos a salud y educación. Tienen derecho a igual trato y beneficio, como cualquier ciudadano del Estado en que viven.
  12. Los pueblos indígenas tienen derecho a la autodeterminación. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas afirma en su tercer artículo que los pueblos indígenas tienen derecho a la



libre determinación; por eso, en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

13. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento de sus historias, lenguas, identidades y culturas distintas, pero también de su derecho colectivo a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han ocupado y usado, así como el derecho a su conocimiento tradicional, poseído colectivamente. La implementación de los derechos humanos colectivos no debe afectar negativamente la implementación de los derechos individuales.
14. Se esperan como medidas futuras que en reuniones internacionales, no solo se ponga en agenda el tema de las poblaciones indígenas, sino también se debata para seguir de esa manera aportando al derecho indígena, así como se espera la capacitación de personal especializado para que informe a los pueblos los alcances logrados.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERRIO. Lima- Perú. 2013, 166 páginas
- CASTRO POZO, Hildebrando. Del Ayllu al Cooperativismo Socialista. Segunda edición. Editorial Juan Mejía Baca .Lima. 1969, 329 páginas.
- DURAND ABARCA, Washington. Perú, como los demás Estados Latinoamericanos, nunca fue Estado-Nación sino Multinacional (Integrado por cinco naciones: Mestiza, Quechua, Aymara, Amazónica y Afroperuana). Primera Edición. Talleres Gráficos del Centro de Producción Editorial e Imprenta de la U.N.M.S.M. Lima. Marzo 2005, 221 páginas
- ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas. Quinta edición. Editorial Rodhas. Perú. 2006, 1035 páginas.
- FERNANDES CAMPILONGO, Celso. Protestas Sociales, Perú 2012, 206 páginas.
- FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS DE LAS NACIONES UNIDAS. Preguntas frecuentes acerca de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- GAZZOLO, Luis Alberto. Manual de Derecho Rural. Primera parte. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1966, 197 páginas.
- GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAS. Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas.
- AYLWIN, José. Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y Comparado, 11 páginas.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Cuarta edición. Editora Rao Jurídica S. R. L. Lima-Perú. Julio de 1998; 919 páginas.
- BERRIOB. Legislación de Comunidades Campesinas. Primera edición. Editorial



- GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. El Código Civil. Sumillado. Talleres Gráficos de Editorial ITAL PERU S.A. Lima. 1977, 324 páginas.
- MASAPANTA, Christian. El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico, 26 páginas.
- NIZAMA VALLADOLID, Medardo. Posibles Criterios para la Propuesta de una Ley de Reforma o Nueva Legislación de Comunidades y Parcialidades Campesinas y Nativas, así como otros Grupos Étnicos Originarios. Trabajo inédito entregado al VRI. UNMSM en marzo del 2014; 30 páginas
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS. Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación. New York y Ginebra, 2010
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- ROBLES MENDOZA, Román. Legislación Peruana sobre Comunidades Campesinas. Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima- Perú. 2002, 217 páginas.
- ROBLES MENDOZA, Román. “Tradición y modernidad en las Comunidades Campesinas”. Revista: Investigaciones Sociales. Año VIII N° 12. UNMSM. Lima, 2004, páginas 25-52.
- RUIZ- ELDREDGE, Alberto. “La Constitución Comentada de 1979”. Primera edición. Editora Atlántida S. A. Lima, 1980, 359 páginas
- SIVIRICHI, Atilio. Derecho Indígena Peruano. Proyecto de Código Indígena. Ediciones Kuntur. Lima-Perú; 1946, 551 páginas. .
- TAISH MAANCHI, Julián. Política Regional de la Nación “Tajimataents”. Perú, 2014, 52 páginas.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Código Civil (Tomo I). Séptima edición. IDEMSA. Lima- Perú. 2011, 1118 páginas.
- UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. “Historia de las Constituciones del Perú”. Primera edición. Editorial Andina S. A. Lima. 1978, 641 páginas
- VARGAS HUANCA, Dani Eduardo. La soberanía alimentaria y la sostenibilidad ancestral en la definición de políticas de Estado en épocas de crisis global ambiental. Tesis para optar la Licenciatura en Ciencia Política. Facultad de Derecho y Ciencia Política. UNMSM. Lima, 2014, 207 páginas.