TARIPACHA

Estudios sobre Justicia y Derechos Indígenas en la zona Centro Sur Andina



Alvaro Espinoza Collao
Paulo Lanas Castillo
Alberto Díaz Araya
(Editores)

EDICIONES
UNIVERSIDAD DE TARAPACÁ
2017

TARIPACHA

Estudios sobre Justicia y Derechos Indígenas en la zona Centro Sur Andina.

Alvaro Espinoza Collao
Paulo Lanas Castillo
Alberto Díaz Araya
(Editores)

Ediciones
Universidad de Tarapacá

2017

Ediciones Universidad de Tarapacá ®
2017
Derechos Reservados

Imagen de portada: Niños del altiplano chileno, década de 1960. Archivo Histórico Vicente Dagnino, UTA.

TARIPACHA: En el año 1612, el jesuita Bertonio registró entre las comunidades aymaras este término, el cual fue traducido por los informantes andinos del siglo XVII como "Averiguar los delitos, preguntando, tomar información. Es acto propio de los que administras justicia". Ludovico Bertonio "Vocabulario de la Lengua Aymara", 1612, pp. 338.

Primera edición: 250 ejemplares

Diseño: Eduardo Araya Castro

INDICE

Presentación **7**
Alvaro Espinoza Collao

Prólogo **11**
Isidro Mamani Choque

Artículos
Algunos hitos de los Derechos Indígenas. **13**
Xavier Albo.

Justicia y sociedad indígena en Arica y Tarapacá durante el Siglo XIX. **31**
Alberto Díaz Araya

Los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas **65**
Milka Castro Lucic

Notas sobre Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Chileno del Siglo XXI. **87**
Alvaro Espinoza Collao

Los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Industria Extractiva **111**
Gonzalo Aguilar Carvallo.

Enfrentando la Barrera Lingüística para el Acceso a la Ciudadanía **145**
Wilfredo Ardito Vega

El ocaso de la Consulta Previa en el Sector Minero: del Reconocimiento al Desconocimiento de los Derechos Indígenas y campesinos en el Perú **175**
Armando Guevara Gil

El Reconocimiento de los Derechos a la Autonomía y la Propiedad del Territorio de los Pueblos indígenas: el Caso de la Comunidad Nativa de Tres Islas de Perú **203**
Rocio Trujillo Solis

Derechos Indígenas, Multiculturalismo Liberal y Descolonización **221**
Matias Meza-Lopehandia

Mecanismos para Garantizar la Vigencia de los Derechos Humanos en un Contexto Intercultural **237**
Wilfredo Ardito Vega

¿Deben ser consultadas las concesiones de exploración de energía geotérmica?: Susceptibilidad de Afectación y Territorio. **265**
Cristobal Carmona Caldera

PRESENTACIÓN

Este Libro recopila las presentaciones realizadas en las diversas versiones que se han desarrollado del Congreso Internacional de Derecho Indígena organizado por la Universidad de Tarapacá en Iquique, en conjunto con la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Durante el año 2014 se celebró la primera versión de este evento académico, posteriormente en los años 2015 y 2016, esta actividad se ha consagrado como uno de los encuentros de mayor relevancia dentro del área Centro Sur Andina.

En cada una de sus versiones el Congreso logró reunir a un número importante de académicos con larga trayectoria dentro de la temática de los derechos indígenas. El enfoque que guío cada una de las presentaciones que se desarrollaron, tuvo como común denominador el análisis de conflictos de relevancia jurídica que aquejan en la actualidad a las comunidades que habitan desde tiempos inmemoriales la región denominada centro-sur andino, espacio geográfico en que la Universidad de Tarapacá desarrolla su quehacer.

Este contexto común a tres países ha sido el motivo para convocar lo más selecto de las disciplinas presente en Bolivia, Perú y Chile. Este espacio geopolítico, trasciende desde la perspectiva histórica, al escenario actual forjado a partir de la formación de los procesos independentistas latinoamericanos. Esto enfocado en el desarrollo de las poblaciones que ahí habitan desde tiempos inmemoriales, genera un medio propicio para la investigación, debido a la existencia de un cuadro de similitudes y antagonismos, producido por los diferentes caminos que en el orden político social se han asumido hasta el presente.

El paradigma que tutela la presenta obra, se orienta en que el Derecho es una realidad dinámica producto de una comunidad concreta, esta construcción se encuentra vinculada a la totalidad del devenir social, de ahí que para su comprensión sean

convocadas todos los sectores de las ciencias sociales. En esta recopilación podremos observar distintas miradas desarrolladas desde el Derecho, la Antropología o la Etnohistoria. Todo ello desde una perspectiva centralizada en la diversidad cultural, el acceso a la justicia, la protección de los recursos naturales o el derecho a la identidad cultural y el pluralismo jurídico.

El resultado es la obra que el lector tiene en sus manos, esta contiene un desarrollo acabado de diferentes expresiones de conflictos de relevancia jurídica por los que atraviesan actualmente la población indígena que habita en estos países. El lector podrá encontrar información actualizada, transversal y multidisciplinaria de asuntos en que se manifiesta la invisibilidad jurídica en la que se sumerge la identidad cultural de nuestros pueblos. Pero de la misma manera, encontrará en ella los signos de esperanza de una conciencia general que comienza un proceso de apertura, estos cambios se materializan en un Derecho que asume una función emancipadora.

En términos generales esta convocatoria tiene como propósito contribuir a crear conocimiento nuevo en un escenario plural y democrático que tutela la sociedad del siglo XXI. Nuestra intención ha sido dialogar desde las perspectivas de los principales conflictos que se presentan en nuestra región, espacio conformado por un escenario ancestral de riqueza patrimonial inconmensurable. Con ello, se pretende dar alcance al compromiso que la Universidad de Tarapacá manifiesta con el medio en el que se encuentra inserta.

La experiencia aportada por los autores en esta obra, expresa una suerte de parábola de los problemas sociales, políticos y jurídicos que nos plantea la época. Al mismo tiempo, nos refleja una nueva transición, un diálogo entre la globalización moderna y el respeto por la historia, todo desde la periferia del mundo moderno. En ello encuentra su riqueza el compendio que se presenta, en su particularidad que nos permite comprender que el real valor de una construcción jurídica está en la comunidad y su historia, es en ella donde podemos encontrar las fuentes de su formación y el alcance de sus fines.

Esta obra titulada "TARIPACHA. Estudios sobre Justicia y Derechos Indígenas en la zona Centro sur Andina", pretende aportar al debate sobre una compleja realidad para las poblaciones originarias, como también transformarse en una herramienta orientadora tanto para las comunidades andinas como para las políticas públicas de los gobiernos en los países andinos. Asimismo, el texto va dirigido a nuestros estudiantes indígenas, ya que son ellos los llamados a mantener viva la riqueza que aporta la existencia de nuestra realidad multicultural.

Alvaro Espinoza Collao
Universidad de Tarapacá
Editor

PRÓLOGO

En el año 2014, la Subdirección Nacional Norte de CONADI, trazó una línea de trabajo respecto a generar conocimiento en torno al derecho de los Pueblos Indígenas, involucrando a la sociedad civil, organizaciones y personas indígenas, funcionarios públicos, académicos y funcionarios de nuestra Corporación.

En ese contexto, a través de nuestra Unidad de Tierras y Aguas apoyamos decididamente el primer Congreso Internacional de derecho Indígena en nuestra región, organizado por la Universidad de Tarapacá cpn sede en Iquique (UTA), con la convicción de que es necesario aportar a la concepción del derecho desde la cosmovisión de los pueblos indígenas y destacando las experiencias aplicadas en otros países como lo son Bolivia y Perú con quienes compartimos un origen común de pueblos andinos aymara y quechua.

El congreso realizado y que se transcribe en este libro que lleva por título **"TARIPACHA. Estudios sobre Justicia y Derechos Indígenas en la zona Centro Sur Andina"**, aborda de manera práctica los distintos enfoques del derecho indígena colectivo e individual, de tal manera de aportar al debate en una materia que ha sido largamente estudiada y desde miradas a veces tan contrapuestas, que dependiendo del enfoque se presenta como una discriminación positiva el derecho que tienen los pueblos indígenas en nuestro país desde hace algunas décadas, con la implementación de la Ley 19.253 o Ley Indígena que viene a reconocer a los indígenas derechos políticos y de participación, derecho a la tierra, derechos culturales y derecho al desarrollo; esta nueva condición entre el estado y los pueblos originarios, se profundiza y se establecen nuevos estándares al amparo del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que nuestro país ratificó en el año 2008 y que a la fecha se encuentra en diferentes estados de implementación y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;

ambos instrumentos fijan nuevos lineamientos y estándares al estado en la formulación, diseño y ejecución de políticas públicas, como asimismo en el marco de los derechos que tienen los pueblos bajo estos principios y preceptos.

Sin lugar a dudas en las comunidades indígenas, existieron y aún conservan prácticas de resolución de conflictos que merecen atención por parte de nuestra sociedad, como así mismo de las normativas que nos rigen como estado nación, en consideración de los preceptos establecidos en el Convenio 169 y la declaración de las naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la que da pie a que los estados como el nuestro debiesen propender a considerar las prácticas culturales y ancestrales que tienen los indígenas, como es la administración de justicia, de tierras, de aguas, de la actividad productiva o económica, la resolución de problemáticas internas en las comunidades, como así mismo prácticas más tradicionales y ancestrales como son las celebraciones de anata, ritos de Pawa, Machaq Mara, Wilancha, que en determinadas circunstancias son nuevas para el Estado o no están apegadas a la "ley" occidental.

Finalmente, esperamos que este libro sea un real aporte al camino trazado por el Estado de Chile en este trato con los pueblos indígenas del país y por consiguiente un instrumento que logre incidir en el diseño de planes y programas de la política indígena del Gobierno de nuestra Presidenta Michelle Bachelet Jeria, como asimismo en el establecimiento de nuevos paradigmas en relación al Derecho Indígena y transversalizar la política indígena en instituciones públicas, en entidades educacionales y que a través de estos Congresos, sensibilizar aún más el enfoque del derecho indígena en nuestra sociedad, fomentando y motivando la generación de futuros interlocutores entre el Estado y los Pueblos originarios de nuestra multicultural marco zona norte.

Isidro Mamani Choque
Subdirector Nacional Iquique
CONADI

ALGUNOS HITOS DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Xavier Albo[1]

Introducción

El punto de partida es nuestro gran pluralismo tanto biológico y ecológico como étnico y cultural[2]. La evolución y debate sobre el nombre mismo de "indígena": Antes de la Colonia se trataba de numerosos pueblos o naciones, cada uno con su nombre, que muchas veces significaba "persona o gente" en su respectiva lengua, en contraste con los "otros", a los que con frecuencia se daban nombres más despectivos.

Con la Colonia, sobre todo desde el siglo XVII en adelante, fue consolidándose un nombre genérico para todos ellos. Desde entonces es típica también la existencia de dos nombres:

a) El propio, regularmente más local, utilizado por los mismos interesados

b) El que les dan "los otros": sean locales o más genéricos (sobre todo desde el s XVIII), más fácilmente con cargas negativas: indios, negros u otros.

Ello iba a su vez modulado muchas veces por el avasallamiento de sus tierras, asociado con frecuencia con diversas servidumbres laborales, entre las que sobresale la mita de Potosí como servicio obligatorio para poder retener la tierra.

c) fueron creciendo también categorías intermedias, para referirse a mezclas, primero más biológicas y después más

[1] Xavier Albó, CIPCA, Bolivia. Sacerdote Jesuita, Doctor en Lingüística Antropológica por la Universidad de Cornell, Estados Unidos y Doctor en Filosofía por la Universidad Católica del Ecuador, Quito. Esta ponencia fue presentada en el contexto del Primer Congreso Internacional de Derecho Indígena desarrollado por la Carrera de Derecho de la Universidad de Tarapacá, Sede Iquique.

[2] En este sentido, véase la Declaración Universal de UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2001; También el Preámbulo a la CPE boliviana de 2009.

culturales. Nuevamente hay ahí nombres aceptados por ellos mismos y otros, por lo general más peyorativos, dados por otros. A veces había especificaciones muy detalladas según los niveles y tipos de mezclas: zambo, mulato, 1/2, 1/3 etc.

Hasta fines de la Colonia esas eran las categorías dominantes, prevalentes también en el primer siglo republicano, modulado por el persistente avasallamiento de sus territorios. Desde la Independencia, sobre todo desde las revoluciones del s. XX, se fue imponiendo la tendencia de rechazar lo "indígena" y transformarlo en "campesino", como un camino para eliminar o disminuir racismos. Junto con ello, iba creciendo el sentido más individualista. Pero no siempre tuvo éxito.

Sobre todo, tras la caída de la URSS y el muro de Berlín, en el último tercio del mismo S. XX, volvió a resurgir la temática étnica, en parte al constatar la persistencia que tenía incluso ahí donde tanto se había trabajado para priorizar los análisis de clase.

Pero todavía prevalecía el análisis de por qué los pueblos indígenas –con ese u otros nombres locales- y otros grupos más vulnerables (como los afros, con sus diversos nombres locales) las mujeres, ancianos y/o niños tenían sistemáticamente índices más bajos en casi todos los indicadores de pobreza y servicios básicos, en particular cuando además seguían en sus territorios rurales.

En este sentido, para medir los avances logrados en esos grupos más vulnerables es necesario e indispensable saber quiénes son o no parte de esos grupos, algo fácil para los grupos más biológicos, por género o edad, pero no tanto para esas categorías más étnicas. Es un tema objeto ya de numerosos encuentros latinoamericanos y aún no consensuado.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989.

El gran hito cualitativo lo dio el nuevo Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) "sobre Pueblos Indígenas y Tribales e Indígenas" de 1989, que marca un claro antes y un después en nuestra temática. Su finalidad inicial fue

actualizar el Convenio 107 de 1957, que ya había quedado muy obsoleto en parte por su carácter integracionista cuando no paternalista[3].

Así, el convenio 169 se fraguó en el contexto de otras iniciativas de la OIT y NN.UU. contra el racismo e implicó numerosas idas y venidas durante varias décadas. Aunque promovido por el ente especializado OIT, sus alcances van mucho más allá de la problemática propiamente laboral y viene a ser un marco general para todos los pueblos "indígenas y tribales", cobertura que incluye otros muchos nombres más locales, como "aborígenes", "indios", "originarios", "adivasi", "first nations", etc. Incluso puede aplicarse a los llamados "campesinos" en lugares como Bolivia, donde la Revolución y el Estado de 1952 generalizaron ese término en vez de "indígena" o "indio", en un fallido intento de borrar el racismo mediante un simple cambio de nombre.

Por eso, ya desde el Art.1 se define clara y flexiblemente para precisar a quiénes se aplica. A saber:

> Artículo 1
> 1. El presente Convenio se aplica:
> a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan 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;
> 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

[3] Respecto a esta temática, ver los análisis de Aylwin, J. et al (2009), "Las Implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile" en , Meremiskaya, E. (2011),"El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales: Derecho Internacional y experiencias comparadas" en Estudios Públicos N°121 pp. 213-276 y Montt, S. y Matta, M. (2011) "Una visión panorámica al convenio OIT 169 y su implementación en Chile", en Estudios Públicos, N°121, pág. 133-212. Estos artículos se mueven en el ámbito del derecho positivo ya existente, nacional e internacional, sin entrar en el tema complementario del pluralismo jurídico, al que me referiré más adelante.

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.**

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".

Sabias son las cautelas que he resaltado: "cualquiera que sea su situación jurídica" y "o parte de ellas", esta última reiterada también en el inciso (a) "total o parcialmente".

Respecto a la diferencia entre "tribal" e "indígena" tiene mucho que ver con distintos usos en diversas partes del mundo. "Tribal" es más común en países de Asia y África y refleja en muchos casos Estados liberados recientemente de los poderes coloniales. "Indígena", en cambio, se usó mucho más en nuestro continente americano para aquellos pueblos así llamados.

Quiero subrayar también el numeral 2, donde se considera que la conciencia de los propios interesados es el "criterio fundamental" para definir si alguien pertenece o no a esos pueblos. Es decir, no se trata tanto de medir cuidadosamente ciertos rasgos físicos, sino de respetar lo que la propia población piensa de sí mismos. Este rasgo más subjetivo pasa a ser un criterio clave, que ya ha empezado a utilizarse en la mayoría de los censos oficiales del continente a partir de la ronda del 2000. Hay en ello una diferencia significativa de lo que ocurre con los pueblos afro-descendientes, para los que la pigmentación y otros rasgos físicos sigue pesando más. Sin embargo, en los Pueblos Indígenas (PP II), lo central es su pertenencia a un determinado "pueblo", según el propio testimonio de los interesados. Hay, por tanto, un importante componente subjetivo.

En este sentido, el Convenio 169 tiene dos postulados básicos:

1) El respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los PP. II., y;

2) La consulta y participación efectiva de los PP. II. en las decisiones que les afectan.

Por lo primero, se resalta su derecho a ser diferentes, como pueblos, frente a otros grupos también considerados como tales. Sin embargo, frente a la discriminación a la que son afectos, es importante obtener resultados comparables a los de otros grupos humanos en los diversos indicadores de pobreza/riqueza. Ya se planteaba así, la cuestión de los derechos colectivos que tenían "como pueblos", aunque esto quedará mucho más claro en la Declaración de 2007.

Por lo segundo, se puso por primera vez sobre el tapete algo que desde entonces sigue siendo caballo de batalla entre los PP. II. y los gobiernos, a saber, su derecho a ser previamente consultados y a participar en la elaboración de propuestas. (Art. 6, 7 y 15ss).

Declaración de NN.UU. sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

El siguiente gran paso a nivel mundial, para los derechos de los indígenas, se sitúa en 2007 (a 18 años del convenio 169 OIT) cuando se lleva a efecto la Declaración de las NN. UU. sobre los derechos de los pueblos indígenas. Culminaba en ese momento un trabajo de más de 22 años, paralelo en cierta forma al del Convenio de la OIT de 1989.

Hubo entre tanto otras instancias especializadas de apoyo dentro de las NN.UU, como por ejemplo el llamado Alto Comisionado de Derechos Humanos, creado en 1993 y el Foro Permanente de Pueblos Indígenas, creado en 2000 junto con el Relator de los Pueblos Indígenas, que va visitando diversos lugares y haciendo informes relevantes sobre la vida de las comunidades indígenas.

Una Declaración no es vinculante como sí lo es un convenio

(una vez suscrito), pero puede tener un fuerte peso moral. En este sentido, una "Declaración" es también la célebre de 1948 sobre los Derechos Humanos, la cual tuvo y sigue teniendo un peso enorme en la historia. El avance en el reconocimiento de la declaración de 2007 sobre los pueblos indígenas se vio retrasado debido a que las dudas y reservas que ciertos gobiernos expresaron respecto sobre todo al derecho a la autodeterminación, el pluralismo jurídico y acerca del control de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales en sus territorios. En el primero de esos temas (sobre la autodeterminación) la cual se habían creado en tiempos de descolonización y surgimiento de nuevos Estados en el S. XX, se aclaró que esta Declaración no podía ser usada como argumento para cambiar límites estatales, limando asperezas con Estados que vieron amenazado su jurisprudencia.

En rigor, la Declaración ya había sido aprobada por el Comité en 2006 pero se postergó un año en busca de mayores consensos hasta que el 13 de septiembre 2007 se aprobó con 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones: 4 de la ex URSS, 2 de Asia (Buthan, Bangladesh), 3 de África (Nigeria, Kenia y Uganda), Samoa y Colombia; esta última, medio escarmentada por sus permanentes problemas con el territorio U'wa, tan acosado por empresas petroleras. Los 4 votos en contra –de Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, los cuatro anglófonos y con fuertes intereses mineros en territorios indígenas. Pero en el curso del año 2010, estos revirtieron su posición y ya se han adherido a la Declaración. El último fue Estados Unidos, en diciembre de ese año, en medio de un evento de Obama con pueblos indígenas en la Casa Blanca[4]. En la otra vereda, Bolivia es hasta ahora el único país que, a los pocos meses de la Declaración de 2007, la convirtió en Ley nacional.

En síntesis, la Declaración toca los derechos de estos pueblos, a sus tierras y territorios, bienes, recursos vitales, a su cultura, identidad y lengua, al empleo, la salud, la educación y a determinar libremente su condición política y su desarrollo económico. Promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos

[4] No conozco el detalle de los 34 estados que no participaron en esa sesión.

que les conciernen y su derecho a mantener su diversidad y a propender por su propia visión económica y social.

La composición de la Declaración consta de un largo preámbulo y un cuerpo de 46 artículos. En todo ello, al estar más centrada en los derechos que el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, es también más precisa y avanza sobre el Convenio en puntos como los siguientes:

1) El respeto y desarrollo de la diversidad.
El preámbulo resalta desde un principio el doble derecho a ser iguales pero manteniendo y desarrollando sus diferencias culturales, a saber:

> Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales.[…y] que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad.

Esta última parte viene a ser en sí una síntesis de otra Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001): Así como la biodiversidad contribuye al crecimiento global de la vida, así también la diversidad cultural es una riqueza que nos hace crecer a todos en humanidad.

Por supuesto pasa entonces a un primer plano el tema de la interculturalidad para ir reconociendo lo mucho que es común a muchos, pero sin pretender acabar el proceso reduciéndonos a todos a una única cultura común universal, que casi inevitablemente sería a base de imponer alguna cultura considerada superior a las otras[5].

[5] Mi síntesis personal en este tema es: (1) se acabó lo mono- (cultural, político, religioso…) porque (2) nuestra realidad es pluri-. (3) Pero para que este pluri- sea ventajoso, debe ser inter-. (4) Y sólo podrá ser así, si esos participantes diversos lo hacen de igual a igual, en términos de poder, información, etc.

Este elogio a la diversidad creativa nos obliga también a ser más cuidadosos en la manera de ir reformulando los derechos universales, no para negarlos, sino para matizar mejor qué es lo realmente universal en ellos y qué son concreciones que pueden variar de una situación local a otra. Pensemos, por ejemplo, en la estructura de la familia.

En el ámbito legal, ello debería conducirnos también a la defensa del pluralismo jurídico, un tema que dentro de la Constitución Política del Estado (CPE) y sobre todo la práctica chilena no parece haber avanzado tanto como algunas otras, pese a que la Universidad de Tarapacá, sede Arica, fue la que, ya en 2000, cobijó el excelente e innovador XII Congreso Internacional sobre Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, dedicado a este tema.

> 2) La mayor aclaración de qué derechos indígenas son individuales o colectivos.

Se dice al final de este largo preámbulo:

> Reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos.

A partir de ello, en el articulado ulterior, la Declaración va precisando qué se refiere a un derecho personal ("Los individuos… o personas"), o colectivo ("los pueblos indígenas") o en muchos casos a ambos. Por ejemplo, limitándome a los nueve primeros artículos, los art. 1, 2, 8.1 y 9 se refieren a ambos. En cambio, el 4, el 5 y el 7.2, sobre la libre determinación, sus instituciones y su diferencia se refieren sólo a un derecho colectivo como pueblo; y el 6 y 7.1, sólo a un derecho individual ("toda persona…").

> 2) Se reconocen, por fin sin bemoles, nuevos usos indígenas de los términos "pueblos" e incluso "naciones" indígenas, rompiendo definitivamente el anterior monopolio estatal de esos términos.

Con ello ya se ha superado totalmente los escrúpulos jurídicos que existían todavía en el Convenio 169, cuando fue preciso explicitar en el art. 1.3 que el uso del término "pueblo" no debía entendérselo en su uso en el Derecho Internacional como Estado Soberano. Asimismo en el art. 9 se libera también del monopolio "estatal" al término "nación", a pesar de ser un documento de las "Naciones [= Estados] Unidas".

No me detendré aquí en detallar el listado de todos esos derechos. Prefiero concentrarme, en algún tema de mayor utilidad. Para ello he preseleccionado los siguientes temas que me resultan, según mi criterio, más relevantes:

I.- Pluralismo versus monismo jurídico.
II.- Derechos Humanos y Derechos de la Madre Tierra.
III.- Consulta Previa, Libre, Informada y de Buena Fe, como derecho indígena específico.

I.- Pluralismo versus monismo jurídico.

Esta fue la principal objeción señalada por Australia al votar contra la Declaración de las NN.UU. en 2007. En la CPE de Bolivia de 2009, se le da un sitio central desde el solemne preámbulo inicial y los artículos iniciales más "pétreos", como parte del enfoque general pluralista de toda esta CPE.

El postulado central del pluralismo jurídico (PJ) es que, además de las normas positivas escritas en el derecho positivo, hay otras fuentes de derecho que no se deben considerar simplemente como "reliquias arcaicas" que deben irse superando. Son más bien complementos importantes que van enriqueciendo todo el conjunto. Algunos de sus rasgos son:

a) Prioriza las relaciones personales y su conocimiento mutuo, dentro de la respectiva cultura.
b) Prioriza la vía oral. Aun cuando puedan redactarse sus resoluciones, etc., éstas no "generan jurisprudencia obligatoria" sino que resultan otro referente entre varios.
c) Por lo mismo, es mucho más rápida, barata y flexible ante nuevas situaciones.

d) Su máxima instancia ya no es un grupo muy reducido de individuos altamente calificados sino la Asamblea, con representantes del nivel correspondiente.

La pirámide jurídica de Kelsen queda de alguna manera chueca, salvo si este principio pluralista ya aparece en la CPE, como es el caso de Bolivia y otros varios países, unos de manera más explícita y otros sólo implícita (por ejemplo al reconocer el carácter plurinacional del Estado). Sin embargo, cuando se lo intenta hacer operativo más allá del principio abstracto, surgen los problemas.
Un caso de particular interés es en el Órgano Judicial, al que siendo único, nuestra CPE (art. 178ss) le reconoce tres "jurisdicciones", de las que la tercera –la medioambiental- está aún poco desarrollada. Sobre las otras dos, la CPE (art. 179-II) dice que "gozarán de igual jerarquía". La ordinaria es la de siempre y su máximo nivel es el Tribunal Supremo de Justicia.

Para la jurisdicción Indígena Original Campesina (IOC) no se explicita la máxima instancia, que –tomando en cuenta las características ya mencionadas de esta jurisdicción- debería ser algún tipo de Asamblea. "Se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo IOC"… y "se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial" (art. 191). Esta justicia IOC suele funcionar bien en los niveles más locales, pero a medida que se avanza a otros superiores hay situaciones más ambiguas y tareas pendientes por la falta de claridad en un sistema (neo) colonial que nunca la había reconocido y que, por fin, la empieza a recuperar.

El problema central es ¿qué pasa cuando el conflicto es entre un miembro IOC y otro no IOC? Para ese caso, cada vez más común, la CPE prevé la "Ley de Deslinde Jurisdiccional [que] determinará los mecanismos de coordinación y cooperación" entre las diversas jurisdicciones (art. 192).

Se aprobó finalmente esta Ley pero desautorizando en los hechos un largo y modélico proceso de consulta previa, apoyado por el Viceministerio de Justicia Alternativa, el Alto Comisionado de DDHH y la Cooperación Suiza que, tras una serie de reuniones con

grupos focales por todo el país, había elaborado un anteproyecto que debería haber sido discutido en el Órgano Legislativo. Personalidades internacionales expertas en el tema dicen que es una ley muy colonialista, contra todo el espíritu de la CPE (ver detalles en Albó X., 2012). El comentario de muchos dirigentes IOC es que, con ella, se ha reducido la jurisdicción IOC a resolver pleitos por gallinas y otras menudencias.

En el fondo el problema empezó cuando, en la versión final de la CPE, no redactada ya por los Constituyentes sino entre políticos a fines del 2007, se cambió en el título y texto de la Ley "Coordinación" por "Deslinde", dejando a un lado la Interlegalidad entre las dos jurisdicciones.

II.- Derechos Humanos y Derechos de la Madre Tierra.-

La CPE Ecuatoriana 2007 es la que más ha avanzado en la formulación de los Derechos de la Naturaleza, una concepción nueva que eriza los pelos de muchos juristas que piensan que tener "derechos" es algo propio de sólo los humanos. Lo que esa CPE no hizo aún (a diferencia de la boliviana) es hablar además de la Madre Tierra, terminología que ayuda a ver a la Naturaleza no como un paquete de recursos naturales de libre disponibilidad sino como parte de nosotros mismos.

Ahora, en parte gracias a Evo Morales, hasta las NN.UU. ya hablan de la Madre Tierra. Leonardo Boff (el teólogo más sensible a la relación entre la teología de la liberación humana y ecológica) ya ha divulgado y va refinando una Carta de la Madre Tierra.

Los humanos hemos poco a poco desarrollado una conciencia que refleja sobre todo el macro-proceso vital que empieza con el Big Bang, si se lo ubica en ese contexto evolutivo mucho más amplio. No sólo debemos defender nuestro "hábitat" para no arriesgar nuestra propia sobrevivencia, sino también porque todos somos parte de él. En última instancia las diferencias entre nosotros, una planta o un pedrusco son sólo de gradación y combinación de unos mismos elementos básicos comunes, sobre los que los físicos siguen elaborando diversas teorías.

Ecuador fue de nuevo, el gobierno más audaz, poco después de la asunción de Rafael Correa a la Presidencia a principios de 2007, en defender esos derechos de la Madre Tierra. Correa, alentado por Alberto Acosta, entonces su ministro de Energía y Minería y después presidente de la Asamblea Constituyente apoyó una audaz propuesta para no extraer el crudo del Parque Nacional Yasuní-ITT (por lo campos petroleros Ishpingo-Tiputini-Tambococha) en la Amazonía Ecuatoriana, la cual finalmente se oficializó el 10-XII-2007:

> "Dejar el crudo represado en tierra, a fin de no afectar un área de extraordinaria biodiversidad y no poner en riesgo la existencia de varios pueblos en aislamiento voluntario o pueblos no contactados. Esta medida será considerada siempre y cuando la comunidad internacional entregue al menos la mitad de los recursos que se generarían si se opta por la explotación del petróleo; recursos que requiere la economía ecuatoriana para su desarrollo".

Esta cantidad se estimó entonces en por lo menos $350 millones de dólares por año. La no explotación evitaba además la emisión de 410 millones de toneladas de dióxido de carbono (CO2), que causa el calentamiento global.

Tras otras tentativas, en agosto 2010 se estableció un Fideicomiso del PNUD y el Estado para recoger fondos. Pero hasta agosto 2013, de los $3 600 millones de dólares que se buscaba reunir durante 12 años, sólo se había logrado comprometer $336 millones; más de la mitad quedó en ofrecimientos y sólo 13,3 millones estaban ya depositados. Si se las explotara a full, las reservas de estos yacimientos vírgenes (20% del total en Ecuador) podrían captar, según el Estado, 18.292 millones de dólares. Por eso el 15-VIII-2013 Correa anunció el cierre de la Iniciativa Yasuní-ITT:

> "Con profunda tristeza, pero con absoluta responsabilidad, he tenido que tomar una de las decisiones más difíciles de todo mi gobierno... Necesitamos de los recursos naturales para superar la pobreza y el desarrollo soberano; el mayor atentado a los Derechos Humanos es la miseria... Esta decisión nos desilusiona a todos, pero la historia nos juzgará".

Afirmó que el factor "fundamental" del fracaso de la Iniciativa era que el mundo es una "global hipocresía", pues la "lógica que prevalece no es la justicia, sino la del poder". Tiene una buena parte de verdad. Y ojalá esta marcha atrás sólo sea una batalla perdida. En Ecuador persiste el movimiento de los "yasunidos" y en otras partes del planeta ha surgido la propuesta "Yasunizar el mundo", a partir de otras varias nuevas iniciativas en lugares tan distantes como Guatemala, Nueva Zelanda, Noruega y Nigeria. En este último país hablan de "ogonizar" porque los Ogoni, después de 1995, consiguieron expulsar durante muchos años a la Shell. Dicen allí, leave oil in the soil. Como dice, Martínez Alier[6], hay razones locales y razones globales –de cambio climático– para yasunizar el mundo.

Pero, por otra parte, es el mismo gobierno de Rafael Correa el que, poco después, desautorizó la movida que habían hecho esos "yasunizados" para someter aquella marcha atrás de Correa a un referendo. Desafiados por el mismo Rafael Correa a recoger el medio millón de firmas necesarias para obligar a ese referendo, ya habían recogido bastantes más. Pero el Tribunal Electoral empezó a depurarlas con criterios poco transparentes hasta reducirlas a menos de la mitad.

III. Consulta previa, libre, informada y de buena fe.

Este es seguramente el derecho más resistido y retaceado por los gobiernos, sean de derecha o de izquierda, una vez están ya bien instalados en el poder, sea por sus propios intereses o por la vinculación que esos mismos gobiernos con empresas multinacionales. Esto último pasa a primer plano cuando se trata de grandes obras de infraestructura relacionadas con la explotación de valiosos recursos naturales, unos parcialmente renovables (como el agua y sus mega-represas, que rehacen o amenazan si no destruyen todo su contorno) y otros no renovables, como los hidrocarburos y los minerales.

[6] J. Martínez Alier, "Yasunizar el Mundo" en Diario la Jornada, México, 22 de mayo del 2013. Disponible en: http://www.jornada.unam.mx/2013/05/22/opinion/022a1pol

Este será seguramente el ámbito que seguirá causando más y más controversias en los próximos años en nuestro contexto de calentamiento global.

Los pueblos indígenas a los que con frecuencia se había arrebatado ya sus mejores tierras y se los fue arrinconado a los lugares más distantes y aislados, ahora resulta con frecuencia que tienen en esos sus territorios los recursos naturales más apetecibles. Para su control entran entonces en conflicto con los Estados y con las empresas multinacionales que con frecuencia se cobijan en ellos.

¿Qué tienen de especial los pueblos indígenas para que ameriten este derecho como algo distinto del derecho general de todo ciudadano a ser consultado en cosas que le atañen?. En términos jurídicos, el hecho de su existencia, como pueblo con su propia cultura e instituciones desde antes de que existiera el Estado, implica ya un derecho especial. Por tratarse de pueblos y culturas, cada uno con su propio estilo, que pretenden poder reproducirse como tales, es, además, un derecho colectivo, siempre en medio de su permanente evolución. Una garantía para ello es su derecho a ser consultados como entes colectivos a partir de las instancias internamente reconocidas por ellos mismos, en todos esos casos en que se quieran tomar decisiones que podrían dificultar su modo de ser.

Varios instrumentos jurídicos explicitan de manera "particular" (pero no excluyente de otras situaciones) el caso de la explotación de recursos naturales existentes en sus territorios, conscientes de que históricamente éste ha sido uno de los caminos más destructores de la identidad y sobrevivencia de muchos pueblos. Pero puede haber otras muchas situaciones pertinentes, empezando por la elaboración de la propia ley de consulta.

Ante todo, está claro que no se trata de simples formalidades para informar sobre decisiones ya tomadas, ni de que los pueblos consultados tengan derecho de veto sobre el Estado. Tampoco se trata de referendos y otros tipos de plebiscitos vinculantes propios de la democracia liberal, que se resuelven en las urnas. Puede que éste sea el caso de otras consultas públicas cuando los involucrados

son otro tipo de ciudadanos (como ocurrió, por ejemplo con la actual ampliación del Canal de Panamá). En cambio esta consulta previa es más bien un camino, probablemente largo, que a través de reuniones, etc. busca desembocar en algún tipo de concertación. Aunque se le pongan plazos, mutuamente concertados, supone un estado y una actitud de diálogo permanente.

El primer país con acciones concretas y vinculantes a favor de ese derecho (aún sin mencionarlo explícitamente) ha sido Colombia. Amparada en su nueva CPE de 1991 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT, realizada el mismo año, logró detener la construcción de un tramo de la importante Carretera Troncal del Café hasta que culminara una consulta con una pequeña comunidad Emberá cuya forma de vida había quedado afectada.

En el otro extremo de los Andes, Chile el país que más se resiste. Ha seguido aplicando la ley antiterrorista de Pinochet contra acciones reivindicativas de grupos mapuches y recién en 2008 ratificó el Convenio de la OIT aunque sigue siendo urgido por esa instancia internacional y otras de derechos indígenas para que cumpla por fin los estándares internacionales.

Conclusión: La alegoría de Avatar.

Antony Bebbington y su equipo es quizás el que ha trabajado de manera más sistemática sobre la proliferación de los proyectos extractivos en la región y muestra cómo éstos acercan a moros y cristianos, de derecha o izquierda, extractivistas o conservacionistas cuando llega el momento de tomar decisiones prácticas. Juntos empiezan a tocar conciertos de guitarras a muchas manos, por momentos más afinados o con estridencias que reclaman aún nuevos ensayos y ajustes, sobre todo cuando en el concierto participan también otros músicos, quizás con otros instrumentos y partituras, como los pueblos indígenas y otras poblaciones locales periféricas en cuyos territorios se encuentran muchos de esos recursos que los más poderosos quisieran explotar sin ellos.

Bebbington y su esposa Denise Humphreys Bebbington escribieron en 2011 un bello texto titulado "An Andean Avatar: Post-Neoliberal and Neoliberal Strategies for Securing the

Unobtainable", comparando el argumento de esta película Avatar, en el satélite indígena Pandora, con lo que ocurre en los Andes, en relación al manejo de los recursos naturales más valiosos; y la relación dialéctica que se crea entre quienes los explotan y los pueblos indígenas que están en esos lugares periféricos a los que quizás debieron refugiarse, al ser expulsados de sus anteriores ubicaciones más fértiles y céntricas. A igual que los shuar y otros indígenas del Ecuador que vieron la película con los Bebbington, Evo Morales la vio ya hace años y se sintió muy identificado con aquellos indígenas del satélite Pandora que se rebelan, en alianza con su Naturaleza-Divinidad, y ganan a los terrícolas; como la cereza de la torta, tenían además el mismo color azul de su partido MAS. Pronto se distribuyeron posters de "Evotar" en que una mitad del rostro correspondía a Evo y la otra azul a un indígena de Pandora.

¿No tendrán también algo de Avatar los indígenas minoritarios del TIPNIS[7], los kichuas de Sara Yaku, los awajun de la Curva del Diablo en Bagua, los miles de comunidades andinas afectadas por las nuevas empresas mineras o los mapuches "terroristas" del sur de Chile, cuando –como David– desafían con una honda a esos nuevos Goliat? Entra también entonces en el concierto, o el baile, otro elemento conceptual fundamental: la globalización, es decir la simbiosis, sin duda todavía muy desigual entre lo global y lo local, con un creciente intercambio entre los intereses de grandes industrias multinacionales y los pueblos indígenas con otros varios grupos locales. Pero al juntarse pueden llegar a miles y millones, en una especie de globalización desde abajo hacia arriba, llegando así a ser una relación más creativamente dialéctica.

[7] Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Secure. (TIPNIS). Es un área protegida de Bolivia, creado como Parque Nacional mediante DS 7401 del 22 de noviembre de 1965 y declarado Territorio Indígena a través del DS 22610 del 24 de septiembre de 1990, gracias a las luchas reivindicativas de los pueblos indígenas de la región.

Bibliografía

Declaración Universal de UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2001.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia 2009.

Constitución Política del Estado de Ecuador 2007.

Observatorio Ciudadano.
(2009) Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile en Documento de Trabajo N° 10, septiembre.

Martínez Alier, J.
(2013) Yasunizar el Mundo en Diario la Jornada, México, 22 de mayo en http://www.jornada.unam.mx/2013/05/22/opinion/022a1pol

Aylwin, J. et.al.
(2009) Las implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile, Meza-Lopehandía, Chile.

Meremiskaya, E.
(2011) El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales: Derecho Internacional y experiencias comparadas en Estudios Públicos N°121, pp. 213-276

Montt, S. y Matta, M.
(2011) Una visión panorámica al convenio OIT 169 y su implementación en Chile", en Estudios Públicos, N°121, pág. 133-212.

JUSTICIA Y SOCIEDAD INDÍGENA EN ARICA Y TARAPACÁ DURANTE EL SIGLO XIX

Alberto Díaz Araya[8]

Introducción[9]

El advenimiento del siglo XIX trajo consigo varias novedades para las sociedades andinas de Arica y Tarapacá[10]. Una de ellas consistió en la reestructuración del sistema burocrático hispano a partir de la Constitución de Cádiz de 1812. Esta fecha fue significativa pues a partir de ella es posible plantear la soberanía popular y los proyectos cívicos propuestos por los ciudadanos, en un intento por asumir compromisos políticos y de identidad a favor de una naciente comunidad nacional que se erige en las postrimeras del virreinato peruano[11]. En el plano político, Cádiz permitía, dentro un espíritu liberal, la participación de todos los miembros del Estado en las prácticas democráticas dispuestas particularmente en

[8] Académico del Departamento de Ciencias Históricas y Geográficas de la Universidad de Tarapacá. Posee un Postdoctorado en Historia por la Universidad La Sapienza de Roma, Italia. Es Doctor en Antropología por la Universidad Católica del Norte y Magíster en Antropología por la misma institución. Además es Profesor de Hisroria y Geografía por la Universidad de Tarapacá. Es Coordinador de Investigación de la Facultad de Educación y Humanidades de la UTA, Director de Magíster en Historia de la UTA y de la Revista Diálogo Andino. Correo electrónico: albertodiaz@uta.cl

[9] ABREVIATURAS: ADT = Archivo Departamental de Tacna; AGN = Archivo General de la Nación, Perú; AJA = Archivo Nacional de Chile, Archivos Judiciales de Arica; AJI = Archivo Nacional de Chile, Archivos Judiciales de Iquique; APT = Archivo Nacional de Chile, Archivo de la Prefectura de Tarapacá; BNP = Biblioteca Nacional del Perú.

[9] ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal, Prácticas políticas y formación de ciudadanía, en Chile-Perú, Perú-Chile: 1820-1920. Desarrollos políticos, económicos y culturales (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005).

[10] Este artículo fue publicado en la Revista de Estudios Históricos Jurídicos (2011). Se reedita por la importancia del tema y porque contribuye a contextualizar los contextos históricos de las comunidades andinas del actual norte de Chile.

[11] ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal, Prácticas políticas y formación de ciudadanía, en Chile-Perú, Perú-Chile: 1820-1920. Desarrollos políticos, económicos y culturales (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005).

programas electorales (incluso de los analfabetos), situación que generó diversos debates en torno a los segmentos indpigenas y mestizos del antiguo Perú, quienes, bajo el nuevo formato legal, tenían en efecto derecho a voto como ciudadanos y, de hecho, participaron activamente en los comicios de los ayuntamientos[12].

Sin embargo, este panorama de participación política de los indígenas sufrió un giro inesperado. Una vez instalada la república peruana, fue necesario aclarar el rol político de los indígenas en ella: ya sea como ciudadanos o como indios. Bajo el influjo del liberalismo que alimentó el ideario emancipador, los indios fueron considerados como huellas de un pasado turbulento y políticamente incivilizado[13]. En el nuevo contexto republicano, la idea era hablar de ciudadanos y no de indios, bajo los principios de igualdad universal y la fraternidad entre las castas coloniales dentro del discurso ilustrado decimonónico. La lógica que motivada a los libertadores era que en un escenario republicano donde teóricamente moraban ciudadanos, no deberían existir los "indios". No obstante, la realidad andina, como argumenta Thurner[14], dictaba lo contrario, debido a que la presencia de los "indios" impedía la consolidación de la incipiente república, lo que significó que éstos fueran invisibilizados en términos de aspirar a un status privilegiado al interior de la comunidad nacional peruana. Entonces, ¿cómo es posible advertir la praxis política de los indígenas, si éstos no eran considerados ciudadanos con derecho a voto? ¿Cómo se politizan las comunidades andinas sur-peruanas según las normativas imperantes durante el siglo XIX? ¿Cuáles son los mecanismos de articulación local que los indígenas utilizaron como construcción de una ciudadanía política en el Perú en términos de la infrapolítica al interior de las comunidades durante el siglo XIX?

[12] GUARISCO, Claudia, Etnicidad y ciudadanía en México y Perú (1770-1850), en Documentos de Investigación del Colegio Mexiquense, 84 (México, 2004).
[13] THURNER, Mark, Los indios y la repúblicas entre 1830-1880, en Historia de América Andina, Creación de las repúblicas y formación de la nación (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003), V, p. 176.
[14] Ibíd.

Es necesario advertir que este es un debate reciente entre los investigadores que estudian la experiencia ciudadana y política de las poblaciones andinas[15]. Las versiones tradicionales exponen que los indígenas no participaron de los sistemas políticos ni de los procesos electorales en el Perú como lo cuestiona Aljovín de Losada[16]. En los mismos parámetros de este debate, Chiaramonti[17] y Núñez[18] han demostrado que los indígenas peruanos poseían un alto compromiso político y una cultura electoral desde la época colonial tardía. Núñez, estudiando la Constitución de Cádiz, analiza el comportamiento de los indígenas en las elecciones de ayuntamiento entre 1812 y 1814, y enfatiza la presencia de un gran número de indios sufragantes en las localidades serranas; de hecho, la zona andina exhibió el porcentaje más alto del electorado peruano[19]. De la misma forma, Chiaramonti[20] presenta varios casos de indígenas que resultaron electos en los ayuntamientos. Particularmente, describe el caso del pueblo de Puquina localizado en el departamento de Moquegua en los altos de Tacna, donde un indio fue elegido alcalde en 1813 pese a los reclamos de los vecinos españoles, los cuales expusieron al intendente atemorizados la posibilidad de que un indio alcanzara "la Judicatura y el Gobierno en los Pueblos donde los Españoles

[15] DÍAZ, Alberto De la cordillera al mar. Una reflexión histórica sobre los aymaras chilenos y los mercados regionales, en Boletín International Fellowship Program. Leadership for Social Justice Institute, 2 (2004) 8.

[16] ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal, Prácticas políticas y formación de ciudadanía, en Chile-Perú, Perú-Chile: 1820-1920. Desarrollos políticos, económicos y culturales (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005), p. 116.

[17] CHIARAMONTI, Gabriella, A propósito del debate Herrera-Gálvez de 1849: breves reflexiones sobre el sufragio de los indios analfabetos, en ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal - LÓPEZ, Sinesio (editores), Historia de las elecciones en el Perú (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005).

[18] NÚÑEZ, Francisco La participación electoral indígena bajo la Constitución de Cádiz (1812-1814), en ALJOVÍN DE LOSADA, CRISTÓBAL - LÓPEZ, Sinesio (editores), Historia de las elecciones en el Perú (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005).

[19] Ibíd., p. 361.

[20] CHIARAMONTI, Gabriella, A propósito del debate Herrera-Gálvez de 1849: breves reflexiones sobre el sufragio de los indios analfabetos, en ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal - LÓPEZ, Sinesio (editores), Historia de las elecciones en el Perú (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005).

residen"[21]. Al parecer, el acceso a ocupar algunos cargos de representación ciudadana fue una realidad para los indios durante los primeros años del siglo XIX. En 1822 se estipuló que todos los "peruanos" (hombres), mayores de edad, casados, que no sean vagos y supieran leer y escribir tendrían derecho a sufragar. No obstante, en 1828 la condición de "analfabetos" les cedió la posibilidad de participación de la ciudadanía activa. La convención de 1856-1857 estableció el sufragio directo; sin embargo, la posterior Constitución de 1860 reinstauró el "alfabeto" como requisito para sufragar; subsiguientemente la ley de 1861 retornará al sistema elitista. Aljovín de Losada[22] precisa que los indígenas votaban en bloque o corporativamente por los candidatos que ellos determinaban, asumiendo posturas comunitarias tanto en las elecciones, así como en la resolución de conflictos locales o regionales.

Sólo a partir de las modificaciones de la ley electoral peruana de 1867 se abrió el derecho a voto a todos los varones de 21 años, que tuvieran bien raíz y que cancelaran algún tipo de contribución a la Hacienda pública, permitiendo a los indígenas ejercer su derecho ciudadano mediante el voto popular, generando, quizás, el surgimiento o consolidación de elites con poder local. Pese a lo anterior, esta regulación electoral no estuvo exenta de fuertes críticas de grupos conservadores en el Parlamento peruano.

La intermitente participación electoral durante el siglo XIX significó, hipotéticamente, que las demandas políticas se concentraran en otro tipo de estrategias discursivas y políticas, como fueron los petitorios por el acceso a educación o la

[21] BNP, "Expediente sobre petición presentada por Bernardino Alarcón, vecino español de Puquina, para que no se de participación excesiva a los sujetos de raza incaica en la integración de los ayuntamientos, Puquina", mayo de 1813, citado por CHIARAMONTI, Gabriella, A propósito del debate Herrera-Gálvez de 1849: breves reflexiones sobre el sufragio de los indios analfabetos, en ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal - LÓPEZ, Sinesio (editores), Historia de las elecciones en el Perú (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005), p. 342.

[22] ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal, Sufragio y participación política. Perú: 1808-1896, en ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal - LÓPEZ, Sinesio (editores), Historia de las elecciones en el Perú (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005), p. 40.

inscripción de títulos de dominio[23]. La demanda educacional refleja un compromiso político y ciudadano de los indígenas andinos que opera desde la segunda mitad del siglo XIX, y que aun con la presencia del Estado chileno, seguirán emitiendo quejas por la ausencia y falta de compromiso en materia educativas de los agentes estatales[24]. Recapitulando, la difusión de las ideas de la ciudadanía liberal durante el siglo XIX fue asumida rápidamente por los segmentos indígenas, como una posibilidad para reforzar los márgenes de autonomía en la gestión de sus recursos[25].

Los indígenas andinos y el Estado-nación peruano

El libertador San Martín, a inicios de la república peruana, intentó contrarrestar el principio de la desgracia política de los grupos de indios, para lo cual abolió la denominación de "indios o naturales" junto con el "tributo", ya que eran signos del viejo "señorío" y del "despotismo" hispano; remanentes de la antigua institucionalidad colonial conocida en la literatura como la "república de indios" y la "república de españoles"[26]. De acuerdo con Thurner[27], con la liberación de la dominación española y la posterior extinción del tributo, también desaparecen los "indios", siendo ahora

[23] RUZ, Rodrigo, Escrituras, olvido y memoria. Títulos de propiedad, olvido y prácticas en la tierra aymara. Tarapacá, Siglo XIX/XX, en Revista Dialogo Andino, 26 (2005).

[24] ANDAUR, Carolina, Descubrimiento y conquista del ejercicio ciudadano. Las poblaciones andinas de Tarapacá a mediados del siglo XIX, en Los Andes entre el tributo y la Nación: las comunidades aymaras durante el siglo XIX (Iquique, Universidad Bolivariana, 2005).

[25] CHIARAMONTI, Gabriella, A propósito del debate Herrera-Gálvez de 1849: breves reflexiones sobre el sufragio de los indios analfabetos, en ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal - LÓPEZ, Sinesio (editores), Historia de las elecciones en el Perú (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005); DÍAZ ARAYA, Alberto, Chilenización y comunidad andina. Educación, reclutamiento militar y articulaciones en Putre. 1883-1929 (Tesis de Magíster en Antropología Social, Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo R. P. Gustavo Le Paige, Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama, 2006).

[26] CONTRERAS, Carlos, Estado republicano y tributo indígena en la sierra central en la post-Independencia, en Revista Histórica, 13 (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989); WALKER, Charles, De Tupác Amaru a Gamarra: Cuzco y la formación del Perú Republicano 1780-1840 (Cusco, Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de Las Casas, 1999).

[27] THURNER, Mark, Los indios y la repúblicas entre 1830-1880, en Historia de América Andina, Creación de las repúblicas y formación de la nación (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003), V.

reconocidos en todo orden legal como "peruanos". Aquellas disposiciones tributarias ciertamente generaron inestabilidad económica en la naciente república peruana.

Por su parte, dentro del afán liberador y fiel a la comunidad universal, Simón Bolívar acuña la expresión afrancesada de indígenas para designar a los ex indios y reemplazar la denominación anterior de "peruanos". Bolívar, en unos decretos de 1824 y 1825, confirma la abolición del tributo indígena, suprime a su vez la propiedad corporativa sobre las tierras de los indígenas y los títulos de nobiliarios (p. ej., caciques), agregando que se eliminan las faenas, séptimas, mitas o pongos, en definitiva todos los servicios personales gratuitos. La abolición de la propiedad comunitaria, fue rápidamente modificada ya que se temió que sirviera sólo para convalidar futuros despojos de tierras indígenas. Estas disposiciones señalaron que sólo los indígenas alfabetizados podrían ejercer derecho sobre sus tierras.

Debido a la falta de organización de la fragmentación de los territorios comunales y al desinterés de los propios comuneros, éstas medidas carecieron de efectos prácticos. Los historiadores Contreras y Cueto[28] señalan que el escenario legal de las propiedades de tierras indígenas permaneció en un verdadero "limbo", debido a que en aquellos conflictos que no fueran contrarios a la legislación republicana, regirían las antiguas leyes de Indias. Como a los republicanos poco les interesaba la situación de los indígenas y éstos no generaron reclamos ni cambios, quedaron definitivamente ligadas al orden jurídico colonial como un estatuto de "costumbres ancestrales"[29]. Las medidas bolivarianas buscaban integrar al Estado peruano al numeroso componente indígena andino, aunque en la práctica se conservaron (entrado el siglo XIX) las viejas estructuras tributarias coloniales,

[28] CONTRERAS, Carlos - Marcos Cueto, Historia del Perú contemporáneo (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2000).

[29] Ibíd., p. 69. THURNER, Mark, Republicanos y la comunidad de peruanos: Comunidades políticas inimaginadas en el Perú postcolonial, en Revista Histórica, 20 (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996) 1, entrega interesantes ejemplos donde distintos comuneros de los Andes centrales apelan a la vigencia de las Leyes de Indias para acceder legítimamente a los pastos cordilleranos.

a las que estaban acostumbrados la población indígena y los terratenientes hispanos. Más aún, la economía de la República del Perú, que recién daba sus primeros pasos, no podía mantenerse por si sola con la tributación "ciudadana", generando una crisis fiscal por las necesidades del gasto público y por endeudamiento, lo que a la postre significó que en 1826 Hipólito Unanue mediante la Carta Política restableciera la "contribución correspondiente a los indígenas"[30]. Recae nuevamente sobre los indígenas una parte del financiamiento del Estado, sin participación en las diversas actividades que demandaba la estructuración de la naciente república peruana. Se estableció de este modo una suerte híbrida "ciudadanía tributaria" republicana[31], finalizando sólo a mediados del siglo XIX con la abolición de la contribución indígena.

Para la década del 30´ se exigió eliminar los trabajos forzados y la servidumbre de los indígenas, dictámenes que los gobiernos de corte liberal implementaron lentamente hacia este segmento de la población peruana. Pese a lo anterior, existió en algunos sectores conservadores el interés porque los indígenas no se enajenaran de sus tierras, para que siguieran cumpliendo con las labores de la mita o el servicio personal. El aporte de los indígenas a las arcas del fisco peruano mediante la contribución era cercano al 40% y aumentaba en los sectores departamentales. González[32], sobre la base del padrón de contribuyentes del año 1845, sostiene que para la provincia de Tarapacá la contribución indígena representó 82,5% del total de ingresos fiscales[33]. La contribución indígena

[30] La Constitución de 1826, conocida como la Vitalicia era mucho más rígida que los reglamentos decretados por San Martín o Bolivar. Esta excluía de la condición ciudadana no sólo a los que realizaban trabajos domésticos o servidores manuales, sino que directamente a la población analfabeta, como corresponde al caso de los indígenas, ya que actualizó los anteriores requisitos sobre lecto-escritura que en 1823 habían sido postergados en su aplicación para el ejercicio de los derechos ciudadanos. En la Constitución de 1826 era incompatible con la regulación de las libertades e igualdades jurídicas en el Perú. Un estudio jurídico mucho más detallado en URQUIETA, Débora, De campesino a ciudadano. Aproximación jurídica (Cusco, Centro Bartolomé de Las Casas, 1993).
[31] THURNER, cit. (n. 1), p. 197.
[32] GONZÁLEZ, Héctor, Los aymaras de la región de Tarapacá y el periodo republicano temprano (1821-1879) (Documento de Trabajo de la Comisión de Verdad Histórica y nuevo trato, Sub grupo Pueblo Aymara, Santiago, 2002).
[33] Ibíd.

también significó un universo de relaciones y discursos contradictorios entre el Estado y los indígenas, debido a que operaban articulaciones en base a viejas matrices coloniales. Walker[34] argumenta que este escenario significó abrir instancias de negociación entre el Estado y los actores indígenas.

Evaluando en perspectiva lo expuesto, la situación de las comunidades andinas durante la primera mitad del siglo XIX es ambigua, debido a que se desplaza contradictoriamente entre un status de sujeto tributario remanente de los vestigios coloniales y el de un ciudadano propietario, libre y con derechos múltiples. Esta ambigüedad discursiva (moderna y ciudadana) y práctica (praxis colonial) tanto en contenidos sociales como políticos caracterizó a su vez las tensas relaciones entre la masa indígena y el Estado-ciudadano durante la primera mitad del siglo XIX, generando una especie híbrida de "ciudadanía tributaria".

La mantención de estructuras virreinales en un formato político liberal responde a la hibridez social, donde los indígenas apelando a su condición de ciudadanía podían demandar educación y protección legal de parte del Estado, y a su vez, bajo la condición de tributarios podían apelar a un reconocimiento estatal de sus títulos coloniales sobre repartimientos, lo que significaría la continuidad del "Pacto colonial" entre los indios y el Estado bajo un nuevo formato[35]. Aquel "Pacto Colonial"

[34] WALKER, Charles, De Tupác Amaru a Gamarra: Cuzco y la formación del Perú Republicano 1780-1840 (Cusco, Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de Las Casas, 1999).

[35] Ibíd., pp. 11-12, como también lo han expuesto Thurner y Contreras, González enfatiza que la contribución de indios perfilaba una clasificación estatal semejante a la colonial; sin embargo para 1826 se anunció la creación de la contribución de castas, incluyendo a los no indios, fundiendo elementos fiscales, raciales y sociales, principalmente entre los segmentos poblacionales mestizos y pobres. A su vez, este autor señala que la contribución indígena no era la misma que la colonial, debido a que los indios no eran meros tributarios de sus vencedores, ahora eran rotulados como ciudadanos con la responsabilidad de contribuir al naciente Estado. Este sistema individualiza la responsabilidad de los contribuyentes, volviendo capitación lo que antiguamente fue concebido como la imposición colectiva a un ayllu, comunidad o parcialidad, lo que fue significó una ventaja para la comunidad andina, ya que al no existir un monto global fijo, la comunidad ya no estaba obligada a asumir las cargas de ausentes o muertos, desapareciendo la tipología de originarios y forasteros, disfrutando todos de igualdad de derechos.

pervivió hasta el 5 de julio de 1854, cuando el tarapaqueño Ramón Castilla abolió el tributo indígena, debido a que el peso de la contribución indígena dentro de las rentas del Estado estaba en detrimento, gracias a un ciclo de bonanza económica producto de las exportaciones de guano que quintuplicaron las arcas fiscales peruanas.

Justicia en las comunidades andinas

A comienzos del siglo XIX, las medidas políticas del Estado borbónico generaron la desaparición de los caciques hereditarios en Tarapacá, los cuales hasta entonces habían actuado como interlocutores entre la administración hispana y las comunidades andinas a nivel local, dentro de un cuadro de control político[36]. Como relevo, la figura del alcalde de indios (o "varayocs") cobró mayor significación comunitaria al ser un cargo de elección anual, posibilitando la democratización del poder local, debido a que cualquier hombre casado de la comunidad podía ser cacique[37]. Bajo el principio andino de la dualidad, en algunas comunidades se nombrarán dos caciques según las parcialidades ("arajj sayas" - "manka sayas") que dividen en dos mitades a las comunidades[38]. González sostiene que dentro de este contexto adquirió mayor importancia a nivel sociopolítico el pueblo o la comunidad, la cual se congrega mediante los cabildos pueblerinos ("kawiltu"), principalmente con ocasión de las grandes fiestas patronales,

[36] DUNAWAY, Nicole, Crisis del cacicazgo, participación política indígena y estado colonial en los corregimientos de Arica y Tarapacá, 1780-1815 (Tesis para optar al Grado de Magíster en Historia, Mención en Etnohistoria, Facultad de Filosofía y Humanidades, Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, 2003). CASTRO, Luis - FIGUEROA, Carolina, Continuidad y cambio: la institución del cacicazgo en Tarapacá (norte de Chile) desde el lapso tardo-colonia al período republicano (ms. 2005).

[37] O'PHELAN, Scarlet, Kurakas sin sucesiones. Del cacique al alcalde de indios. Perú y Bolivia 1750-1835 (Cuzco, CBC, 1997).

[38] GONZÁLEZ, cit. (n. 11). Una discusión mayor sobre las parcialidades entre las comunidades aymaras en el norte de Chile en MARTÍNEZ, Gabriel , El sistema de los Uywiris en Isluga, en Espacio y Pensamiento (La Paz, Hisbol, 1989); VAN KESSEL, Juan, Cuando arde el tiempo sagrado (La Paz, Hisbol, 1992); DÍAZ ARAYA, Alberto, Fiesta y fútbol entre los Aymaras del norte de Chile: el caso de Sotoca y Chiapa, en Boletín International Fellowship Program – Leadership for Social Justice Institute, 13 (2006).

carnavales u otros eventos[39]. Con la Constitución de Cádiz de 1812, la justicia será asumida por el Alcalde, cargo que solamente después de la independencia (1821), será confirmado en sus responsabilidades legales a nivel comunitario.

La Constitución peruana de 1823 en su artículo 142, expresaba que los alcaldes de las comunidades serán al mismo tiempo los jueces de paz de su respectiva población, conociendo las demandas verbales, civiles de menor cuantía y criminales sobre injurias leves y delitos menores que merecieran una moderada corrección en las Prefecturas y Subprefecturas[40]. Se debía administrar en cada localidad la "justicia en nombre de la nación", con esto se descartaba cualquier posibilidad de particularismo jurisdiccional, por lo tanto, las prácticas consuetudinarias de resolución de conflictos al interior de las comunidades debían dar paso en definitiva al sistema judicial republicano[41].

Los gobiernos locales influenciaron directamente en la administración de la justicia a nivel comunitario. Los alcaldes (que en un primer periodo asumieron labores como jueces de paz) eran elegidos entre los ciudadanos de las parroquias y provincias, generando incluso clientelismo político y económico al interior de la estructura comunal. Para 1826 el aparato jurisdiccional fue especializándose. Las cortes de distrito judicial conocían en segunda y en tercera instancia todas las causas civiles del fuero

[39] En otras comunidades andinas del norte chileno donde hemos desarrollado estudios de localidades, como son Sotoca, Sibaya, Laonzana y Chiapa hemos podido constatar tanto en la documentación como en las prácticas rituales la significación y poder que detentaba el cacique, los "mallkus" o los "jilakatas" hasta entrado el siglo XX como autoridades comunitarias. Hoy durante la fiesta patronal el alférez, que también es un cargo comunitario y religioso, asume por los días de la festividad el poder local que le confiere la comunidad; una inferencia podría ser que el alférez constituye la representación que en antaño tuvo el alcalde de indios. Para la temporada estival el carnaval (anata) es otro evento que congrega a la comunidad, y la gente retorna desde las ciudades a celebrar este y otros rituales, demarcándose las parcialidades a través de los "Arajj Saya" ("los de arriba") y los "Manka Saya" ("los de abajo") formando grupos o pandillas con sus respectivos alférez y comparsas de músicos. Para la limpieza de los canales algunas autoridades encargadas de los turnos o mitas del agua asumen ciertas responsabilidades comunitarias.

[40] BNP, "Constitución de la República del Perú, 1823". Una revisión sintomática sobre la administración pública es desarrollada por Del Castillo y León, quienes enfatizan que los prefectos debían, con el Estatuto Provisional de 1821, encargarse del gobierno económico, la hacienda pública y la administración de justicia, principalmente. Con los años sus atribuciones fueron mayores: iban desde la represión de los adversarios políticos del gobierno de turno, la conservación del orden público y el sofocamiento de revueltas, hasta el cuidado y conservación de los monumentos públicos y la mantención de los caminos. Les competía además el aspecto educativo, pues debían velar por la enseñanza en las escuelas y promover, sobre todo, la educación primaria. Desempeñaban la inspección del ramo de correos y la protección de la libertad de prensa. Una de las obligaciones desde 1830, y que reviste gran importancia, era la que disponía la presentación al gobierno central del número de nacidos, casados y fallecidos en sus respectivos departamentos, es decir, una estadística de la población. Otro aspecto fue la obligación de realizar, durante el primer año de su mandato, una visita a todo el departamento con el fin de recoger las inquietudes de la población y controlar a las diversas autoridades que de él dependían. Posteriormente, habrían de redactar una memoria acerca del viaje, dirigida a su respectiva junta departamental y al gobierno central en Lima. Aunque se encuentran reglamentadas sus funciones en fechas tan tempranas como 1830, se lamentaba un ministro de gobierno que en la constitución fuesen estas normas tan generales que causaban serios problemas, principalmente económicos, y pedía que se resolviera con prontitud dicha situación. Los subprefectos, en cambio, estuvieron abocados al cobro de las contribuciones fiscales, así como de velar por la tranquilidad y el buen orden dentro de su provincia. Los prefectos y subprefectos debían ser elegidos entre los ciudadanos notables de cada departamento. Esto no se cumplió necesariamente. Algunos prefectos, por ejemplo, hacen notar en sus memorias la ausencia de ciudadanos debidamente instruidos y con la preparación necesaria para desempeñar cargos públicos. Querrían explicar así, tal vez, la presencia constante de miembros de las fuerzas armadas en tales puestos. El prefecto daba cuenta de las actividades cumplidas por la gendarmería o fuerza policiales a su mando (en comisarías, cárceles públicas y reformatorios), la instrucción pública, el servicio judicial y municipal, el movimiento portuario, ferrocarrilero y de pasajeros en tambos y hoteles, el comercio y la industria, correos y telégrafos, sociedades de beneficencia, la construcción o arreglos de caminos, puentes y otras obras públicas, etc. Además iban acompañadas, muchas de ellas, por anexos estadísticos que incluían, en algunos casos, planos y mapas. Véanse: DEL CASTILLO, Miguel - LEÓN, Angélica, Las Prefecturas en el Perú (1823-1919). Catálogo de Memorias de gobierno de Prefectos y Subprefectos, en Revista del Archivo General de la Nación, 16 (2ª época, Lima, 1997), pp. 210-212.

[41] ARDITO, Wilfredo, Justicia de paz en el Perú, en Allpanchis. Instituto de Pastoral Andina, año 34, N° 60 Cuzco, 2002).

común –entre ellas los litigios sobre tierras de indios, hacienda pública, comercio, entre otros–, dirimían competencias entre juzgados y quejas contra los tribunales y autoridades eclesiásticas. Los partidos judiciales se establecieron en cada provincia con jueces de letras para resolver asuntos contenciosos y eran responsables ante la corte judicial distrital. Formalmente se instituyeron los jueces de paz en cada pueblo "con más de 100 almas", un juez de paz y un alcalde para las conciliaciones si la población era superior a 200 personas. Los cargos de alcalde y juez de paz eran por dos años, pudiendo ser reelegidos, eran concejiles y ningún ciudadano podía rehusarse a asumirlo. Además, en esta carta jurídica se abolieron las penas crueles y la restricción de la pena capital[42].

En 1828, se declaró la independencia del Poder Judicial en el Perú. Los juzgados de primera instancia redefinieron sus competencias incluyendo las sucesiones de patronatos y capellanías eclesiásticas. La administración de la justicia ratificó "a nombre de la nación" y se institucionalizó la triple instancia desde los juzgados de paz para las conciliaciones[43]. A partir de la Constitución de 1839 dictada por Agustín Gamarra el gobierno peruano asume el control político del Poder Judicial, injiriendo en las designaciones de los cargos subalternos de la administración a nivel de Prefecturas, Subprefecturas y de gobernadores y tenientes alcaldes[44]. Este escenario fue generando un ambiente de intranquilidad en torno

[42] BNP, "Constitución de la República del Perú, 1826".

[43] BNP, "Constitución de la República del Perú, 1828".

[44] Según lo expuesto, los documentos expresan lo siguiente: "Iquique Marzo 27 de 1878. Señor Coronel Prefecto de esta Provincia Litoral. En contestación al estimable oficio de US. De 18 del corriente, en que se sirve adjuntarme el acta de la elección de los ciudadanos que deben formar el concejo del distrito de Tarapacá, me es satisfactorio decir a US que dicha elección ha sido calificada por este concejo y que no teniendo impedimento legal el Alcalde Don José Camilo Romero, el Teniente Alcalde Don Eugenio Castilla y los regidores Don Juan Vernal y Castro, Juan Vernal García y Don Casimiro Trillo y los suplentes José Ramírez, Don Manuel Soto Flores y Don Joaquín del Carpio, se ha de servir US que el Gobernador del distrito citado, instale el Concejo de Tarapacá tomando el juramento de ley, tanto a los propietarios como a los suplentes en conformidad con la suprema resolución de febrero de 1877". APT, volumen 23, sin foja, 1878.

al centralismo del ejecutivo, caracterizado por críticas a nivel parlamentario y movilizaciones en algunas ciudades peruanas, que exigían la democratización del Estado, incluso en las comunidades donde gobernadores y jueces de paz eran designados por un año[45], tras presentarse una terna de ciudadanos ejemplares al gobierno central[46].

Jueces de paz y comunidad. Descripción de casos.

Hünefeldt (1990) y Jacobsen (1991) señalan que el poder de los "burócratas locales y provinciales" era relativo, en virtud que las comunidades generaban en el contexto republicano espacios y alternativas de negociación con ellos.

Los jueces de primera instancia y los jueces de paz establecieron una compleja interacción con la comunidad, ya sea para dirimir conflictos internos, así como resolver situaciones cotidianas, sobre todo aquellos jueces que pertenecían a la comunidad. El juez de primera instancia, debía ser ciudadano y de profesión abogado, era quien se encargaba de los diferendos civiles de mayor cuantía[47]. En materia de diferendos por la propiedad de la tierra, el criterio de mayor o menor cuantía, era el valor de la propiedad en cuestión, determinada por la tasación elaborada por los peritos.

[45] BNP, "Constitución de la República del Perú, 1839". Según el artículo 137 de esta Constitución, para ser Gobernador de distrito se requería ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio (saber leer y escribir) y ser nacido en el distrito o avecindado en él por cinco años al menos. La duración en el cargo era de dos años, pudiendo ser removidos antes a juicio del Ejecutivo.

[46] Una información documental que encontré en Lima ilustra la nominación de lugareños en cargos de jueces de paz, al respecto se detallan los nombramientos para el caso de la zona de Tarapacá (medidas que para el área de estudio son homologables) de José Ramírez (Tarapacá), Marianao Chávez (Guatacondo), Eugenio Guante (Laonzana), Manuel García (Guaviña), Manuel Pereira (Coscaya), Juan Berreda (Camiña), Ignacio Tauca (Miñi Miñi), Antonio Nuñez (Sibaya), Andrés Ramírez (Limacsiña), Mariano Argote (Usmagama), Mariano Tayna (Sipiza), Rumaldo Esteban (Guasquiña), Tomás Yugra (Chiapa), Calixto Velarde (Mocha), Mateo Caquisane (Sotoca), Feliciano Mamani (Cariquima), Mariano Mamani (Isluga). AGN, Ministerio de Justicia, Prefectura de Tarapacá, legajo 129, 1872.

[47] BNP, "Constitución de la República del Perú, 1828".

De acuerdo con Aguilar y Cisternas[48], entre las funciones del juez de primera instancia era el aceptar los procesos judiciales, trasladar provisiones o recursos a las partes interesadas a través del escribano público, dictar los autos, nombrar a peritos y al promotor fiscal; realizar la información sumaria de los testigos implicados en los casos, aceptar apoderados, despachar recursos y decretos para los jueces de paz. En caso de juicio por tierra y agua debían validar las tasaciones (junto al promotor fiscal), aprobar los deslindes, y decretar la restitución por despojo de tierra. En general, el juez de primera instancia recibía y remitía los despachos y peticiones de los recursos[49].

Los tribunales de la Subprefectura de Tarapacá, sancionaron con la reclusión de los pobladores que alteraban el orden público, mediante actos contrarios a la jurisprudencia peruana. Si en cada localidad con más de 100 personas había un juez de paz sujetos a jueces de primera instancia, es dable destacar que en pueblos del sur peruano existían cárceles para recluir a todo aquel que alterara la normativa republicana. La institución de la cárcel en los poblados andinos -construida de adobes y piedras con un solo cuarto- fue un artefacto que se erigió como estructura de disciplina bajo los preceptos legales. La cuadrícula de la vigilancia estatal se materializaba en todos los rincones de la nación, lo que podría entenderse bajo los fundamentos de Foucault, como la implantación de una maquinaria cuyo fin último era generar bajo el Estado de derecho una "sociedad disciplinada" en los Andes[50]. A continuación se presenta un registro de las cárceles en la Subprefectura de Tarapacá:

[48] AGUILAR, Julio - CISTERNAS, Priscilla, Tierra y Agua en el Perú Sur Andino: Conflictos y Estrategias de Resolución en las Comunidades Indígenas 1830-1880 (Tesis para optar al grado de Profesor de Historia y Geografía, UTA, 2007).
[49] Ibíd.
[50] FOUCAULT, Michel, Vigilar y castigar (México, Siglo XXI Editores, 1997).

Cuadro Nº 1
Estado de las cárceles de la provincia de Tarapacá en1873

Lugar de la cárcel	Superficie	Patios	Salas de hombres	Salas de mujeres	Cabida de presos	Habitaciones para empleados y guardias	Material de construcción
Tarapacá	10 x 6	-	1	-	10	-	Adobe y piedra
Laonzana	12 x 5	-	1	-	8	-	Adobe y piedra
Guaviña	14 x 6	-	1	-	8	-	Adobe y piedra
Coscaya	10 x 4	-	1	-	6	-	Adobe y piedra
Pica	20 x 10	1	1	1	16	1	Adobe y piedra
Matilla	destruida	-	-	-	-	-	-
Tirana	destruida	-	-	-	-	-	-
Mamiña	20 x 12	1	1	1	16	-	Adobe y piedra
Parca	8 x 5	-	1	-	6	-	Adobe y piedra
Macaya	8 x 5	-	1	-	6	-	Adobe y piedra
Sibaya	destruida	-	-	-	-	-	-
Limacsiña	destruida	-	-	-	-	-	-
Mocha	8 x 5	-	1	-	6	-	Adobe y piedra
Usmagama	8 x 5	-	1	-	6	-	Adobe y piedra
Sipisa	10 x 6	-	1	-	6	-	Adobe y piedra
Guasquiña	6 x 4	-	1	-	5	-	Adobe y piedra
Chiapa	15 x 10	1	1	1	12	1	Adobe y piedra
Sotoca	8 x 5	-	1	-	6	-	Adobe y piedra
Isluga	destruida	-	-	-	-	-	-

Lugar de la cárcel	Superficie	Patios	Salas de hombres	Salas de mujeres	Cabida de presos	Habitaciones para empleados y guardias	Material de construcción
Cariquima	destruida	-	-	-	-	-	-
Camiña	destruida	-	-	-	-	-	-

Fuente: AGN, Ministerio de Justicia, Corte de Justicia Superior, Moquegua 1857-1875. Oficio s/n "Estado que manifiesta el material de las Cárceles de toda la Provincia de Tarapacá en el año 1873".

Cuadro Nº 2
Detalles del movimiento presos de la cárcel de la provincia de Tarapacá en 1873

Delitos	N°	H	M	Edad	N°	Indig.	Catól.	Peruan.	Boliv.	I.P.	S. I.
Homicidios	4	14	3	menores de 9	0						
Hurto	1			de 9 a 15	0						
Robos	6			de 15 a18	1						
Flagelación	1			de 18 a 25	3						
Abuso de autoridad	1			De 25 a 30	2						
Lesiones	1			De 30 a 40	4						
Falsificación	1			De 40 a 50	5						
Secuestro	1			De 50 a 60	1						
Injurias	1			De 60 a 70	0						
				De 70 a 80	0						
				Mas de 80	0						
				Se ignora	1						
								7	10	8	9
Total	17	17		17	17	17	17	17		17	

Siglas y abreviaturas: H = hombres; M = mujeres; Indig. = indígenas; I.P. = instrucción primaria; S.I. = sin instrucción.

Oficio	N°	Salud mental	N°	Salud corporal	N°	Procesados	N°	Condenados
Cocinero	1	Locos	0	Enfermos	0	Manuel L. Núñez, por injurias en el sumario	1	0
Costurero	1	Dementes	0	Sanos	17	Narcizo Hidalgo, por injurias en el sumario tribunal	1	0
Agricultores	5	De sano juicio	17			Manuel Núñez P., por falsific. de diligencia judicial	1	0
Arrieros	3					Felix Aranibar, por abuso de autoridad	1	0
Artesanos	4					Asencio Cómara, por secuestro	1	0
Comerciantes	2					José A. Pérez, por hurto	1	0
Sin oficio	1					Irma Cornejo, Tomás Díaz y Justina Lorca, por robo	3	0
						Pedro Marca y Eustaquia Linares, por homicidio	2	0
						Francisco Oviedo, por flagelación	1	0
						Gaspar Caucoto, Gavina Valverde y Martin Morales, por robo	3	0
						Manuel Montaño y Mariano Terán, por homicidio	2	0
Total	17		17		17		17	0

Fuente: AGN, Ministerio de Justicia, Corte de Justicia Superior, Moquegua 1857-1875, oficio s/n: "Estado que manifiesta el personal y movimiento de la cárcel de Tarapacá, bajo condiciones ó puntos de vista que se expresan, durante el año 1873"[51]

[51] Hemos mantenido los mismos campos informativos y sus denominaciones según el documento original.

El juez de paz era en la gran mayoría de los casos un representante de la comunidad. No era un funcionario permanente, sino que su cargo era rotativo entre los comuneros (1 un año en el ejercicio). Durante gran parte del siglo XIX el juez de paz estructuró diversos tipos de relaciones de poder con las autoridades municipales y políticas distritales, debido a su origen municipal y a su naturaleza vecinal. Asimismo, los jueces fueron considerados como una "autoridad" reconocida por la comunidad dada su condición de "buen vecino", mediador de conflictos intracomunitarios[52]. No obstante, al ser un cargo rotativo, no siempre la comunidad sabía exactamente quién ostentaba el cargo de juez de paz. Lo anterior se advierte en un juicio sobre el despojo de tierras en Chapiquiña el 9 de enero de 1878 de acuerdo a los descrito por Aguilar y Cisternas (2007). Puntualmente, Gregorio Larba –indígena de la localidad de Belén– envía un recurso al juez de primera instancia de Arica apelando que lo han confundido con el juez de paz de Belén en un diferendo promovido con meses de duración: "Señor Jues de 1ª Instancia/ Gregorio Larva indígena vecino de Belen y de trancito en esta ciudad ante U. respetuosamente me presento y digo: - que Gregorio Apas ha seguido juicio de despojo judicial en mi contra, suponiendome jues de paz del lugar de mi residencia, siendo asi que Don Eugenio Pilco es el Juez de Belén"[53].

Este tipo de acusaciones que señala Gregorio Larva es frecuente en la documentación, debido a que los jueces de paz al formar parte de la comunidad -y como tal poseían propiedades, pagaban las contribuciones dentro del formato de responsabilidad ciudadana- por lo que en algunos casos eran presuntos implicados en los diferendos. Un caso similar, se advierte en Laonzana, donde algunos jueces estaban involucrados en conflictos por propiedades: "Señor Juez de Primera Instancia:/ Francisco Oxa vecino del pueblo de Laonzana ante US digo: que en la quebrada arriba de Tarapacá, a distancia de menos de una milla abajo del pueblo de mi residencia, poseo una tierras en el pago nominado de cuchillani colindantes

[52] LOVATON, David - MARQUEZ, Jaime - ARDITO, Wilfredo - MONTOYA, Iván, Justicia de Paz. El otro Poder Judicial (Instituto de Defensa Legal, 1999), pp. 249

[53] AJA, legajo 226, pieza 1, f. 12v.

con terrenos que poseen Manuel y Mariano Guacte por la parte de abajo; y por la de arriba con tierras de Pedro Vilca, quebrada grande por medio por un costado por el cerro collpacollpa, y por el otro con la ceja del río y el camino principal que conduce de Tarapacá a Laonzana, cuyo terreno se halla cercado y labrado por mi en su mayor parte./ Deseando que mi posesión conste legalmente, ocurro a su integridad para que se sirva ampararme en ella, para el efecto se servirá mandar testigos que declaren al tenor de las preguntas siguientes: /1° digan si conocen los terrenos arriba mencionados./ 2° diga si es verdad que poseo dicho terreno por el espacio de veinte tres años, teniéndolo sembrado de alfalfa, si contradicción alguna./ Para el efecto se ha de comisionar al juez de paz tercero de la terna que es Manuel Vilca a excusa de que el primero Alejo Cruz y segundo Eugenio Barreda tienen enemistad grave conmigo librando por el efecto el respectivo despacho en lo que a US pido en justicia, otro sí digo:/ Que siendo yo de la casta indigenal debo usar de papel del sello sexto, y no habiéndolo notoriamente presento este escrito, en papel del sello quinto para que teniéndose como reintegro se emplee papel común en las actuaciones y en el despacho./ Iquique Septiembre 4 de 1865./ A ruego de Francisco Oxa, Pedro Caballero”[54].

Otro caso es el del el juez de paz de Socoroma Fernando Vildoso. El 17 de septiembre de 1858, Manuel Mamani a nombre de su esposa Carmen Flores “indígena” originaria del Distrito de Socoroma entabla querella de despojo judicial ante el juez de primera instancia de Arica, por unos terrenos que Buenaventura Flores le había cedido a su esposa, y que: “el jues de Paz Vildoso, con mas imperio que la misma ley, y con una autoridad sin limite, por nada mas de haber demandada por si de nombre de su esposa Pablo Quintero, la propiedad de dichos terrenos, sin ver a las partes ni sitarlas en la forma que previene el articulo 74 de la ley reglamentaria de los juecez de Paz, ni estenderse el acta que menciona el 75 del mismo reglamento, a mandado, caprichosamente, que no deba cultivar ni disponer de dichos terrenos, por no ser quien deba disfrutar de ellos”[55].

[54] APT, volumen 75, sin folio.
[55] AJA, legajo 313, pieza 2, f.1r –f.1v.

Tenemos un juez que aprovecha la coyuntura que le proporciona su cargo para su propio beneficio, incluso vulnera la jurisprudencia que norma a los jueces de paz. El juez Vildoso es acusado de atropellos, de realizar tasaciones de propiedades a su antojo; incluso es reemplazado durante el litigio por el juez de Poconchile. Contrariamente, la defensa de Vildoso expone que el terreno lo deseaba para disponerlo a la venta "en cuia virtud les dije sin biolentados ni espojar al uno ni al otro de lo que cada uno abia trabajado, que siguiese y se preparasen a comprarlo, pues trataba por poner en conocimiento del gobierno, y que estubo seguro lo conseguiria este fondo a beneficio del templo que se trabajaban en este pago, quedando cada uno en posecion de lo que tenia"[56]. Vildoso, al parecer actuó en favor de la comunidad, al buscar los recursos para la restauración de la iglesia de Socoroma.

Sobre las denominaciones Aguilar y Cisternas (2007) describen categorías en torno a los jueces de paz, los cuales son también consignados como Jueces de Paz Territorial y Juez de Paz habilitado u oficial[57]. De igual modo, existían "jueces de paz accésit", considerado como "jueces de paz accidentales". Al parecer la diferencia era que el Juez accidental correspondía a un juez auxiliar o de reemplazo, sin embargo, no poseían la oficialidad debida al carecer de Juramento[58]. Mientras que el territorial poseía el nombramiento[59].

[56] AJA, legajo 313, pieza 2, f.1r –f.1v.

[57] Era común que el Juez de Primera Instancia no conociera al Juez de Paz subordinado, por lo que, al envío de algún recurso se refiriera a él como al Juez de Paz habilitado del pueblo.

[58] AJA, legajo 327, Pieza 3, f19v. En una petición para delimitar un deslindes en una Hacienda en el valle de Lluta, en el pago de Caghilana o Siasacapa, el comunero Manuel Lozano envío el siguiente recurso: En arica marzo 10 de 1871 Manuel Lozano envio otro escrito al juez de 1 instancia solicitando que asista al apercibimiento del deslindes a ejecutarse el dia 11 [sabado?] porque el juez de paz comisionado esta ausente y los accidentales no han prestado juramento. Siendo esta situación muy incoveniente y perjuciosa haci su persona (f.3r.) De ese modo, queda claro que los jueces accidentales eran auxiliares del juez de paz. Al ausentarse éste, se invalidaba su accionar, pues carecían de la legitimidad del juramento.

[59] ADT, Corte Superior de Justicia, Causas civiles, legajo 53, cuaderno 1624.

Un juicio en Livilcar el 5 de marzo de 1873, deja entrever las diferencias entre el juez territorial y el accidental en torno a la elaboración de documentos. En un acto conciliatorio realizado en el Pueblo de Tignamar el 7 de febrero de 1873 Asunta Colque entrega un terreno en el pago de Lluscuma en el punto denominado Irana Corilarune y también higueras a favor de Mariano Colque. Dichos terrenos eran ocupados indebidamente por Bartolomé Bidaurre, quien a través de un recurso se opuso. Sin embargo, Mariano Colque se defendió al desacreditar el documento de oposición: "Es nulo el documento indicado por que es otorgado ante persona que no muestra el carácter de Juez de Paz como se supone y aparece en el , sino que lo era entonces Don Nicolas Arco, y ademas es mucho tambien, porque suponiendo que hubiera sido tal Jues de Paz el tal Tomas Alave este no podria autorizar semejante documento por ser casado con una prima hermana carnal de Bartolomé Vidaurre: Suponiendo tambien que hubiese Jues de Paz assidental [?] o secante, an tampoco podia autorizar dicho documento , sin que el Juez propietario por impedimiento legal no le hubiera pasado la correspondiente vista que en tal caso solo podria entonces autorizar el documento aludido. Si Tomas Alave no fue Juez de Paz cuando autorizo el espresado documento, es claro que este no tuvo facultad no fue competente para autorizar el acto que aparece practicado ante el; y por esto debe someterse a juicio al dicho Alave. Si el Juez de Paz propietario Don Nicolas Arco que lo fue entonces no tuvo impedimietno legal como lo probase es evidente que claro como la luz del medio dia que la autorización o el auto practicado ante le preindicado Tomas Alave es nulo de hecho y de derecho como lo tengo expuesto"[60].

Se advierte que el juez de paz territorial también es denominado como Juez Propio, mientras que el juez accidental era conocido como "juez secante". Este último a pesar que podía elaborar escritos, era un subordinado del juez de paz territorial, ya que requería de su aprobación[61]. Entre los jueces a nivel local, existe

[60] AJA, legajo 292, pieza 6, f.11r.
[61] AGUILAR, Julio - CISTERNAS, Priscilla, Tierra y Agua en el Perú Sur Andino: Conflictos y Estrategias de Resolución en las Comunidades Indígenas 1830-1880 (Tesis para optar al grado de Profesor de Historia y Geografía, UTA, 2007).

una relación burocrática subalterna, participando de la estructura jurídica nacional, aun cuando son todos comuneros de un mismo poblado.

Pero los conflictos entre jueces y comuneros no fue la única tónica. Existieron casos donde los jueces de paz entablaron serias disputas con altas autoridades como el gobernador, lo que significó que se reevaluaran las elecciones de autoridades de acuerdo a criterios de garantizar la convivencia entre los pobladores, para que se ajustaran todos a derecho y no trasgredieran la normativa republicana peruana. Cada vez que los jueces, los comuneros, los tenientes alcaldes y los gobernadores apelaban a las disposiciones legales y ejercían sus derechos jurídicos, estaban profundizando los compromisos con una ciudadanía política que se construía en la periferia del Estado. A saber: "Señor Coronel Sub Prefecto/ El ciudadano Pablo Cavesas Jues de pás del pueblo de Sivaya, ante VS. con el más profundo respeto dise: que no siéndole posible sufrir por más tiempo los hechos y atentados del Governador de aquel Distrito Don Manuel Ilaja, le és forsoso en representación de sus derechos informar a VS. de los hechos siguientes:/ En las últimas elecciones desgraciadamente me elijieron Jues de pás, y sin embargo de haber hecho presente en la mesa permanente no podía ser tal, en rasón de que no pagaba contribución ninguna al estado, fui electo, y el Señor Presidente prosedió a recibirme./ Practicada mi resepción, el Governador Ilaja, asegurando que VS. le había dicho no haber dado orden para que me resibiese, principió a conbocar a los de su amaño para que no me ovedeciesen, haciéndoles entender que él mandaba y se había de cumplir precisamente, y cuyo aserto Señor Coronel, probaría (a) su tiempo con testigos de esepreción, en cuya casa a mí personalmente me dijo, no me reconocía por tal Jues, y que él mandaba no se me reconosiese./ El día martes último de carnabales, reunido Ilaja con muchos en la plaza pública hiso se enarbolase una vandera negra y en ella retratada una calavera, sin más objeto que insultar directamente mi persona y autoridad que represento; permitiendo además, se diesen allí bastantes tiros de pistola y dobles de campanas; pues aun cuando pudo haber sofocado todos estos insultos, supuesto que a él le está encomendado el orden público, en obsequio de sus atribuciones, por el contrario los autorisaba, y dió lugar a toda

clase de desórdenes y que hubiesen fuertes choques entre algunos individuos de los que (como es de esperarse) resultaron funestas consecuencias, hasta el estremo de que por poco no susedió una muerte. Con tal conducta que ha observado el Governador Ilaja, ¿qué concepto se podría formar de él? ¿podrán los habitantes de aquel miserable distrito disfrutar de pás y tranquilidad, siendo su Jefe el que fulmina la discordia? ¡Esto es imposible! y lo que importa a VS. Señor Coronel Subprefecto, es proveer oportunamente el remedio antes que los males se hagan más trascendentales"[62].

Un dato no menor lo constituye la participación electoral en la zona, donde la ritualidad cívica de los comicios, congregando a toda la membresía nacional peruana, de acuerdo a la ley de elecciones de 1867, permitió que mediante esta vía los pobladores andinos asumieran cargos de representación popular, asumiendo la política al interior de la comunidad. En tal sentido, en Sibaya se registraron los siguientes resultados: "Iquique, febrero 5 de 1876/ Al Gobernador del Distrito de Sibaya:/ El fiscal de este distrito en vista del oficio fecha 18 de diciembre último, ha expedido el dictamen siguiente: 'Señor Prefecto = La ley orgánica de municipalidades previene que los miembros de los Consejos de Distrito, a excepción de los dos síndicos, que se nombran por la junta directiva del Consejo Provincial, serán elegidos por los ciudadanos al mismo tiempo y en la misma forma que se elijan los colegios electorales, y como por el oficio anterior se viene en conocimiento que en el Distrito de Sibaya, se ha practicado la elección de su consejo sujetándose al artículo 138 de dicha ley, cuando ha debido ser según el artículo 122 de sólo los que debían reemplazar a la mitad de los concejales salientes, quedará absuelta la consulta que hace por dicho oficio al Gobernador de aquel Distrito, con las indicaciones antes dichas y con la prevención, de que la elección ha de hacerse por los ciudadanos que estén en [...] posesión del derecho de sufragio, y en la misma forma que se elijan los colegios electorales, como lo establece el citado artículo 22, no teniendo ya aplicación el 138 que fue transitorio y que debe suponer el consultante como si ya no existiera, y debiendo hacerse dicha elección lo más pronto posible.- Iquique enero 27 de 1876

[62] AJI, legajo 1557, pieza 3, 1849.

= S.P. Roldán'. Se trascribe a US para su inteligencia y para que norme sus procedimientos a las prescripciones legales citadas en el anterior dictamen fiscal./ Dios Guarde a US."[63].

Siguiendo a Agulhon[64], el sufragio se constituye como un factor de educación y politización de la sociedad. Para las comunidades disponer del derecho a voto y utilizarlo es servirse de él, aprendiendo de igual modo a debatir los asuntos públicos regionales y nacionales; en definitiva, hacer política[65]. Las condicionantes de la politización se enmarcan en las estructuras que la república liberal proclama, la cual mediante mecanismos como el voto o la articulación de la justicia pública en el seno comunitario, generan que la política se desplace a la aldea y se convierta paulatinamente en una dimensión cardinal de la vida local de los pobladores andinos durante el siglo XIX[66].

Ciudadanía política y comunidad. Comentarios finales.

Por imitación, por contactos repetidos, por aproximaciones intersociales o por impregnación, la política irriga e inunda en infinidad de sentidos la estructura interna de la comunidad[67]. Entre los pequeños terratenientes (que vive con frecuencia en el pueblo), el médico (que a menudo es capaz de atender gratis a los pobres), o el abogado (defensor de las comunidades), los obreros de los minerales de plata en Huantajaya, de las calicheras, de las guaneras de las islas chinchas y el campesino hay circulación de ideas e influencias sociales y políticas[68]. Los jueces de paz en cada pueblo fueron "intermedios culturales" en la politización de los Andes tarapaqueños[69].

[63] APT, fojas 578-579.

[64] AGULHON, Maurice, La République au village. Les populations du Var de las Révolution à la IIª République (Seuil, 1979).

[65] Ibíd.; DÉLOYE, Yves, Sociología histórica de lo político (Santiago, LOM Ediciones, 2004).

[66] AGULHON, Maurice, 1848, le suffrage universal et la politisation des campgnes fracasesen Histoire vagabonde (Paris, Gallimard, 1996).

[67] DÉLOYE, Yves, Sociología histórica de lo político (Santiago, LOM Ediciones, 2004).

[68] Ibíd.

[69] DÍAZ ARAYA, Alberto, Chilenización y comunidad andina. Educación, reclutamiento militar y articulaciones en Putre. 1883-1929 (Tesis de Magíster en Antropología Social, Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo R. P. Gustavo Le Paige, Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama, 2006).

Es una politización por impregnación que acentúa a su vez, los momentos de efervescencia colectiva de la comunidad: como la fiesta patronal o el carnaval, donde se discuten en ocasiones temáticas políticas que generan conflictos entre los miembros del poblado, como se describió en los párrafos precedentes[70]. La asignación de autoridad al juez de paz permitió el establecimiento de redes sociopolíticas y administrativas en el orden burocrático. Los jueces fueron actores intermedios con diversos discursos, actuando en su praxis política como bisagras entre la comunidad y el Estado[71]. A decir de Ruz, el accionar de los jueces se circunscribe a "esferas privadas de poder". Este actor –el juez– investido por el Estado era validado y reconocido localmente; poseía de igual modo "el conocimiento de la comunidad, sus ritos, sus esferas simbólicas, sus demarcaciones y la participación y promoción en estos razonamiento"[72]. Sintetizando lo anterior, las comunidades andinas articularon una praxis política intermedia, lo que significó ciertos "acomodos" o negociaciones en una multiplicidad de aristas[73].

El camino recorrido por las comunidades andinas durante el siglo XIX se circunscribe a diversas modalidades de prácticas sociales e identitarias, donde la heterogeneidad de las situaciones políticas y culturales describen varios formatos para responder al proyecto liberal y republicano, asumiendo posturas evidentemente contradictorias, ya sea al incorporar las regalías fundadas en la ciudadanía o al apelar al viejo discurso colonial para que fueran reconocidos sus derechos y costumbres sobre

[70] DÉLOYE, Yves, Sociología, cit. (n.).
[71] DÍAZ ARAYA, Alberto, Chilenización y comunidad andina. Educación, reclutamiento militar y articulaciones en Putre. 1883-1929 (Tesis de Magíster en Antropología Social, Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo R. P. Gustavo Le Paige, Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama, 2006).
[72] RUZ, Rodrigo, Escrituras, olvido y memoria. Títulos de propiedad, olvido y prácticas en la tierra aymara. Tarapacá, Siglo XIX/XX, en Revista Dialogo Andino, 26 (2005), p. 101.
[73] ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal, Poderes locales en la primera mitad del siglo XIX, en Histórica, 21 (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997) 1. Véase también: RUZ, Rodrigo, Escrituras, olvido y memoria. Títulos de propiedad, olvido y prácticas en la tierra aymara. Tarapacá, Siglo XIX/XX, en Revista Dialogo Andino, 26 (2005).

las tierras. La participación política a nivel local que ya se venía perfilando desde finales del siglo XVIII, según lo propuesto por Guarisco[74], al fundamentar que las organizaciones políticas indígenas en el Perú, conocidas como cabildos, no solamente fueron las instancias más pequeñas de la administración colonial, sino que constituyeron instancias políticas significativas para los comuneros, gozando incluso en algunos casos de autonomía.

Kymlicka[75] enfatiza que las comunidades se mueven bajos dos dimensiones asociadas a la participación ciudadanía. Por un lado, la dimensión práctica – política donde se interpreta el acto ciudadano como una forma de participación activa en las cosas públicas; esta pueden ser, por ejemplo, el acto de inscribir tierras, asistir y demandar establecimientos educacionales, aprobar las normas de salud e higiene diseñadas desde un plan estatal, participar en elecciones, inscribirse en registro de identificación, entre otras. Por tal motivo, la participación política exige sacrificio, una abnegación individual para beneficio colectivo. La segunda dimensión guarda relación con la exigencia de las minorías; supone al mismo tiempo, el reconocimiento y las garantías públicas de sus derechos y deberes como sujetos privados.

La identidad en este tejido histórico, debe ser comprendida como una representación que poseen los diferentes sujetos (indígenas andinos para el caso estudiado) en el espacio social y de las múltiples relaciones con otros sujetos que ocupan de igual forma la misma posición, o a su vez, posiciones diferenciadas en el mismo espacio, "en cuanto representación de un sí mismo o de un nosotros socialmente situados, la identidad es esencialmente distintiva, relativamente duradera y tiene que ser socialmente

[74] GUARISCO, Claudia, Etnicidad y ciudadanía en México y Perú (1770-1850), en Documentos de Investigación del Colegio Mexiquense, 84 (México, 2004).

[75] KYMLICKA, Will, Las fuentes del Nacionalismo, en MCKIM, Robert - MACMAHAN, Jeff, La moral de los nacionalismo, I: Orígenes, psicología y dilemas de parcialidad de los sentimientos nacionales (Barcelona, Gedisa, 2003), p. 88.

reconocida"[76]. En el escenario comunitario la ciudadanía llegó a ser un recurso utilizado por los indígenas andinos[77]. La ciudadanía en términos de su praxis comunitaria, se debe más a los procesos locales de adopción, que no abandonan por tanto sus intereses o su pertenencia local, que a una acción concertada del Estado. La comunidad local, al ejercer los derechos y deberes ciudadanos dentro de los términos de una praxis política como lo constituye la participación en la administración de la justicia, genera una representación performativa en torno a cierta identidad ciudadana[78].

[76] GIMÉNEZ, Gilberto, Modernización, cultura e identidades tradicionales en México, en Revista Mexicana de Sociología, 4 (México, 1994), p. 261. Para Giménez la noción de identidad étnica apela a una especificación social basada en la autopercepción subjetiva que tienen de si mismo los actores llamados grupos étnicos. Se trata de unidades social y culturalmente diferenciadas, constituidas como grupos involuntarios que se caracterizan por formas tradicionales y no emergentes de solidaridad social, y que interactúan en situación de minorías dentro de sociedades más amplias y envolventes, Giménez, Gilberto Modernización, cultura e identidades tradicionales en México, Revista mexicana de Sociología, nº 4, México, 1994, pp. 267. A su vez, cuando existe un refuerzo permanente en la comunidad debido a intereses o prácticas políticas, es posible, siguiendo a BRASS, Paul, Ethnicity and Nationalism. Theory and Comparison (New Delhi, Sage Publications, 1999), p. 19, que bajo ciertas circunstancias (como es el caso de la chilenización en la zona andina, las comunidades étnicas se transformen en nacionales.

[77] ANDAUR, Carolina, Descubrimiento y conquista del ejercicio ciudadano. Las poblaciones andinas de Tarapacá a mediados del siglo XIX, en Los Andes entre el tributo y la Nación: las comunidades aymaras durante el siglo XIX (Iquique, Universidad Bolivariana, 2005).

[78] HOMI, Bhabha, El lugar de la cultura (Buenos Aires, Manantial, 2002), p. 19, expone que el compromiso cultural, ya sea antagónico o afiliativo, se producen performativamente. La representación de la diferencia no debe ser leída apresuradamente como el reflejo de rasgos étnicos o culturales ya dados en las tablas fijas de la tradición. La articulación social de la diferencia, desde la perspectiva de la minoría, es una compleja negociación en marcha que busca autorizar los híbridos culturales que emergen en momentos de transformación histórica. El derecho a significar desde la periferia del poder autorizado y el privilegio no depende de la persistencia de la tradición; recurre al poder de la tradición para reinscribirse mediante las condiciones de contingencia y contradictoriedad que están al servicio de las vidas de los que están en la minoría [...] los compromisos fronterizos de la diferencia cultural pueden ser tanto consensuales como conflictuales; pueden confundir nuestras definiciones de la tradición y la modernidad; realinear los límites habituales entre lo privado y lo público, lo alto y lo bajo, y desafiar las expectativas normativas de desarrollo y progreso. Por su parte, TILLY, Charles, Citizenship, Identity and Social History, en Internacional Review of Social History, Supplements (Melbourne, The Press Syndicate of the University of Cambridge, 1996), pp. 227, señala que la identidad ciudadana se refiere a la representación colectiva de esa experiencia conjunta que, a su turno, procura un sentimiento de unidad.

Bibliografía

Archivos

Archivo Departamental de Tacna (ADT), Documentos republicanos anteriores a 1880, Corte Superior de Justicia, Perú.
Archivo General de la Nación, Perú (AGN), Ministerio de Justicia, Corte de Justicia Superior, Moquegua, 1857-1875, Perú.
Archivo General de la Nación, Perú (AGN), Ministerio de Justicia, Prefectura de Tarapacá, Perú.
Archivo Nacional de Chile, Archivo de la Prefectura de Tarapacá (APT), Chile.
Archivo Nacional de Chile, Archivos Judiciales de Arica (AJA), Chile.
Archivo Nacional de Chile, Archivos Judiciales de Iquique (AJI), Chile.
Biblioteca Nacional del Perú (BNP).

Artículos y libros

Aguilar, Julio - Cisternas, Priscilla, Tierra y Agua en el Perú Sur Andino: Conflictos y Estrategias de Resolución en las Comunidades Indígenas 1830-1880 (Tesis para optar al grado de Profesor de Historia y Geografía, UTA, 2007).

Agulhon, Maurice, 1848, le suffrage universal et la politisation des campgnes fracasesen Histoire vagabonde (Paris, Gallimard, 1996).

Agulhon, Maurice, La République au village. Les populations du Var de las Révolution à la IIª République (Seuil, 1979).

Aljovín de Losada, Cristóbal, Poderes locales en la primera mitad del siglo XIX, en Histórica, 21 (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997).

Aljovín de Losada, Cristóbal, Prácticas políticas y formación de ciudadanía, en Chile-Perú, Perú-Chile: 1820-1920. Desarrollos políticos, económicos y culturales (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005).

Aljovín de Losada, Cristóbal, Sufragio y participación política. Perú: 1808-1896, en Aljovín de Losada, Cristóbal - López, Sinesio (editores), Historia de las elecciones en el Perú (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005).

Andaur, Carolina, Descubrimiento y conquista del ejercicio ciudadano. Las poblaciones andinas de Tarapacá a mediados del siglo XIX, en Los Andes entre el tributo y la Nación: las comunidades aymaras durante el siglo XIX (Iquique, Universidad Bolivariana, 2005).

Ardito, Wilfredo, Justicia de paz en el Perú, en Allpanchis. Instituto de Pastoral Andina, año 34, N° 60 Cuzco, 2002).

Brass, Paul, Ethnicity and Nationalism. Theory and Comparison (New Delhi, Sage Publications, 1999).

Castro, Luis - Figueroa, Carolina, Continuidad y cambio: la institución del cacicazgo en Tarapacá (norte de Chile) desde el lapso tardo-colonia al período republicano (ms. 2005).

Chiaramonti, Gabriella, A propósito del debate Herrera-Gálvez de 1849: breves reflexiones sobre el sufragio de los indios analfabetos, en Aljovín de Losada, Cristóbal - López, Sinesio (editores), Historia de las elecciones en el Perú (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005).

Contreras, Carlos - Marcos Cueto, Historia del Perú contemporáneo (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2000).

Contreras, Carlos, Estado republicano y tributo indígena en la sierra central en la post-Independencia, en Revista Histórica, 13 (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989).

Del Castillo, Miguel - León, Angélica, Las Prefecturas en el Perú (1823-1919). Catálogo de Memorias de gobierno de Prefectos y Subprefectos, en Revista del Archivo General de la Nación, 16 (2ª época, Lima, 1997).

Déloye, Yves, Sociología histórica de lo político (Santiago, LOM Ediciones, 2004).

Díaz Araya, Alberto, Chilenización y comunidad andina. Educación, reclutamiento militar y articulaciones en Putre. 1883-1929 (Tesis de Magíster en Antropología Social, Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo R. P. Gustavo Le Paige, Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama, 2006).

Díaz, Alberto De la cordillera al mar. Una reflexión histórica sobre los aymaras chilenos y los mercados regionales, en Boletín International Fellowship Program. Leadership for Social Justice Institute, 2 (2004).

Dunaway, Nicole, Crisis del cacicazgo, participación política indígena y estado colonial en los corregimientos de Arica y Tarapacá, 1780-1815 (Tesis para optar al Grado de Magíster en Historia, Mención en Etnohistoria, Facultad de Filosofía y Humanidades, Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, 2003).

Foucault, Michel, Vigilar y castigar (México, Siglo XXI Editores, 1997).

Giménez, Gilberto, Modernización, cultura e identidades tradicionales en México, en Revista Mexicana de Sociología, 4 (México, 1994).

González, Héctor, Los aymaras de la región de Tarapacá y el periodo republicano temprano (1821-1879) (Documento de Trabajo de la Comisión de Verdad Histórica y nuevo trato, Sub grupo Pueblo Aymara, Santiago, 2002).
Guarisco, Claudia, Etnicidad y ciudadanía en México y Perú (1770-1850), en Documentos de Investigación del Colegio Mexiquense, 84 (México, 2004).

Homi, Bhabha, El lugar de la cultura (Buenos Aires, Manantial, 2002).

Kymlicka, Will, Las fuentes del Nacionalismo, en McKim, Robert - MacMahan, Jeff, La moral de los nacionalismo, I: Orígenes, psicología y dilemas de parcialidad de los sentimientos nacionales (Barcelona, Gedisa, 2003).

Lovaton, David - Marquez, Jaime - Ardito, Wilfredo - Montoya, Iván, Justicia de Paz. El otro Poder Judicial (Instituto de Defensa Legal, 1999).

Martínez, Gabriel, El sistema de los Uywiris en Isluga, en Espacio y Pensamiento (La Paz, Hisbol, 1989).

Núñez, Francisco La participación electoral indígena bajo la Constitución de Cádiz (1812-1814), en Aljovín de Losada, Cristóbal - López, Sinesio (editores), Historia de las elecciones en el Perú (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005).

O'Phelan, Scarlet, Kurakas sin sucesiones. Del cacique al alcalde de indios. Perú y Bolivia 1750-1835 (Cuzco, CBC, 1997).

Ruz, Rodrigo, Escrituras, olvido y memoria. Títulos de propiedad, olvido y prácticas en la tierra aymara. Tarapacá, Siglo XIX/XX, en Revista Dialogo Andino, 26 (2005).

Thurner, Mark, Los indios y la repúblicas entre 1830-1880, en Historia de América Andina, Creación de las repúblicas y formación de la nación (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003).

Thurner, Mark, Republicanos y la comunidad de peruanos: Comunidades políticas inimaginadas en el Perú postcolonial, en Revista Histórica, 20 (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996).

Tilly, Charles, Citizenship, Identity and Social History, en Internacional Review of Social History, Supplements (Melbourne, The Press Syndicate of the University of Cambridge, 1996).

Urquieta, Débora, De campesino a ciudadano. Aproximación jurídica (Cusco, Centro Bartolomé de Las Casas, 1993).

Walker, Charles, De Tupác Amaru a Gamarra: Cuzco y la formación del Perú Republicano 1780-1840 (Cusco, Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de Las Casas, 1999).

LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Milka Castro Lucic[79]

El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, constituye actualmente el hilo rojo que recorre todos los ámbitos del debate sobre sus derechos humanos

(Rodolfo Stavenhagen)

Introducción

Los pueblos indígenas han debido sobrellevar a lo largo de sus historias, los impactos generados como consecuencia de las políticas discriminatorias impuestas por los Estados nacionales al negarles la existencia como colectividades con su propia cultura y derecho propio conminándoles a acatar las políticas de asimilación e integración, y la concepción occidental del derecho. En Chile, con el inicio de la vida republicana, se concede a la población indígena la igualdad jurídica y la ciudadanía que la Constitución concedía a todos los habitantes del país, quedando los derechos de aquellos excluidos del sistema[80]. La igualdad jurídica fue el elemento homogeneizador de la sociedad chilena. Una de las primeras medidas que impone el Estado en los territorios ocupados fue otorgar la condición de ciudadanos por derecho de residencia

[79] Directora del Programa de Antropología Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Antropóloga, Magíster en Historia, y Doctora en Antropología por la Universidad de Barcelona.

[80] El bando supremo del 4 de marzo de 1819, que eximió de tributo a los indígenas y les otorgó la ciudadanía señala textual: "El sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esa porción preciosa de nuestra especie continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto, declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos, y libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz y representación concurriendo por si mismos a celebrar toda clase de contratos, a la defensa de sus causas, a contraer matrimonio, a comerciar, a elegir las artes que tengan inclinación, y a ejercer la carrera de las letras y las armas, para obtener los empleos políticos y militares correspondientes a su aptitud."

a todos aquellos quienes lo solicitaran. Los nuevos ciudadanos debían acatar el mandato emanado del cuerpo jurídico chileno que no tomaría en cuenta las formas distintas de ocupación y significación cultural de los territorios que las comunidades indígenas poseían (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003).

En este mismo sentido, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas requiere cambios de mentalidad de la sociedad y cambios en las instituciones jurídicas y políticas. En esta presentación propongo aportar algunas ideas en esa dirección, revisando parte del tejido conceptual en el que se encuentran los derechos colectivos de los pueblos indígenas; me referiré a los pueblos indígenas, territorio y derechos colectivos, conceptos elementales y polémicos.

Los pueblos indígenas ¿Quiénes son?

En el mundo existen alrededor de 5.000 grupos indígenas compuestos de unos 370 millones de personas que viven en más de 70 países de cinco continentes. Aun cuando la mayoría continúa viviendo en zonas rurales, la migración hacia las zonas urbanas es un fenómeno que va en aumento generando diferencias culturales, sociales, políticas y económicas. Una diferencia clave entre los habitantes urbanos y rurales, radica en que mientras en el sector rural la economía está estrechamente sujeta a sus tierras y territorios y la cultura se reproduce en cada acto de la cotidianidad, en el sector urbano se fomenta su participación en la economía y cultura urbana, con todas las consecuencias que ello significa; la diversidad de personas de ascendencia indígena en tiempos y espacios, es enorme. A estas diferencias se suma una multiplicidad de conceptos para referirse a los pueblos indígenas como: indios, nativos, originarios, autóctonos, etnia, minorías, indígenas. Rodolfo Stavenhagen (2006) ha expresado que una cuestión, sin resolver todavía, es responder ¿quiénes son esos pueblos en la práctica, cuáles son las unidades que han de ser reconocidas como sujetos del derecho (comunidad, tribu, grupo etno-lingüístico, territorio etc.), qué criterios son utilizados para definirlos y quiénes establecen estos criterios y con qué propósitos?

A partir de las actividades del sistema de Naciones Unidas se ha trabajado para acordar criterios y ello ha sido a partir de la definición elaborada por el Relator José R. Martínez Cobo la que ha tenido la más amplia aceptación, marcando derroteros. Naciones Unidas califica esta caracterización como una "definición práctica", considerando que "son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos a otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales" (Martínez Cobo, 1986).

En esta caracterización sobresalen como contenidos: la preexistencia (derecho territorial), la diferencia cultural y la auto identificación; y como rasgos constitutivos la invasión y la colonización. La ventaja de esta definición es que evita el esencialismo y con ello evita a relacionar una identidad que es dinámica, con formas de vida tradicional (Assies, van der Haar, y Hoekema, 1999).

Con posterioridad al estudio de Martínez Cobo, en 1982 Naciones Unidas se creó el Grupo de Trabajo Sobre Poblaciones Indígenas, que trabajaría en una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Este Grupo especifica los factores a tener en cuenta para la comprensión del concepto indígena: a) la prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio; b) 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; c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no (Naciones Unidas, 2009).

Los antecedentes expuestos han sido recogidos y expresados en el Convenio Nº 169 de la OIT (1989), que si bien no define propiamente quiénes son los pueblos indígenas, proporciona criterios para describir a quiénes propone proteger[81]. Estos criterios son: estilos tradicionales de vida; cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, p.ej. la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.; organización social e instituciones políticas propias; y vivir en continuidad histórica en un área determinada, o antes de que otros "invadieron" o vinieron al área.

Existe consenso que los procesos de colonización y conquista, marcaron el origen de los pueblos indígenas como grupos diferenciados que sufrieron la invasión de sus tierras y el sometimiento a las fuerzas de opresión, y hoy son «indígenas» sus descendientes (Anaya, 2006). A pesar de gozar del reconocimiento de que constituyen grupos culturalmente diferenciados, la ambigüedad del término "indígenas" continúa siendo uno de los temas más debatidos por la falta de una definición internacionalmente concertada, situación que ha llevado a que los diferentes Estados adopten diferentes definiciones en función de sus contextos y circunstancias propios (Stavenhagen, 2006). Un ejemplo claro de ello se encuentra en la ley Nº 19.253, llamada la ley indígena, promulgada en Chile el año 1993 donde el Estado utiliza para el reconocimiento jurídico los términos: "etnias"

[81] 1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan 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; 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 la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad 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.(Art. 1)

y "comunidades" indígenas[82]. Los tres pueblos que han tenido mayoría numérica fueron reconocidos como "etnias": Aymara, Mapuche y Rapa Nui; el resto como "comunidades": Atacameña o Lican Antai, Quechua, Colla, Diaguita, Kawesqar (o Alacalufe) y Yámana (o Yaganes).

Con el fin de situar la importancia en la aplicación de estos conceptos desde una perspectiva esclarecedora, analizaré brevemente las definiciones aludidas. Para Barth (1987), etnia es un concepto relacional, por lo que no se podría definir desde el interior del propio grupo porque este no tendría estructura; su definición se daría en la interacción e identificación respecto de otros. Fernando Mires (1991) sostiene que es un elemento diferenciador y clasificador, pues al usar el concepto etnia lo que se hace es separar y clasificar a seres humanos con respecto a otros. Como elemento clasificador opera en el interior del sistema inter étnico; los grupos son étnicos en la medida en que se definen a sí mismos y son identificadas por otros, en función del idioma, la religión, la tribu, la nacionalidad o la raza, o una combinación de ellos (Stavenhagen, 2006; Cardoso de Oliveira, 2007:43)[83].

Bonfil Batalla (1972) sostuvo que etnia constituye una categoría de orden más descriptivo que analítico, que hace referencia a las características distintivas de los grupos y no a su posición dentro de las sociedades globales de las que forman parte. No alude a

[82] 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 de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana 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.

[83] "La etnia expresa una forma de interacción entre grupos culturales articulados en un contexto social (…) la etnia es un concepto relacional, una relación, las poblaciones nacionales se transforman en etnias sólo cuando interactúan con grupos minoritarios, pasando a ser orientadas por ideologías étnicas (o raciales) e invistiéndose con identidades sociales contrastantes, marcadas por símbolos étnicos" Cardoso de Oliveira, 2007:180)

su historia ni a su autonomía perdida. Frente a estas definiciones que aluden a la diferenciación, la clasificación o descripción, la pregunta que se desprende ¿por qué etnia y no pueblo? Villoro (1998) aporta un argumento clave cuando dice que el concepto etnia se aplica a comunidades de cultura no necesariamente vinculadas a un territorio, ni con la voluntad de constituirse en nación. En tanto que el concepto de pueblo, parafraseando al autor, si bien es un término que se utiliza con cierta vaguedad pues podría aplicarse a una etnia o a un Estado Nación; y el derecho internacional le ha asignado importancia por su vinculación con el derecho colectivo a la autodeterminación.

En el proceso de redacción del Convenio 169 promulgado el año 1989, el concepto pueblo fue aceptado por cuando coincidía con la terminología utilizada por los propios pueblos indígenas y el derecho internacional. Hubo acuerdo en dos aspectos: uno, que el término pueblo reflejaba mejor la identidad, característica a la que debería aspirar un convenio revisado con el fin de reconocer a estos grupos de población; y el otro; que la utilización del término pueblos en el 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 (OIT, 2009:25). Artículo 1.3 del Convenio señala expresamente que la utilización del térmi¬no 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. Sin embargo, durante la discusión de los contenidos, para salvar las objeciones de los Estados miembros y de los representantes de los empleadores, el Comité excluyó del Convenio el derecho a la autodeterminación de los pueblos, tal como es concebido en el derecho internacional (Mereminskaya, 2011).

Años más tarde, en 2007, la Declaración de Naciones Unidas para el Derecho de los Pueblos Indígenas afirmaría explícitamente el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación: Los pueblos indígenas tienen derechos, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural; y en el ejercicio de su derecho a la libre

determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas (Naciones Unidas, 2007). Ni la Declaración ni el Convenio 169 definieron estrictamente quiénes son pueblos indígenas; pero en el Convenio se señalan los elementos que los identificaban: Continuidad histórica, es decir que son sociedades anteriores a la conquista o la colonización; Conexión territorial (sus ancestros habitaban el país o la región); Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (retienen algunas o todas sus instituciones propias).

Sobre el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha definido los derechos colectivos como aquellos "derechos de los que son titulares y se refieren a condiciones jurídicas de conjuntos organizados de personas como es el caso de las comunidades y pueblos indígenas" (OEA, 2000)

¿Por qué los pueblos indígenas tienen derechos especiales? Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) - cuyos precedentes históricos más notables son la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución Francesa (1789); la Declaración denominada Bill of Rights (Inglaterra, 1689), y la Declaración de Derechos de Virginia, en EE.UU. en 1776 -, se consolidan los intereses de los países occidentales por las libertades fundamentales del individuo. Los derechos tendrían un sesgo occidental e individualista (Stavenhagen, 2004). Dos décadas después de la Declaración, la Comisión de Derechos Humanos redactó dos tratados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (DCP) o derechos de primera generación, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), derechos de segunda generación, aprobados en 1966. Estos Tratados junto a la Declaración vendrían a formar la Carta Internacional de Derechos Humanos. En los dos pactos, en el artículo uno se establece que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho

colectivo establecen libremente su condición política"; de ello, sostiene Stavenhagen, se deriva que todos los demás enunciados en estos instrumentos internacionales están sujetos a, y se derivan de, un derecho colectivo primordial, el de los pueblos a la libre determinación (Stavenhagen, 1992)

Los derechos fundamentales no fueron suficientes para los pueblos indígenas, por lo que desencadenó como respuesta el alzamiento de muchas voces. Algunas de ellas vinieron desde los propios Relatores Especiales de las Naciones Unidas, denunciando por una parte, la violación de sus derechos humanos, su condición de víctimas del despojo y explotación, y la negación sistemática del derecho a conservar y desarrollar sus propias formas de vida; y por otra, que los mismos derechos humanos al centrar su interés exclusivamente en los derechos de los individuos frente al estado, no se ha dado importancia a las dimensiones colectivas de los derechos de los pueblos indígenas (Stavenhagen, 1988; Anaya, 2006; Tauli-Corpuz, 2014).

El reconocimiento de derechos de tercera generación o colectivos, se vincula a la necesidad de generar nuevos modelos de relaciones poscoloniales entre estados, y en el caso de los pueblos indígenas nuevos modelos con el estado. Los dos pactos que he mencionado señalan que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, sin embargo, en la práctica, por los efectos de las políticas colonialistas no ha sido posible que ello se realizara dada la situación de desigualdad en el orden político y económico mundial vigente. Este hecho quedó al descubierto con el proceso de descolonización e independencias ocurrido a mediados del siglo XX, que no liberó a los países emergentes de las estructuras mundiales del poder colonial. Los emergentes Estados soberanos repararon en la necesidad de generar nuevos escenarios que garantizaran el ejercicio pleno de los Derechos Humanos. Se inició entonces en Naciones Unidas un proceso que avanzaría hacia la proposición y discusión sobre la aplicación de nuevos derechos, los derechos de tercera generación o colectivos de los pueblos en general. Este contexto propició diversos debates y propuestas que sentaron importantes precedentes para el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos.

En la historia del reconocimiento de la existencia de derechos colectivos, destacaré al menos dos declaraciones: la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos de Argel[84] (Argel, 4 julio 1976), proclamada por un grupo de países del mundo no desarrollado. En ella se propone la "búsqueda de un nuevo orden político y económico internacional", en cuyo contexto pueda darse el respeto efectivo de los derechos humanos de los pueblos, proclamando los siguientes derechos: a existir como pueblos, a la autodeterminación política, derechos económicos, a la cultura, al medioambiente y recursos comunes. La otra declaración provino de la Conferencia de Naciones sin Estados de Europa Occidental, que tuvo lugar en Barcelona el año 1990.

En las líneas preliminares de la Declaración Universal de los Derechos Colectivos de los Pueblos[85], en el preámbulo fundamenta el derecho de los pueblos más allá de sus dinámicas propias de evolución o regresión. El hecho de que ciertas comunidades humanas han aparecido y desaparecido, o han resurgido después en la escena internacional con otras características, no significa que se pueda fundamentar la negación o la limitación del respeto debido a sus derechos colectivos, porque es un derecho de las mismas comunidades humanas erigirse en pueblos y convertirse en sujetos de los derechos colectivos, y disfrutar, de una forma imprescriptible e inalienable de estos derechos – derechos como nación, al autogobierno, al territorio, a los recursos naturales y el agua que exista, entre otros derechos contenidos en veinte artículos. Por su parte, las organizaciones indígenas consolidadas a partir de la década de los setenta dieron un impulso a los movimientos indígenas.

En Latinoamérica influyó en esta vigorización la conmemoración de 1992, cuando se cumplieron quinientos años desde que

[84] http://www.filosofia.org/cod/c1976pue.htm Visitada 3 diciembre 2014

[85] Establece una definición de pueblo: "Cualquier colectividad humana que tenga una referencia común a una cultura y a una tradición histórica propia, desarrolladas en un territorio geográficamente determinado o en otros ámbitos, constituye un Pueblo" (Art. 1)
http://www.euskalnet.net/mugarte/DECLARACION.htm Visitada 3 diciembre 2014

llegaron los conquistadores. Los colectivos que emergen tenían en sus principales demandas cambiar su relación con el Estado nación[86], y con la democracia dentro de las estructuras de poder. Hubo una diversidad de movimientos resultante de la misma condición heterogénea del ser indígena. Parafraseando a Aníbal Quijano (2006), ser indígena no alude a algo homogéneo y continúo sino a una realidad diversa y dinámica solo se puede hablar de movimiento indígena en abstracto. La dinámica de la diversidad ha dejado abierto el camino del retorno en los procesos de reindigenización o resemantización del ser indígena (Castro Lucic, 2008). Estos movimientos han reivindicado sus derechos especiales o derechos colectivos.

En el actual escenario jurídico, parafraseando a Boaventura de Sousa Santos (2007), el reconocimiento de los derechos indígenas como derechos colectivos constituye una muestra del avance hacia el reconocimiento de las diferencias culturales al interior del país, y por tanto una muestra de la construcción de una democracia intercultural, donde realmente exista esta nueva generación de derechos fundamentales de los pueblos indígenas como el derecho al agua, a la tierra, a la soberanía alimentaria, a los recursos naturales, a la biodiversidad, a los bosques y a los saberes tradicionales. Torres Rivas (1996) en la misma dirección señala que el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en la Constitución y las leyes significaría un cambio real de la perspectiva política y cultural del Estado nacional que tendría de efectos trascendentales. El autor propone sintetizar los derechos colectivos en los siguientes:

> "i) El derecho a ser reconocidos como pueblo, con identidad propia y con derechos históricos que se derivan de esa condición.
> ii) Como consecuencia de lo anterior, el derecho a la tierra y al territorios ancestrales.
> iii) Como consecuencia de los dos anteriores, el derecho a ejercer formas de autogobierno y administración propios.

[86] Estado-nación, es la identificación del Estado con una nación. A cada Estado soberano se corresponde una nación unificada.

iv) Como consecuencia de los tres anteriores, el derecho al reconocimiento y el ejercicio de un derecho consuetudinario, propio.
v) Finalmente, como efecto de todo lo anterior, el derecho a participar y decidir en la determinación de las políticas nacionales que les afectan".

Derechos colectivos y territorio.

En los párrafos precedentes me he referido a los argumentos que reconocen el territorio como un derecho colectivo. Los pueblos indígenas fueron víctimas de persistentes despojos por un modelo económico privatizador de sus territorios colectivos; por lo que hoy la recuperación - como hábitat del cual depende la supervivencia cultural y biológica de los pueblos indígenas -, es un derecho irrenunciable; exigen como base material, un territorio que no se refiera a la tenencia de una parcela privada concedida por el Estado, sino al reconocimiento de un espacio de uso social, cultural, religioso y político, vital para el ejercicio pleno de sus otros derechos colectivos. Este derecho territorial deriva de su calidad de propietarios originales y usuarios de las tierras y recursos naturales existentes en el territorio (Torres Rivas, 1996)[87].

La importancia del territorio arranca del hecho de representar el vínculo entre las personas y su lugar de origen, otorgar identidad y ser cimiento de la cultura. Constituye la base en el proceso de identificación y recomposición de los pueblos indígenas como actores con derechos colectivos (Stavenhagen, 2006). En esta dirección, uno de los aportes más importantes del Convenio Nº 169 ha sido reconocer sus derechos colectivos como pueblos, y no como derechos de personas individuales que son indígenas (Anaya, 2006)[88]. El hecho de que la implementación de este

[87] A pesar que la migración hacia la ciudad ha sido un fenómeno significativo y en ocasiones alarmante, el territorio no pierde vigencia como eje de la reproducción cultural.

[88] El Convenio señala: "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." Art.13

reconocimiento genere debilitamiento de la hegemonía de los derechos individuales, provoca contenciones a su implementación.

En opinión de Bartolomé Clavero ello se consecuencia de cómo la sociedad no indígena concibe la historia de la sociedad: "contrapone derechos colectivos de los pueblos indígenas, y derechos individuales garantizados por las constituciones. Para los no indígenas, la persona indígena, mientras que sea indígena, no puede tener por sí derechos."(Clavero, 2006:320). La mayor complejidad, señala, "proviene de la conjugación entre derechos individuales y poderes colectivos, inclusive los del estado (…) el constitucionalismo latinoamericano sigue sin romper amarras con un pasado que viene del colonialismo (Op.cit:329). Entre otros hechos que directa o indirectamente frenan el reconocimiento de los derechos colectivos, González Casanova, alude a la existencia de territorios indígenas que debiendo tener el carácter de derechos colectivos, son foco de, al menos, dos tipos de intervenciones desde el Estado. Una, ser objeto de concesiones para explotaciones de los recursos naturales, y otra, remite a las políticas públicas integracionistas que imponen estilos de desarrollo ajenos a su cultura en sus territorios. Y habría que agregar que esta política va acompañada de procesos de privatización. Estos hechos, en opinión de González Casanova (2006), son los mismos que por años han conducido a la mutilación de sus tierras ancestrales y se caracterizan por la persistencia de las dos funciones que se cumplían en las colonias, privar a los indígenas de sus tierras y convertirlos en peones o asalariados.

Los propios pueblos indígenas han denunciado la persistencia de relaciones coloniales en sus territorios al no reconocérseles el derecho a un gobierno propio, persistir relaciones de desigualdad, estar sometidos a una administración y estructura organizacional donde sus dirigentes responden a la decisión del país dominante, y los derechos son regulados por el Estado. Recientemente Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha relevado una importante arista del problema para el reconocimiento de los derechos colectivos. Advierte que "existe una subvaloración de los medios de vida y ocupaciones tradicionales de los pueblos indígenas, como las prácticas de pesca, caza y recolección, pastoreo y rotación de cultivos tradicionales. En todas las partes del mundo, los

pueblos indígenas que se dedican a esas actividades de subsistencia sostenibles, pero no sedentarias, se enfrentan a amenazas abrumadoras a sus derechos colectivos a tierras, territorios y recursos, que constituyen la base de sus medios de vida, así como de su cultura y su identidad. Como ha observado el Grupo de Apoyo Interinstitucional sobre Cuestiones Indígenas, "…las políticas nacionales de desarrollo consideran a menudo que las actividades tradicionales de subsistencia ya no son pertinentes y en ocasiones tratan de desalentarlas, incluso cuando no existen alternativas viables."[89]

La Declaración de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948) y los dos Pactos mencionados, proclaman la protección de derechos individuales, los derechos de las personas, bajo el esquema político-ideológico liberal; sin embargo, en los pactos se establece un derecho colectivo que es clave para los pueblos indígenas: todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación como pueblos. En el discurso liberal de los derechos se ha expresado la resistencia a cualquier forma de reconocimiento de derechos colectivos, especificando que el titular preferente de los derechos humanos es el individuo, aislado, y que la culminación de los derechos individuales se encuentra en el funcionamiento de la democracia política, el libre mercado y la empresa privada.

Este pensamiento no pluralista, sería el principal obstáculo para la realización de los derechos colectivos como es la autodeterminación (Díaz Polanco, 2005, Berche et al., 2006). Si bien la doctrina clásica establece que los derechos humanos son individuales, de la persona, y no de las colectividades, esta afirmación, han sostenido algunos autores, debe ser cuestionada porque ciertos derechos humanos sólo pueden ser ejercidos colectivamente. (Stavenhagen)[90]. Como órganos de protección de los derechos humanos en el

[89] http://mapuexpress.org/2014/10/22/declaracion-de-victoria-tauli-corpuz-relatora-especial-sobre-los-derechos-de-los-pueblos#sthash.QQrGjtVQ.dpbs

[90] Debo advertir que la emergencia de identidades grupales en el seno de una misma sociedad, vista como potencial de conflictos y problemas ha llevado a la división en el seno del liberalismo, entre teóricos liberales individualistas y los defensores de lo colectivo, los comunitaristas, discusión que no abordaremos acá. Para una amplia información sobre el tema, ver Héctor Díaz Polanco. 2006 .Elogio de la Diversidad. Globalización y Etnofagia. Siglo XXI. México.

derecho internacional, se crearon dos instancias: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismos que han venido trabajando como partes del sistema de protección de los pueblos indígenas y han fijado importantes estándares en el reconocimiento de sus derechos territoriales. Su jurisprudencia ha marcado derroteros a nivel internacional.

Respecto de los derechos colectivos, la Comisión los ha definido como aquéllas prerrogativas que se refieren a las condiciones jurídicas de organizaciones o grupos de personas y a las cuáles éstos tienen derecho; son titulares de derecho conjuntos organizados de personas como es el caso de las comunidades y pueblos indígena. Los primeros casos que sentaron precedentes tuvieron lugar en comunidades de Brasil y Nicaragua. El primer caso presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el primero que en realidad tuvo un impacto trascendente en lo respectivo a los derechos colectivos de los pueblos indígenas fue el de los indígenas Yanomami contra Brasil (Cantú, 2013).

La cuestión de la demarcación de las tierras y territorios indígenas fue examinada por primera vez en 1985, en el contexto del informe de la CIDH sobre la situación del pueblo Yanomami, en los estados brasileños de Mato Grosso y Roraima. La Comisión examinó la situación del pueblo Yanomami como consecuencia de los efectos devastadores sobre este pueblo de la apertura de una autopista en su territorio tradicional, que fomentó el acceso e invasión de dicho territorio por colonos y buscadores ilegales de oro (garimpeiros), identificando la violación de derechos humanos básicos de los miembros de dicho pueblo, incluyendo el derecho a la vida y a la seguridad, a la residencia y tránsito y a la preservación de la salud y el bienestar.

Entre las medidas correctivas solicitadas, la Comisión recomendó a Brasil que procediera a la delimitación y demarcación del Parque Yanomami, siguiendo un plan inicial del propio Gobierno que, en su integridad, comprendía más de 9 millones de hectáreas" (OEA, 2009). La Comisión, no presentó el caso ante la Corte, pero recomendó que el Estado continuara protegiendo la integridad de

los Yanomami (Cantú, 2013). El primer caso de jurisprudencia sobre derechos colectivos indígenas, en relación con derechos a tierra, territorio y recursos naturales provino de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de la Comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Este caso, presentado a la Comisión en 1995 "supuso todo un proceso de aprendizaje institucional para los órganos del sistema interamericano sobre la especificidad de los derechos indígenas" (Rodríguez-Piñero, 2006:164)[91]. La jurisprudencia enfatizó en el vínculo entre cultura y territorio como base del derecho colectivo: "Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra" (CIDH, 2001). La sentencia destacó la importancia fundamental que tiene para su supervivencia cultural, el reconocimiento del derecho colectivo de la propiedad de la tierra de los pueblos indígenas, expresando que "para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras". Esa sentencia ha dado pautas sobre cuáles son los derechos que hoy día, jurídicamente –no solo por vías morales o de reconocimiento político– se pueden exigir a los Estados por medio del sistema interamericano de derechos humanos (Madariaga, 2002). Los pueblos indígenas acuden cada vez más a la Comisión Interamericana para denunciar el incumplimiento de sus derechos.

No quisiera terminar esta presentación sin hacer una referencia a un recurso clave para la sobrevivencia de los pueblos indígenas:

[91] El caso Awas Tingni sentó un importante precedente. "La Comisión InterAmericana adoptó en 2003 y 2004 sus recomendaciones en los casos de las Comunidades mayas v. Belice y Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos, donde se desarrolla y consolida la jurisprudencia de la Corte en relación con el derecho a la tierra indígena. A partir de 2005, la Corte ha emitido sentencias de gran trascendencia en otros casos relativos a los derechos indígenas, como Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, YATAMA v. Nicaragua, Comunidad Moiwana v. Surinam o Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay. Todos estos casos, originados en peticiones individuales ante la Comisión, han contribuido a conformar una jurisprudencia cada vez más precisa y detallada en torno al contenido de los derechos indígenas garantizados por los instrumentos del sistema interamericano. (Rodríguez Piñero, loc.cit)

el derecho colectivo al agua. La historia ha demostrado como la organización comunal gira en torno al uso y gestión del agua, estableciendo en la práctica el derecho colectivo sobre las diversas fuentes de agua que sustentan la producción agrícola y pastoril. Como ellos mismos han declarado: "La relación que tenemos con nuestras tierras, territorios y el agua constituye la base física, cultural y espiritual de nuestra existencia"; pero esta relación se ve amenazada por la políticas de instituciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y los bancos regionales como el Banco de Desarrollo Asiático, el Banco de Desarrollo Africano, el Banco Interamericano de Desarrollo, que imponen su privatización[92]. La privatización del agua se convertido en una efectiva herramienta jurídica que amenaza con destruir los derechos colectivos del agua, poniendo en grave riesgo la sobrevivencia de los pueblos indígenas.

Consideraciones finales

Si bien es innegable el avance hacia el reconocimiento de los derechos indígenas, se prevé no será fácil el camino hacia el reconocimiento de los derechos colectivos al territorio ancestral y a la autodeterminación. El "descubrimiento" de estos derechos colectivos se ha convertido en un complejo problema jurídico y político emplazado en un andamiaje teórico que descansa en un corpus de conceptos resistidos por el derecho occidental de corte liberal. El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en las Constituciones y las leyes, será condición necesaria para generar cambios reales en las políticas estatales.

[92] Declaración de Kioto de los pueblos indígenas sobre el agua. Tercer Foro Mundial del Agua, Kyoto, Japón
Marzo 2003

Bibliografía

Anaya, James
(2006) Los derechos de los pueblos indígenas. En Pueblos indígenas y derechos humanos. Mikel Berraondo (coord.). Universidad de Deusto, Bilbao. 29-62 pp

(2008) La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: Evolución y perspectivas en Bello, A. y J. Aylwin, Eds. Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. IWGIA/ Observatorio Derecho de los Pueblos Indígenas, Temuco. 37-47 pp

(2009) El Relator Especial de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas concluye visita a Colombia http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=8292&LangID=S#sthash.mBN4mJgE.dpuf Visitado 3 noviembre 2014.

Barth, Frederik:
(1976) Los grupos étnicos y sus fronteras. México. F. C. E.

Berche, A., García, A., y Mantilla A.
(2006) Retos a la concepción liberal de derechos humanos en Colección Textos de aquí y ahora. 1ª Edición: ILSA. Bogotá, Colombia.

Bonfil, G.,
(1972) "El concepto de indio en América: Una categoría de la situación colonial". En Anales de Antropología 9 (1972): 105-124.

Burguete Cal y Mayor, A.,
(2010) "Autonomía: la emergencia de un paradigma en las luchas por la descolonización" en Autonomía a Debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina. Miguel González, Araceli Burguete Cal y Mayor Pablo Ortiz-T., Coordinadores. FLACSO, GTZ, IWGIA, CIESAS, Universidad Intercultural de Chiapas. Ecuador. 63-93 pp

Cantú Rivera, H.,
(2013) El desarrollo de un corpus juris internacional en materia de derechos colectivos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso de los pueblos indígenas, en: http://www.spidh.org/fileadmin/spidh/FMDH_2013/Appel/Intervenants/Pueblos_indigenas_y_derechos_colectivos_ante_la_CorteIDH.d....pdfVisitado 2 noviembre 2014

Cardoso de Oliveira.
(2009) Etnicidad y Estructura Social. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. Universidad Autónoma Metropolitana: Universidad Iberoamericana. México.

Castro Lucic, M.
(2008) La universalización de la condición indígena. En Alteridades, 18 (35): Págs. 21-32

Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003. Informe. http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/ Visitada 2 noviembre 2014

Constitución Política del Ecuador, 2008 en http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf

(2001) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf Visitada 15 noviembre 2014

Gómez, M.
(2006) El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en Pueblos indígenas y derechos humanos. Mikel Berraondo (coordinador). Universidad de Deusto, Bilbao. 133-151 pp

González Casanova, P.
(2006) El colonialismo interno en Sociología de la explotación. Buenos Aires: CLACSO.

Díaz Polanco, H.
(2005) Los dilemas del Pluralismo en Pueblos Indígenas, Estado y democracia. Pablo Dávalos (compilador). CLACSO, Buenos Aires, 43-66 pp

Madariaga, I.
(2002) Los pueblos indígenas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Curso organizado por la Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_enlinea/ponencia%20iii%20curso%20interamericano%20madariaga.htm Visitado 5 diciembre 2014,

Martínez Cobo, J.
(1986) Estudio sobre la Problemática de la Discriminación contra Poblaciones Indígenas Ginebra: Naciones Unidas. E/CN.4/Sub.2/1986/7

Mereminskaya, E.
(2011) El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales Derecho internacional y experiencias comparadas. Estudios Públicos | N° 121. Pp 213-276

Mires, F.
(1991) El discurso de la indianidad. La cuestión indígena en América Latina. Departamento Ecuménico de Investigación. San José, Costa Rica.

Organización de Naciones Unidas
(2009) Directrices para las cuestiones relativas a los pueblos indígenas. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Mayo, 2009

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/UNDG_guidelines_ES.pdfVisitado 15 noviembre 2014

(2007), Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf Visitado 12 noviembre 2014.

OEA/CIDH (2000) La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas. http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.3.htm#6. Visitado el 15 noviembre 2014.

OEA (2009) Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf Visitada 5 diciembre 2014.

OIT
(2009) Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf Visitado 5 diciembre 2014

Quijano, A.
(2006) El Movimiento Indígena y las cuestiones pendientes en América Latina en Argumentos, vol.19 no.50 México ene./abr.http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952006000100003Visitado 15 noviembre 2014

Rodríguez-Piñero(2006) El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas en Pueblos indígenas y derechos humanos. Mikel Berraondo (coord.) Universidad de Deusto, Bilbao.

Santos, Boaventura de Sousa.
(2007) La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional. Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-CEDIB, Santa Cruz.

Stavenhagen, Rodolfo.
(2007) Los pueblos indígenas y sus derechos. UNESCO, México.

(2006) Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos En Pueblos indígenas y derechos humanos, Mikel Berraondo (coord.)., Universidad de Deusto, Bilbao.21-28 pp

(1992) Los derechos indígenas. Algunos problemas conceptuales en Nueva Antropología. Vol XIII, Nº 43, noviembre. Pp 83-99

(1991) Conflictos étnicos y sus repercusiones en la sociedad internacional. Revista Internacional de Ciencias Sociales. RICS 127/Marzo 1991 http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000881/088134so.pdf Visitado 12 diciembre 2014

(1988) Derechos indígenas y derechos humanos en América Latina. IIDH/El Colegio de México.
https://archive.org/stream/Stavenhagen-DerechoIndigenaYDerechosHumanosEnAmericaLatina/Stavenhagen-Derecho-indigena-y-ddhh-en-AL#page/n1/mode/2up Visitado el 9 diciembre 2014

Tauli-Corpuz., V.
(2014) Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas.
http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9755.pdf?view=1Visitado el 9 diciembre 2014.

Torres Rivas, E.
(1996) Consideraciones sobre la Condición Indígena en América Latina y los Derechos Humanos en Serie: Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo V, IIDH. San José, Costa Rica.

Villoro, L.
(1998). Estado plural, pluralidad de culturas, México, Paidós-Facultad de Filosofía y Letras, UNAM. México.

NOTAS SOBRE DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN EL DERECHO CHILENO DEL SIGLO XXI

Alvaro Espinoza Collao[93]

Introducción

Uno de los aspectos del dinamismo jurídico que se refleja a lo largo de la historia, consiste en un vaivén permanente entre un Derecho espontáneo de carácter consuetudinario y un Derecho escrito surgido de la reflexión del legislador[94]. En el contexto de la sociedad moderna se ha señalado que el ritmo, la escala, la naturaleza y alcance de la transformación social, son tales que los momentos de destrucción y de creación se suceden reciprocamente a un ritmo frenético, sin cesar no dejando espacios a la estabilización y consolidación[95].

Este transitar históricamente se ha manifestado con distinta intensidad, si bien, comúnmente las referencias son al último proceso de codificación representado por la elaboración del Codex Francés, este se encuentra lejos de ser el único momento, siendo posible observar desde tiempos remotos transformaciones

[93] Académico del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Tarapacá, sede Iquique., Doctorando en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Master en Derecho por la Universidad de Zaragoza, Magister en Educación por la UMCE, Un resumen de esta ponencia fue presentada en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Indígena organizado por la Universidad de Tarapacá, sede Esmeralda de la ciudad de Iquique.

[94] Según Bodenheimer desde esta perspectiva en nuestra época la costumbre comprende aquellas reglas de conductas que el Estado no considera suficientemente importante para integrarlas como reglas generales. Bodenheimer, E., Teoría del Derecho, Trad. Vicente Herrero, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 103.

[95] Boaventura De Souza, se pregunta ¿si el Derecho puede ser amacipatorio?, definiendo el estado actual como de transición. Este estado transitorio se distingue por el hecho de que las cuestiones complejas que plantea no logren encontrar un entorno social o cultural propicio para obtener su respuesta. De Souza Santos, B., "Derecho y Emancipación", en Pensamiento Jurídico Contemporanéo Nº2, Corte Constitucional para el Period de Transición, Quito, 2012, p. 63.

de características similares[96]. De esta manera, tempranamente se manifiesta en Roma, la transición de un Derecho consuetudinario a una etapa de Códigos, un ejemplo lo observamos en las leyes de las XII Tablas. Este proceso se replicará en distintas comunidades simultáneamente, siendo común la transformación de costumbres conservadas en la memoria de ciertas castas a leyes grabadas sobre tablas y exhibidas públicamente[97].

Resulta clarificador indicar que la creación jurídica predominante a partir del siglo XIX, centrará mayoritariamente su atención en el estudio de la norma jurídica y en el establecimiento de sistemas jurídicos coherentes. La doctrina más brillante de cada tiempo, estudiará la solución a los principales problemas que plantea la noción de un sistema jurídico único[98]. Sin embargo, los contrapuntos que plantea la existencia de más de un ordenamiento jurídico la coordinación de esta relación, resultará una cuestión de difícil resolución hasta nuestros días.

En opinión de Bobbio entre los principales conflictos que esta realidad nos plantea se encuentram: a) La problemática de determinar si el conjunto de normas se conforma como una unidad, y luego, saber cual es ese orden; b) definir la existencia de jerarquías entre todas ellas; c) determinar si este conjunto de normas, logra el carácter de sistema; esto último dirigirá la atención al estudio de las antinomias; d) Precisar si este sistema es completo, con ello se estudiará la respuesta a las lagunas legales[99].

[96] En opinión de Ross la aversión de la revolución francesa por el Derecho consuetudinario y la jurisprudencia como fuentes del Derecho, se vincula a una reacción general que tiene como base la existencia de muchas costumbres difíciles de armonizar y de una jurisprudencia corrupta y arbitraria, esto allanará el camino para que "los revolucionarios ansiaran la ley como la nueva tierra prometida". Ross, A., Teoría de las fuentes del Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p.89.

[97] Sumner, H., El Derecho Antiguo, Editado por Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893, p. 21.

[98] Bobbio, N., Teoría General del Derecho, Editorial Temis, 1994, p.152.

[99] Un interesante estudio sobre la teoría de las fuentes del Derecho véase en: García- Gallo, A., Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho. Manual de Historia del Derecho Español II, segunda edición, Madrid, 1964.

Desde esta perspectiva, y en momentos en que los movimientos ideológicos respecto a las fuentes del Derecho parecieran haber logrado un sosiego bajo la sombra del predominio de la ley; el dinamismo constante de la humanidad y su reorientación en su concepción de lo justo, nos pondrá en la necesidad de acudir nuevamente a desempolvar la costumbre como herramienta para resolver los conflictos que se presentan en nuestra sociedad compleja.

En la percepción moderna del Derecho occidental, los cimientos de su estructura resultan conocidos, entre lo más relevante: a) la asunción omnipotente de la ley como principal fuente de Derecho[100]; b) el Estado como único ente encargado de crear el Derecho; c) reducción del juez a la voz de la ley, restringiendo sus facultades de interpretar el Derecho; d) por ello, el Derecho escrito se exhibe en nuestros días como la respuesta acabada de la ciencia jurídica, con miras a terminar con la incerteza e inseguridad. En la actualidad el Derecho consuetudinario resurge como una necesidad de elevar los estándares de participación en contextos plurales propios de los sistemas democráticos del siglo XXI. Así, la costumbre jurídica se manifiesta como una expresión de la estructura social y cultural de un pueblo, sobre lo cual se construye cualquier expresión de lo jurídico dentro de un contexto de legitimidad, validez y pertinencia. En este sentido, la vieja escuela histórica postulaba que el Derecho emanaba del espíritu del pueblo "volksgeist", igual que la lengua y el folclore[101].

[100] Según esta opinión, todo Derecho, en su estado normal, no es más que el resultado de la ley, esto es, de los actos emanados de la potestad suprema del Estado; la ciencia del Derecho se ocupa únicamente de este contexto. Savigny, critica el sentido que ha tomado el Derecho y la Ciencia Jurídica, en cuanto a su carácter variable, señalaba en su tiempo, que es perfectamente posible que el Derecho de hoy sea en un todo distinto del de ayer. Por donde un Código perfecto estimase una necesidad capital, y sólo cuando falta, se cree poder recurrir, como por triste necesidad, a la ayuda del Derecho consuetudinario, que se conceptúa, por lo demás, vago é insuficiente suplemento. Savigny K., De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho, Trad. Por A. Posadas, La España Moderna, Madrid, p.21

[101] Una de las vertientes de esta escuela se dedicará entonces a estudiar el Derecho como una expresión propia y diferenciada de cada pueblo. Por su parte otra línea, se centrará a analizar el Derecho Romano como una expresión superior de perfección de un sistema jurídico, esta última es la que ha dejado un mayor legado en atención a la realidad del fenómeno jurídico en nuestros tiempos.

Paralelamente, esta expresión jurídica de curso natural, se asocia al requerimiento que existe en nuestros tiempos para que los Estados apliquen los derechos propios de los pueblos indígenas en la resolución de sus conflictos, como una expresión del respecto por su identidad cultural. A partir de la vigencia de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vinculados a los pueblos indígenas, se ha incorporado la necesidad de que los Estados acepten y apliquen las instituciones propias de cada cultura. A esto se vincula directamente la revalorización de la costumbre, resultando crucial para la relevancia que un buen Derecho tiene para la identidad cultural de un pueblo[102].

Dentro de estos instrumentos internacionales, podemos destacar, solo a modo de ejemplo el Pacto de Derechos Civiles y Politicos el cual señala en su artículo 27: "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 tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". Esta noción de minoría no considera aspectos cuantitativos sino vinculados al nivel de participación política que determinados grupos tienen en la toma de decisiones.

El elemento fundamental de esta proposición está dado por características arraigadas en parte de la población que lo diferencian del resto, las cuales no dependen de su voluntad siendo inamovibles para los sujetos involucrados, un claro ejemplo de ello son los aspectos étnicos. Estas diferencias pasan a tener una connotación jurídica cuando el orden normativo propende a su invisibilidad, impidiendo o castigando la expresión natural de su existencia[103].

[102] Desde las Ciencias Sociales se ha señalado que la identidad cultural es primordial porque la pertenencia al grupo étnico "es la primera y la más fundamental de las pertenencias sociales, aquella en la que se crean los vínculos más determinantes porque se trata de vínculos basados en una genealogía común". De esta manera, se vinculan aspectos estructurantes para la pertenencia de los individuos a un colectivo, tales como la lengua, la cultura, la religión, la solidaridad, el vínculo a un territorio, entre otros. Cuche, D., La Noción de Cultura en las Ciencias Sociales, trad. P. Mahler, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2002, p. 108.

[103] Prieto Sanchis, L., "Minorías, respeto a las disidencias e Igualdad Sustancial", en Revista Doxa, año 1994, Nº 15 – 16, p. 368.

Se critica de esta norma que reduce el concepto de minorías únicamente a tres aspectos como lo son el étnico, religioso, y el lenguistico. Con ello se excluye de esta categoría a otros grupos sociales, como ocurre en la actualidad con lasminorias sexuales.

Podemos indicar que la base de este paradigma está en ajustar el marco jurídico y político a una democracia plural e inclusiva. A partir de esta propuesta, se presenta el devenir de la costumbre como elemento jurídico. Todo esto dentro de un contexto de antinomia entre la norma nacional y los principales instrumentos internacionales que consagran derechos humanos para los pueblos indígenas.

La costumbre como expresión permanente de lo jurídico.
Desde la perspectiva jurídica la costumbre históricamente se ha manifestado como la forma genuina que tiene la sociedad de resolver sus conflictos. De esto deriva la asociación del Derecho consuetudinario a una etapa primitiva, previa a un Derecho que se presume mejor[104]. Se conforma a la vez, como una de las fuentes de mayor relevancia en el tiempo, en esta dimensión su función se refleja elaborando de manera continua, permanente y silenciosa la norma jurídica[105]. Tal como señalase Levy – Bruhl, es la fuerza vital de las instituciones jurídicas, que tiene una esfera de aplicación de carácter indefinido[106].

[104] Señala Carbonnier que el Derecho Consuetudinario siendo el más antiguo y auténtico, tropieza con el inconveniente de su vaguedad e imprecisión; por ello, el advenimiento del Derecho escrito, el cual será visto y sigue siendo tenido como un medio de certeza con características de formalidad, publicidad, estabilidad que contribuyen a dar seguridad jurídica. Carbonnier, J., Tendences actuelles de l'art législatif en France, en Essais sur les lois, 2e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1995, p. 266.

[105] En este sentido, indicaba Savigny que todo Derecho nace como Derecho consuetudinario; "según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante; es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador". Savigny, K., De La vocación…, cit. n. 4, p. 21.

[106] Levy – Bruhl, H., Sociología del Derecho, traducida por Miriam De Winizky, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Paris 1961, p.22.

El Derecho consuetudinario sintetiza costumbres que tienen contenido jurídico porque desarrolla funciones relacionadas con el bien común, la seguridad, la felicidad y el control social de la vida en comunidad. Según Iturralde se asocia con situaciones cotidianas de competencia exclusiva de la comunidad, que se ven resueltas por criterios y regímenes propios[107]. Un análisis acabado de la costumbre, dará cuenta que su relevancia se extiende más allá de su carácter de fuente de Derecho, punto al que se refieren generalmente los estudios con enfoque jurídico como consecuencia del predominio de la teoría normativista[108]. Por el contrario, su importancia radica en su carácter multifactorial asociado a elementos de validez y eficacia, como también a una variable de tipo política[109]. De esta forma presenta una utilidad permanente para el Derecho, como una amalgama que une las distintas piezas de un rompecabezas.

Por ello Grossi postulaba que la costumbre jurídica es "un hecho humano que se repite de una manera duradera porque, en este hecho, la conciencia colectiva encuentra un valor que debe observar y conservar"[110]. Desde esta posición es posible destacar su relevancia como producto social, cuyo origen radica en la colectividad, suprimiendo la ficción de la representatividad democrática de los sistemas modernos. Así la costumbre nace

[107] Iturralde, D. "Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación de derecho indígena a la modernización", en Valladares, L. (2006) Antología. Grandes temas de la antropología jurídica. México, p. 242.

[108] Bobbio señala que la historia del hombre se pregunta como un conjunto de ordenamientos normativos que se suceden integrándose y contraponiéndose. Así, estudiar una civilización desde el punto de vista normativo, significa cuestionarse respecto a que acciones fueron prohibidas, permitidas y cuales se definieron como obligatorias, es decir cual fue la dirección en la que se encamino a los individuos. , N. Bobbio, Teoría General…, cit. n. 4, p.4.

[109] En este sentido, Ross parafraseando a Kelsen, destaca que el Derecho consuetudinario surge de la práctica ejercida por todos los miembros de la comunidad, calificándolo por ello como "extremadamente democrático". Ross, A., Teoría…, cit. n. 1, p.370.

[110] Para Grossi el Derecho no nace en sus orígenes como una revelación escrita de la divinidad o de la sabiduría de los sabios, sino de un hecho que se repite y se extiende en el tiempo, como de una observancia colectiva que se constituye principalmente como un elemento de adhesión. Grossi, P., La Primera Lección de Derecho, trad. De Clara Álvarez, Editorial Marcial Pons, 2006, p.85.

como elemento natural de la soberanía popular. A contrario censu, cuando el Derecho se incorpora a un Código, su elaboración se construye desde afuera, teniendo como premisa la representación del legislador, perdiendo su construcción espontánea.

Weber destaca que la costumbre aparece como una norma no garantizada exteriormente mediante coacción, a la que de hecho se atiene el actor en forma voluntaria, ya sea sin reflexión o por comodidad, y cuyo probable cumplimiento puede esperar de otros hombres pertenecientes al mismo círculo por las mismas razones. Desde esta perspectiva, la costumbre no encaja en la naturaleza propia de una norma jurídica, cuyo elemento diferenciador es justamente dicha coacción. Sin embargo, por su naturaleza actúa como una importante fuente generadora de Derecho, en cuanto "el tránsito de costumbre al Derecho es absolutamente fluido. Por doquier, lo que de hecho se viene haciendo es padre de lo que luego pretende validez"[111].

En este sentido, resulta innegable que en todos los tiempos junto al Derecho promulgado se desarrollan fenómenos jurídicos paralelos, a estos la técnica moderna no logra con facilidad encajarlos plenamente en su noción de sistema jurídico. Dentro de estos espacios marginales, se engloban distintas situaciones, solo a modo de ejemplo : a) zonas de no Derecho en que la norma se repliega o parece ausente bajo un enfoque de realidad; b) antinomias como consecuencia de la existencia de múltiples centros de creación jurídica, quizás la más importante de ellas ocurre en el ámbito internacional y la creación de tratados internacionales; c) la coexistencia de diversos grupos vinculados a un Derecho consuetudinario no escrito, el cual de cierta manera reúne a su vez las características de los dos anteriores[112].

[111] Weber M., Economía y Sociedad, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducido por J. Medina Echavarría et alii., Madrid, 2002, p.24

[112] Levy – Bruhl destaca que, dentro de las manifestaciones exteriores de la costumbre, existen expresiones negativas que se manifiestan en omitir la aplicación del Derecho, señalando la novedad en su tiempo que representaba la preocupación de las ciencias jurídicas por este fenómeno. Levy – Bruhl, H., Sociología…, cit. n. 6, p.22

Esta complejidad ha conllevado que uno de los principales conflictos presente en nuestros días en el Derecho occidental, sea la coordinación de estos grupos diferenciados que coexisten bajo la noción de un orden normativo unitario. Debemos recordar que la noción de sistema jurídico, si bien, aparece generalmente asociada a un territorio geográfico, este elemento no resulta esencial para definir un fenómeno como jurídico, el elemento determinante radica en el factor humano, es decir, el hombre asociado con otros. De esta manera, distintos sistemas jurídicos pueden sobreponerse en un mismo espacio territorial. En esto se resume aquello a lo que se ha denominado pluralismo jurídico[113].

Desde esta realidad, la existencia de grupos culturalmente diferenciados conllevará a una superposición de sistemas. Frente a ello, aún la respuesta en el Derecho se basa en un ideal ficticio esto es el sistema jurídico como una unidad sin excepciones[114]. Esto en cuanto entendemos que estos grupos intermedios generan estructuras normativas de distinta naturaleza con sus propias particularidades[115]. Hoy, este paradigma ha comenzado a mirarse desde una perspectiva amplia, asumiendo la posibilidad de reconocer no solo a la sociedad global la facultad de creación de normas jurídicas, sino también a otros grupos particulares.

[113] El Derecho como un producto social siempre tuvo una naturaleza pluralista, la concepción monista que predomina la realidad jurídica es el resultado de un proceso reaccionario asociado directamente con la formación de los Estados nacionales que se construyen tras la disolución de las sociedades medievales. Previo a ello, existió históricamente un reconocimiento de diversos órdenes normativos como la iglesia, el imperio, los feudos, cofradías. Sobre este punto véase: Sánchez-Castañeda, Alfredo, "Los Orígenes del Pluralismo Jurídico", en Pluralismo Jurídico e Interculturalidad coord. Oscar Alba, Editado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia, pp. 30 - 31.

[114] En esta línea Ehrlich fue uno de los primeros en oponerse a esta concepción resaltando el carácter arbitrario y fictivo de la unidad del orden jurídico. Desde su perspectiva, la fuente principal del Derecho no se encuentra en la legislación, sino en la sociedad misma, esta es posible observarla directamente en la vida social, las transformaciones, los hábitos, los usos de todos los grupos, no solamente de aquellos reconocidos jurídicamente sino también de los grupos ignorados o despreciados por el Derecho e incluso condenados por este Derecho". Ehrlich, E., "La sociologia del diritto", Revista internazionale di filosofía del dirito, 1992, pp. 102-107.

[115] Carbonnier J., Sociología jurídica, Traducido por L. Diez Picazo, Madrid, 1982, Editorial Tecnos, pp.115-124.

El dinamismo del Derecho determina que iniciado el siglo XXI, este paradigma está cambiando nuevamente, como una necesidad de satisfacer los fines del Derecho, con una mirada más pluralista. Como primera etapa, en diversos sistemas se ha acogido positivamente la noción de pluralismo jurídico[116], esto se consagrará como una exigencia a partir del requerimiento de la estructura internacional vinculada a los Derechos Humanos.

La noción de pluralismo en el Derecho resulta un espacio propicio para resaltar la utilidad de la costumbre como fuente de Derecho. En esto cobra sentido, las líneas de Carbonnier, cuando señalaba que las costumbres como expresión de una ideología se constituyen como un motor de cambio de las partes envejecidas de un código, y estas, amparadas en una ideología se constituyen como una fuente impenetrable para el Derecho[117].

El derecho consuetudinario indígena en un contexto de pluralismo jurídico.

En la actualidad el concepto Derecho indígena tiene una doble connotación, por un lado, se vincula al ordenamiento jurídico positivo estatal, es decir, a las normas creadas por el Estado, cuyos destinatarios son las comunidades originarias. Un ejemplo, será la propia Ley Indígena creada por el Estado chileno. La otra, se remite exclusivamente al bloque de tratados internacionales que tratan sobre derechos indígenas, ya sea de manera particular, o

[116] Ejemplo de lo anterior son las diversas naciones latinoamericanas, quizás el más amplio lo encontramos en la actual Constitución boliviana del año 2009, en su Art. 1, define al Estado Boliviano como "Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, determina que se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país". Otro ejemplo de este reconocimiento lo encontramos en: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, está en su artículo Nº2 reconoce tanto el carácter pluricultural de la nación como su obligación de respetar el Derecho Consuetudinario Indígena; también en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su capítulo VIII sobre derechos humanos de los pueblos indígenas; en Ecuador la nueva Constitución del año 2008 en su artículo Nº1 se reconoce como plurinacional, entre otros.

[117] Carbonnier, J., Ensayos sobre las Leyes, traducido por Diez Picazo, L., Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 142-144.

bien, indirectamente al reconocer derechos comunes a todos los individuos de la especie humana[118].

Una vertiente distinta, considera como Derecho Indígena, únicamente al conjunto de normas que regulan internamente las relaciones entre sujetos al interior de las comunidades, usualmente se trata de un Derecho cuya principal fuente es la costumbre, por ello su denominación de Derecho Consuetudinario. Se trata de un Derecho generalmente no escrito, que nace de los actos reiterados al interior de un grupo humano, respecto a los cuales existe una convicción de que deben ser respetados, de ahí su naturaleza jurídica.

Según Stevenhagen, podemos concebir el Derecho consuetudinario indígena como "un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distintas del derecho positivo vigente en un país determinado"[119]. Debemos destacar que la referencia al carácter de legales de esta norma, desde el Derecho pareciere mal aplicado, en cuanto el concepto ley se vincula a una fuente particular, cuyas características no se condicen con la costumbre desde ninguna perspectiva.

Por su parte Aylwin lo conceptualiza como "aquellas normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que existen al interior de cada comunidad o de cada pueblo indígena, y que contribuyen a la integración de cada sociedad, al mantenimiento de su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir, incluyendo, por lo tanto, un sistema de sanciones para quienes violan estas normas"[120].

[118] Un ejemplo de la utilización en este sentido en: Núñez, M., Invitación al Estudio del Derecho y los derechos de los pueblos indígenas en el Chile Republicano, en Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 13-47.

[119] Stevenhagen, R., Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina, en Antología Grandes Temas de la Antropología, p. 16.

[120] Aylwin, J., "Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional Comparado y en la Legislación Chilena", en Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología. Tomo l., p. 189.

El componente consuetudinario de los derechos indígenas latinoamericanos resulta su principal característica, su estudio de carácter multidisciplinario en nuestros tiempos, ha permitido trazar puentes entre distintas áreas de las ciencias sociales[121]. Tal como señala Tau, la preocupación por estudiar las costumbres indígenas será tempranamente objeto de interés en el encuentro con Europa, el primer efecto significara una "mestización jurídica", entremezclándose instituciones europeas con costumbres de las sociedades americanas, pero claramente la relevancia de una y otra resultará asimétrica en el tiempo[122].

Los datos indican que la corona ordenará desde un inicio de la conquista el estudio de los usos indígenas, con el fin reportar dichos antecedentes para la toma de decisiones. En esta línea Levaggi, cita el caso de la Real Cedula del 20 de diciembre de 1553, en que se incita a las audiencias a informarse por los indios viejos de cada provincia respecto del tributo que estos pagaban a los antiguos señores y sobre la autoridad de los caciques y la sucesión de cacicazgos esto "como cosa que mucho importa, y conviene al descargo de la conciencia de su majestad"[123].

También los antecedentes demuestran que la idea de que las poblaciones indígenas fueran juzgadas por su propio Derecho consuetudinario estuvo presente desde los primeros tiempos. Un ejemplo se observa en Real Cedula de Felipe II a la audiencia de Charcas del 23 de septiembre de 1580. En esta el monarca haciendo alusión a las injusticias que generaba el juzgar a los indígenas bajo las normas de la corona, señalaba: "como sabéis tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no

[121] Sobre la materia: Castro, M. et alii, Los Puentes entre la Antropología y el Derecho, Orientaciones desde la Antropología Jurídica, Editado por el Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2014.

[122] Tau, V., "El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación", 2000, p. 40, Recurso Electrónico, Disponible en:
http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=1115 [visitado 24/07/2017]

[123] Véase en este sentido otros ejemplos señalados en Levaggi, A., "Notas sobre las vigencias de los derechos indígenas y la doctrina indiana" en Revista Complutense de Historia de América, 17, 79-91, Edit. Univer. Complutense, 1991, p. 79.

hagan procesos ordinarios y que sumariamente se determinen guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustas, y de no hacerse así, demás de seguirse tanto daño a los dichos indios, Nos somos de servido".

Debemos considerar que conforme al modelo de "status" que imperaba en el Derecho castellano, resultaba esperable que este modelo se replicará en América, existiendo la necesidad de encajar a los indígenas dentro de esta estratificación, cuestión que llevará al establecimiento de un régimen jurídico diferenciado. Para ello se aplicarán tres categorías del Derecho castellano, la de rústico, miserable y menor. Se les otorgará el carácter de rústicos "a quienes vivían por fuera del ámbito de la cultura letrada y urbana, y a quienes, por lo tanto, se les permitía regirse según sus costumbres, como una manera de relegarlos a la marginalidad de las instituciones"[124].

En la Recopilación de Indias de 1680 este principio se reiterará señalando: " ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten..."[125]. Sobre este aspecto Guzmán Brito indica que la Recopilación solo reconocía a la costumbre secundum legem, pero guarda silencio respecto de otros tipos de costumbre. Sin embargo, este silencio será suplido por la práctica de los juristas quienes aplicaron otras formas de costumbres

[124] Señala Ceballos-Bedoya, que esta condición de "rústico", "miserable" y "menor", hará al indio merecedor de un trato especial por el Derecho, por lo cual se le eximía de muchos pagos ante la justicia y estaba exento de la aplicación de ciertos castigos y de la jurisdicción de la Santa Inquisición. De la misma manera, se intentará crear una jurisdicción especial para los indios, que permitiera solucionar con celeridad y a bajo costo los conflictos en los que estuvieran involucrados. Ceballos-Bedoya, N., "Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada. Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial. 1750-1810", Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13, (2), pp. 228-229.

[125] Recopilación de Indias. 2. 1. 4.

incluso contra legem[126].

Esta intención de respetar las costumbres indígenas, se contextualiza en un dialogo entre dos posiciones. Primeramente, tendrá como principal propósito facilitar la dominación del conquistador, tal como dice Boaventura de Souza, "esto permitirá el ejercicio de la soberanía colonial sobre los diferentes grupos, reconociendo los derechos precoloniales, para manipularlos, subordinarlos y ponerlos al servicio del proyecto colonial"[127]. Pero también responde a la realidad de las fuentes jurídicas en Europa en aquella época, cuyo modelo asentado sobre una noción de pluralismo jurídico, daba valor a la costumbre como fuente de Derecho, conforme al requerimiento de respeto por la diversidad jurídica exigida por las distintas comunidades.

Debemos destacar que cualquier acogimiento de costumbres indígenas estará restringida al límite de no oponerse a la fe cristiana, barrera infranqueable para los propósitos colonizadores[128]. En este sentido, la conquista estará sujeta a principios definidos no por el Derecho, sino por la teología, en esto hundirá sus raíces

[126] Guzmán, resalta que el Derecho especial indígena se conservó en la medida que la población originaria evito la asimilación, pero como efecto directo esta regla de la Recopilación contribuirá a generar nuevas costumbres producto del mestizaje. Guzmán Brito, A., Andrés Bello Codificador Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile, Tomo I, ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, pp. 44-46.

[127] El autor citando a Griffiths nos habla de un pluralismo jurídico débil, en cuanto los sistemas jurídicos pre coloniales no son considerados en sus propios términos sino puestos al servicio de una dominación altamente centralizada como la colonial. De Sousa B., Sociología Jurídica Critica, Para un nuevo sentido común en el Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 54.

[128] En este sentido, Bonfil indica que bajo este paradigma lo relevante es la situación de contraste, la relación excluyente frente a la religión del conquistador. Desde esta mirada, todos los pueblos aborígenes quedan equiparados, "porque lo que cuenta es la relación de dominio colonial en la que sólo caben dos polos antagónicos, excluyentes y necesarios: el dominador y el dominado, el superior y el inferior, la verdad y el error". Con este propósito el orden legal impuesto se conforma como una garantía para el dominio colonial. Bonfil G., El Concepto de Indio en América: Una Categoría de la Situación Colonial, en Anales de la Antropología, Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, México, Vol. 9, 1972, pp. 111-112.

la presunción civilizatoria. Fuera de ella podrán existir otras prácticas, pero no otra religión, podrán existir costumbres pero jamás un Derecho contrario al del colonizador[129]. Esta cuestión, sentará conciencia en lo jurídico, impidiendo el respeto quizás de las zonas más relevantes de las culturas prehispánicas, así por ejemplo, respecto de las normas de familia y un número importante de normas penales indígenas[130].

En cuanto a la historia del Derecho nacional, podemos destacar que antes de la codificación la costumbre ocupaba un lugar relevante en todo el incipiente escenario jurídico nacional. La fuente de Derecho de mayor aplicación en el entonces Derecho nacional serán las Siete Partidas, en ella la costumbre aparece profundamente regulada bajo el título de "Del uso e de la costumbre, e del fuero". Además, existía una profusa doctrina sobre la materia siendo uno de los aspectos centrales de la enseñanza jurídica de la época.

En la propuesta codificadora inicial de Bello, se sugería originalmente mantener dicha relevancia, esto pese a la tendencia dominante cuyo propósito era su expulsión o la subordinación a la ley. En el proyecto original de 1853, se incluirá un título preliminar en que era posible percibir cierta cercanía con las partidas, reconociendo valor a la costumbre. Esta propuesta no tendrá mayores consecuencias, en cuanto durante su proceso de revisión existirá una directa oposición a mantener este Derecho antiguo[131].

[129] Clavero B., Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2009, p.6.

[130] Bravo, B., "El Derecho Indiano y sus Raíces Europeas: Derecho Común y Propio de Castilla" en Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LVIII, Madrid, 1988, p.3.

[131] En el proyecto de Código Civil de 1853, el tenor del artículo era el siguiente: "La costumbre tiene fuerza de ley cuando se prueba de cualquiera de los dos modos siguientes: 1° Por tres decisiones judiciales conformes pasadas en autoridad de cosa juzgada dentro de los últimos diez años; 2° Por declaraciones conformes de cinco personas inteligentes en la materia de que se trata nombradas por el juez de oficio ó á petición departe. Sólo á falta del primero de estos dos medios podrá recurrirse al segundo y ni el uno ni el otro, ni los dos juntos, valdrán, si durante dicho tiempo se hubiere prenunciado decisión judicial contraria, pasada en autoridad de cosa juzgada".

En opinión de Barrientos se suprimirán todos los artículos vinculados a dar valor a la costumbre, optándose por la idea de mantener la línea de los Códigos modernos en aquel entonces. El resultado de ello, será el inicio del tenor del actual artículo 2 de nuestro Código Civil, que fija el valor remitido de la costumbre a la ley[132]. En este sentido señalaba Claro Solar: "En un país como el nuestro en que la ley es obra de poderes determinados por la Constitución que ejercen la soberanía que les ha sido delegada por la Nación, no puede ser al mismo tiempo la obra de la comunidad de los ciudadanos"[133].

Desde este enfoque, será posible deducir en la formación del Estado moderno un traspaso de una diversidad de centros de creación jurídica a una monopolización de su producción. Pasando a un escenario de control en la elaboración jurídica por parte del Estado, perdiendo el Derecho durante largo tiempo su carácter pluralista para convertirse en una realidad uniforme[134]. Sin embargo, esta uniformidad en lo jurídico responde más a un deseo de naturaleza utópica que a una descripción de realidad.

Nuestra naturaleza humana de origen diversa, conllevará permanentemente al encauzamiento a fenómenos con diferentes expresiones en el Derecho. Así surgirán sistemas al margen del Estado, o más bien, distintos al Estado. Dentro de ellos se agruparán aquellos a los cuales el sistema reconoce como el Derecho Internacional o el Derecho canónico. Pero también se mantendrán otros de naturaleza diferente como los sistemas jurídicos indígenas.

[132] Complementa indicando que sus fuentes de inspiración son el artículo 10 del Código Austriaco y el artículo 3 del Código Holandés, ambos tenidos a la vista por Bello. Barrientos, J., El Código Civil, su Jurisprudencia e historia, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 46-47.

[133] Claro solar, L., Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo I, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1898, p. 42.

[134] Desde esta mirada Grossi, no habla de absolutismo jurídico de esta manera la labor de los jueces y de la ciencia jurídica "quedarán reducidas a un estado de servidumbre hacia el legislador". Con esto, alude a que la experiencia de lo jurídico, será minimizado a la repetición de la voluntad de un legislador mayoritariamente no jurista. Esto se reflejará, en una mitificación de lo jurídico, cuestión que se traducirá en la ficción del sistema democrático, en cuanto la ley como una expresión de la voluntad general. Grossi, P., La Primera Lección…, cit. n. 14, pp. 54-58.

En nuestra realidad, aún resulta complejo comprender esta impronta, en cuanto convivimos bajo la sombra de un binomio de ideas: a) por un lado, la noción de que las normas jurídicas que regulan el comportamiento en sociedad, deben ser similares para todos los ciudadanos; b) segundo, toda norma es creación exclusiva del Estado. Este discurso sostiene aquello que se ha denominado una idea monista del Derecho, es decir un sistema con carácter unitario y universal, en palabras de Kelsen "nadie puede servir a dos señores"[135]. Esta concepción monista será el reflejo de las ideas de la burguesía, cuyo objetivo se vinculara directamente con la unificación y la reducción de la diversidad desde todas las perspectivas con miras al reforzamiento del sentimiento nacionalista y del principio de igualdad ante la ley[136].

En la modernidad la noción de pluralismo jurídico, ha conllevado también el debilitamiento del paradigma de un sujeto único en el Derecho. En este sentido, para analizar la relevancia de la costumbre se debe distinguir entre costumbre indígena y no indígena[137]. En el caso de las sociedades indígenas, la costumbre jurídica penetra en una serie de actos relevantes para cada pueblo, estas particularidades configuran su diversidad que definen su identidad cultural, que traducida en derecho subjetivo de carácter colectivo determina su actual protección consagrada a nivel de Derechos Humanos[138].

En términos prácticos, esta serie de actos definen las conductas de las personas, configurándose en el imaginario que distingue a un grupo humano de otro. Dentro de estos se integran una serie de materias que aparecen reguladas mediante la costumbre. Entre las más relevantes podemos señalar: a) normas generales de comportamiento público; b) mantenimiento del orden interno; c) definición de derechos y obligaciones de los miembros; d) reglamentación sobre el acceso a recursos, y distribución de los mismos; e) reglamentación sobre trasmisión e intercambio de bienes y servicios; f) definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; g) formas matrimoniales y de construir familia[139]; h)control y solución de conflictos y disputas; i) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública[140].

[135] Kelsen, H., Teoría Pura del Derecho, Segunda Edición, p. 431.
[136] Krotz, E., Sociedades, Conflictos, Cultura y Derecho desde una Perspectiva Antropológica, en Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el Estudio del Derecho, E. Krotz (coord.), Editorial Anthropos, 2002, p. 16.
[137] Señala Barrientos, que el acogimiento de esta distinción, constituye un claro ejemplo de la superación de algunas de las ideas claves del racionalismo propio del proceso de codificación, en cuanto su concepción de una aplicación general de la norma sumergía las diferencias culturales bajo una idea de aparente igualdad. Barrientos, J., El Código Civil…, cit. n. 36, p. 47.
[138] Recientemente la Corte Interamericana de Justicia en la causa Norín Cantriman y otros contra el Estado de Chile se refirió a este derecho a la identidad cultural señalando: "Los Estados, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en el artículo 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. La duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo". Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra el Estado de Chile, Nº 327, sentencia de 29 de mayo de 2014. También en otras causas "mutatis mutandis", Caso CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fonda, Reparaciones y Costas. Sentencia de129 de marzo de 2006, párr. 154, y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C Nº. 250, párr. 177.
[139] En este sentido revisar: Espinoza, A., "La Invisibilidad Jurídica de la Familia Andina en el Norte de Chile", Revista de Derecho, Vol. XXIX, Nº1, año 2016, pp. 119-146.
[140] Stevenhagen, R., Derecho Consuetudinario…, cit. n. 23, p. 31.

Vale recordar que el Derecho a la identidad cultural, se conforma en nuestros días como una garantía protegida a nivel de Derechos Humanos en un número importante de instrumentos internacionales[141]. De esta manera, cuando un pueblo deja de dirigirse por su propio Derecho, no solo afecta su identidad cultural, sino también pone la coherencia y armonía del sistema jurídico en entredicho, al confrontar su norma interna con los compromisos vinculantes contraídos a nivel internacional, generando antinomias, propendiendo a la inseguridad del sistema jurídico.

Sin embargo, pese a la influencia que los instrumentos internacionales de derechos humanos ejercen en la actualidad. Esta tentativa mantiene situaciones aún marginadas, como indica Krotz se trata de espacios que demuestran que la idea de acerca de los derechos humanos, aún no está del todo clara ni siquiera para Occidente, por lo que su desarrollo debemos entenderlo en un continuo dialogo. Por consiguiente, resulta imprescindible volver una vez más a la tarea de fundamentar la noción de derechos humanos, identificando que conductas se incorporan y cuales salen de su amparo, a la hora de definir que es aquello que denominamos Derecho[142].

En nuestro sistema jurídico se observa aún una norma interna que contradice el sentido de la legislación moderna. De la misma manera, es escaso aún la remisión de casos a la costumbre para resolver asuntos de la población indígena. No obstante, la jurisprudencia incipiente existente a la fecha permite observar una actitud aperturista en progreso. El reto se plantea como una

[141] El derecho a la identidad cultural ha sido incorporado en diversos instrumentos jurídicos, como derecho humano se remonta a la Carta de Banjul (1981) que estableció este derecho en su artículo 22.1, posteriormente la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) la cual define conceptualmente el derecho cultural como derecho a la identidad.; complementa, el enfoque de los Instrumentos de Derechos Humanos el artículo Nº2 de la Declaración de Naciones Unidas De los Pueblos Indígenas. También el artículo Nº 27 del Pacto de Derecho Civiles y Politicos. No obstante, será el convenio 169 sobre pueblos indígenas de la OIT, que en su artículo Nº 8 lo regula en detalle.

[142] Krotz, Esteban, "La fundamentación de la idea de los derechos humanos en contextos multiculturales", en revista ALTERIDADES, 2008, 18 (35), p.11.

oportunidad para el Derecho, el reconocimiento de la existencia de un pluralismo jurídico eficaz, es la única vía para una realidad emancipadora a partir del Derecho. Esto a la espera que una adecuada técnica legislativa establezca cánones modernos y respetuosos a nuestra conformación históricamente diversa.

Por lo anterior, el actual Derecho legislado, requiere de una constante dependencia a la expresión natural de lo jurídico, debiendo atenderlo prestando garantías para una debida retroalimentación. Cuando los caminos se bifurcan, separándose la construcción de ambos Derechos, trae como consecuencia aquello que la doctrina ha denominado un Derecho de subordinación[143]. Mientras que un correcto diálogo entre ambas vertientes acerca el constructo jurídico a la tendencia democrática propia de nuestros tiempos.

A modo de conclusión

1.- La cuestión respecto a la existencia de un Derecho propio indígena pareciera que no tienen discusión, considerando incluso los primeros albores de la colonización. El reforzamiento de la relevancia que tiene la costumbre indígena como herramienta jurídica se encuentra asociado al derecho a la identidad cultural, siendo las normas jurídicas un factor esencial de la expresión social.

2.- La realidad del Derecho moderno legislado, requiere de una constante a la costumbre como expresión natural de lo jurídico, debiendo atenderlo prestando garantías para una debida retroalimentación. Cuando los caminos se bifurcan, separándose la construcción de ambos Derechos, trae como consecuencia aquello que la doctrina ha denominado un Derecho de subordinación. Mientras que un correcto dialogo entre ambas vertientes acerca el constructo jurídico a la tendencia democrática propia de nuestros tiempos.

[143] Señala Gurvitch que la relación entre un Derecho espontáneo y el Derecho organizado, tiende a dialogar en una permanente tensión, la primera nunca encuentra una plena representación en la segunda. Al mismo tiempo el carácter móvil y dinámico de lo espontáneo contribuye al distanciamiento generando permanentes conflictos. Gurvitch, G., Elementos de la Sociología Jurídica, Trad. José Cajica, Editorial José Cajica, Puebla, México, 1970, pp. 221-255.

3.- A partir de la noción de un pluralismo jurídico plasmado como requerimiento en la estructura internacional de los derechos humanos y considerando además la normativa vigente que promueve el Derecho Consuetudinario Indígena, ambas fijadas en la escala superior en la jerarquía de los ordenamientos jurídicos de occidente. La costumbre jurídica como herramienta del Derecho ha vuelto a ocupar su viejo sitial en la elaboración de la realidad normativa, esto con el propósito de proteger el derecho a la autodeterminación de nuestros pueblos.

Bibliografía

Aylwin, J.
(1995) Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional Comparado y en la Legislación Chilena", en Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología. Tomo l.

Barrientos, J.
(2016) El Código Civil, su Jurisprudencia e historia, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Santiago

Bobbio, N.
(1994) Teoría General del Derecho, Editorial Temis,
Bodenheimer, E.
(1989) Teoría del Derecho, Trad. Vicente Herrero, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

Bonfil G.
(1972) El Concepto de Indio en América: Una Categoría de la Situación Colonial, en Anales de la Antropología, Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, México, Vol. 9.

Bravo, B.
(1988) "El Derecho Indiano y sus Raíces Europeas: Derecho Común y Propio de Castilla" en Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LVIII, Madrid.

Carbonnier, J.
(1998) Ensayos sobre las Leyes, traducido por Diez Picazo, L., Editorial Civitas, Madrid,

(1982) Sociología jurídica, Traducido por L. Diez Picazo, Madrid, 1982, Editorial Tecnos.

(1995) Tendences actuelles de I'art législatif en France, en Essais sur les lois, 2e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris.

Castro, M. et alli.
(2014) Los Puentes entre la Antropología y el Derecho, Orientaciones desde la Antropología Jurídica, Editado por el Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.

Ceballos-Bedoya, N.
(2011) "Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada. Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial. 1750-1810", Revista Estudios Socio-Jurídicos 13.

Clavero B.
(2009) Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América, Editorial Siglo XXI, Madrid.

Claro solar, L.
(1898) Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo I, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago.

Cuche, D.
(2002) La Noción de Cultura en las Ciencias Sociales, trad. P. Mahler, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires.

De Sousa Santos B.
(2009) Sociología Jurídica Critica, Para un nuevo sentido común en el Derecho, Editorial Trotta, Madrid.

(2012) "Derecho y Emancipación", en Pensamiento Jurídico Contemporanéo Nº2, Corte Constitucional para el Period de Transición, Quito, 2012.

Ehrlich, E.
(1992) "La sociologia del diritto", Revista internazionale di filosofia del dirrito.

Espinoza, A.
(2016) "La Invisibilidad Jurídica de la Familia Andina en el Norte de Chile", Revista de Derecho, Vol. XXIX, Nº1.

García- Gallo, A.
(1964) Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho. Manual de Historia del Derecho Español II, segunda edición, Madrid.

Grossi, P.
(2006) La Primera Lección de Derecho, trad. De Clara Álvarez, Editorial Marcial Pons.

Gurvitch, G.
(1970) Elementos de la Sociología Jurídica, Trad. José Cajica, Editorial José Cajica, Puebla, México.

Guzmán Brito, A.
(1982) Andrés Bello Codificador Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile, Tomo I, ediciones de la Universidad de Chile, Santiago.

Iturralde, D.
(2006) "Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación de derecho indígena a la modernización", en Valladares, L. Antología. Grandes temas de la antropología jurídica. México
Kelsen, H.
(2002) Teoría Pura del Derecho, Segunda Edición.

Krotz, E.
(2014) Sociedades, Conflictos, Cultura y Derecho desde una Perspectiva Antropológica, en Antropología Jurídica: Perspectivas

Socioculturales en el Estudio del Derecho, E. Krotz (coord.), Editorial Anthropos.

(2008) "La fundamentación de la idea de los derechos humanos en contextos multiculturales", en revista ALTERIDADES, 18 (35).

Levaggi, A.
(1991) "Notas sobre las vigencias de los derechos indígenas y la doctrina indiana" en Revista Complutense de Historia de América, 17, 79-91, Edit. Universidad Complutense.

Levy – Bruhl, H.
(1961) Sociología del Derecho, traducida por Miriam De Winizky, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Paris.

Prieto Sanchis, L.
(1994) "Minorías, respeto a las disidencias e Igualdad Sustancial", en Revista Doxa,Nº 15 – 16.

Ross, A.
(2007) Teoría de las fuentes del Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Sánchez- Castañeda, Alfredo.
(2012) "Los Orígenes del Pluralismo Jurídico", en Pluralismo Jurídico e Interculturalidad coord. Oscar Alba, Editado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia.

Sumner, H.
(1893) El Derecho Antiguo, Editado por Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid.

Savigny K.
De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho, Trad. Por A. Posadas, La España Moderna, Madrid.

Stevenhagen, R.
(1990) Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina, en Antología Grandes Temas de la Antropología.

Tau, V.
(2000) El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación", Recurso Electrónico, Disponible en:
http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=1115

Weber M.
(2002) Economía y Sociedad, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducido por J. Medina Echavarría et all., Madrid.

Normas citadas

1.- Carta de Banjul (1981)
2.- Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986)
3.- Declaración de Naciones Unidas De los Pueblos Indígenas (2007).
4.- Proyecto de Código Civil (1853).
5.- Código Civil chileno
6.- Código Civil austriaco
7.- Código Civil holandés
8.- Convenio Nº 169 de la OIT
9.- Pacto de Derechos Civiles y Politicos
10.- Recopilación de Indias

Jurisprudencia

1.- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. CIDH, Fonda, Reparaciones y Costas. Sentencia de129 de marzo de 2006
2.- Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.
3.- Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra el Estado de Chile, Nº 327, sentencia de 29 de mayo de 2014.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA INDUSTRIA EXTRACTIVA

Gonzalo Aguilar Cavallo[144]

Introducción

Este trabajo examina los estándares que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de derechos de los pueblos indígenas y su conexión con la actividad de la industria extractiva.

El análisis se divide en dos partes principales. La primera parte apunta a examinar brevemente la doctrina del control de convencionalidad. La segunda parte aborda sinópticamente los estándares interamericanos relacionados con los derechos de los pueblos indígena y la industria extractiva.

I. El control de convencionalidad

1. ¿Por qué es necesario hablar de control de convencionalidad?

Nosotros quisiéramos, simplemente, enunciar tres razones que nos parecen concurrentes para justificar una respuesta a esta pregunta. En primer lugar, los derechos humanos constituirían normas de carácter constitucional: fundantes de toda convivencia social. En segundo lugar, el control de convencionalidad es una expresión de la globalización del derecho (constitucionalismo global). Y, en tercer lugar, los derechos humanos de los pueblos indígenas, desarrollados en el sistema interamericano, se pueden hacer efectivos a través del control de convencionalidad.

[144] Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). Email: gaguilarch@hotmail.com

De este modo, la razón de por qué incluimos en este apartado el control de convencionalidad radica en que si los estándares interamericanos permanecen sin ser aplicados por los órganos estatales el desarrollo de estos estándares no servirá de nada. La virtualidad transformadora de los estándares interamericanos sólo cristaliza si muestran su eficacia en el orden jurídico interno de los Estados. Y, esto se produce concretando un eficaz control de convencionalidad al interior de los Estados.

2. Sentido y alcance del control

El control de convencionalidad comprende dos aspectos, por un lado, la norma y por otro lado, la interpretación. Este control de convencionalidad deberían realizarlos todos los órganos estatales, pero, con preferencia, los jueces y los órganos vinculados con la administración de justicia. En este sentido, los Estados tienen la obligación de velar por el respeto y cumplimiento de las normas convencionales y la interpretación que de ellas ha realizado el órgano autorizado. En el sistema interamericano, la Corte IDH es el órgano final y auténtico de interpretación, tal y como está establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. Diálogo reforzado entre jueces

Para el juez nacional, esto no significa sumisión, sino más bien interpretación y razonamiento.

En esta parte, es vital recordar el principio pro homine o favor persona y el principio de interpretación conforme al derecho internacional.

En cuanto al principio de interpretación conforme al derecho internacional, la Corte Suprema se ha referido a él recientemente en el denominado caso del Consejo de Guerra, de la siguiente manera:

> "Empero, conviene resaltar que, aun de no haberse dictado el pronunciamiento referido por la CIDH en el caso "Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros versus Chile", igualmente esta Corte Suprema debe procurar adoptar una

interpretación de las normas procesales nacionales que conduzca al resultado indicado en ese pronunciamiento"[145].

En lo que respecta al principio de interpretación favor persona, la Corte Suprema también lo ha utilizado recientemente, aunque cabe señalar que este principio de interpretación de los derechos fundamentales ya comienza a devenir un tópico común en la jurisprudencia del máximo tribunal chileno. En efecto, la Corte sostuvo lo siguiente:

"[…] atendidas las particularidades de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho Constitucional como el nuestro, dichos derechos deben interpretarse de acuerdo a ciertos criterios y, uno de éstos, es el principio pro persona, de acuerdo al cual debe preferirse aquella norma o interpretación que de mayor efectividad a la protección de los derechos humanos"[146].

II. Los pueblos indígenas y la industria extractiva

El análisis que se va a realizar tiene interés en la medida que tengamos presente las nociones a propósito del control de convencionalidad.

1. Marco jurídico general en materia de derechos humanos

Como se sabe, las obligaciones generales de derechos humanos son las siguientes: 1) Respetar; 2) Proteger; 3) Garantizar. En segundo lugar, a partir de los derechos humanos surgen obligaciones positivas y obligaciones negativas. Y, en tercer lugar, surgen las obligaciones estatales en materia de derechos humanos y también, obligaciones de particulares en materia de derechos humanos. Por último, la noción del bloque constitucional de derechos fundamentales, consiste en un sistema de doble fuente: A/ Fuente constitucional y B/ Fuente internacional.

Las fuentes internacionales de los derechos de los pueblos indígenas:

[145] Corte Suprema: Revisión Consejo de Guerra Maldonado y otros. Rol N°27.543-2016. 3 de octubre de 2016. Considerando 11°.
[146] ibíd.

a) Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969.
b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966.
c) Convenio 169 (1989) sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT.
d) Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas 2007.
e) Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas 15 de junio de 2016.

2. Los estándares interamericanos
Primero, ¿Qué principios de interpretación suele utilizar la Corte IDH en esta materia?

Principios de interpretación utilizados

1) Principio de interpretación pro homine o favor persona: "Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos." [147]

2) Principio de interpretación de prohibición de las interpretaciones restrictivas de los derechos: "Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam" tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales157 (PIDESC)."[148]

[147] Nogueira Alcalá, H. y Aguilar Cavallo, G., "El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa", en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 85, Primer Semestre, 2016, pp. 13-43.
[148] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 122.

3) Principio de interpretación la protección que los derechos otorgan es real y concreta y no teórica ni ilusoria:
En este sentido, la Corte IDH ha señalado claramente el criterio de que "[d]esconocer las versiones específicas del ejercicio del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solamente existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para estos colectivos"[149].

Así, tal como lo señala Jiménez García, "[l]o que se pretende en virtud de esta doctrina es, lo que tantas veces se ha repetido en la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre derechos humanos, reconocer que estos convenios e instituciones creadas por los Estados tienen como finalidad proteger derechos que no son teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos en el contexto socio-histórico y jurídico en que son reivindicados. No resulta suficiente que el Estado se comprometa internacionalmente en el respecto de estos derechos, incluso que adopte legislación al respecto, sino que instituya un marco normativo, procesal e institucional adecuado que permita la realización efectiva de los derechos reconocidos."[150]

2.1. El derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han poseído u ocupado de alguna otra manera.

2.1.1. El punto de partida es el derecho a la autodeterminación de los pueblos

El supuesto para reivindicar todos sus derechos es que los pueblos indígenas, desde hace décadas, han vuelto a ser reconocidos

[149] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 129; Cfr. Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C. 146, para. 120; Corte IDH: Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, para. 165.

[150] Jiménez García, F., "Tomarse en serio el derecho internacional de los derechos humanos: especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos", en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 101, 2014, pp. 79-124.

como sujetos de derecho internacional. Decimos que ellos han vuelto a ser considerados sujetos de derecho internacional porque en una época temprana del derecho internacional ellos fueron considerados sujetos de derecho.[151] Su carácter de sujeto de derecho internacional y, sobre todo, de sujeto de derechos humanos, ha sido claramente establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH, en su reciente opinión consultiva 22/16 de 2016, cuando señala lo siguiente:

"[L]a Corte, como intérprete última de la Convención, reitera su jurisprudencia según la cual las comunidades indígenas son titulares de derechos protegidos por el sistema interamericano y pueden presentarse ante este en defensa de sus derechos y los de sus miembros."[152]

"[L]a Corte reitera que ya ha reconocido a las comunidades indígenas y tribales como sujetos de derecho en razón de la actual evolución del derecho internacional en la materia."[153]

El reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos tiene como sustrato el reconocimiento como sujeto de derecho internacional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte

[151] Figuera Vargas, S., "Los pueblos indígenas: libre determinación y subjetividad internacional", en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 22, II, 2010, pp. 105-123; Ponte Iglesias, M., "Los pueblos indígenas ante el derecho internacional", en Agenda Internacional, Año X, núm. 20, 2004, pp. 149-172.

[152] Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, para. 72; Corte IDH: Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, para. 171.

[153] Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, para. 72.

IDH: El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas para "provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural" y para "disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales" para que no se los prive de "sus propios medios de subsistencia".[154]

El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas es la piedra angular de un real sistema de reconocimiento de la subjetividad jurídica de los pueblos indígenas y del inicio de su proceso emancipatorio.[155] En esta línea, Ramírez ha sostenido que "[s]i suscribimos el concepto de igualdad como emancipación no dudaríamos en calificar el derecho a la tierra de los indígenas como un derecho emancipatorio y, por tanto, un derecho que tiene prioridad sobre cualquier otro."[156]

2.1.2. Reconocimiento de la propiedad según la cosmovisión indígena

La Corte IDH ha reconocido respecto de los pueblos indígenas el "derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, territorios y recursos naturales o el derecho a usar y gozar colectivamente de la propiedad de conformidad con sus tradiciones ancestrales." [157]

2.1.3. La CADH ampara la particular relación espiritual con su territorio y recursos naturales

A partir del artículo 21 de la CADH, los jueces interamericanos han reconocido el derecho de los integrantes de los pueblos

[154] Zúñiga, García-Falces, N., "Conflictos por recursos naturales y pueblos indígenas", en Pensamiento Propio, núm. 22. 2006, pp. 1-17; Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 122.

[155] Rodríguez Barón, N., "El transitar hacia la emancipación indígena: el Pueblo kolla reconstruyendo sus visiones de justicia, identidad y autonomía", en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 14, núm. 1, 2015, pp. 47-74.

[156] Ramírez, S., "Igualdad como emancipación: los derechos fundamentales de los pueblos indígenas", en Anuario de Derechos Humanos, núm. 3, 2007, pp. 30-50, especialmente p. 45.

[157] Aguilar Cavallo, G. y Alfaro Montecinos, J., "Los recursos naturales de los pueblos indígenas y las empresas: estándares interamericanos y jurisprudencia chilena", en Anuario de Derechos Humanos, núm. 11, 2015, pp. 183-193; Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 108.

indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. En efecto, en este sentido han sostenido:

> "El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes de los Pueblos Kaliña y Lokono el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria."[158]

2.1.4. Se reconoce el derecho al territorio colectivo y a los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural

El derecho al territorio colectivo que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural. En este sentido, la "Corte, concluye que los Pueblos Kaliña y Lokono conformados como pueblos indígenas, se encuentran protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio colectivo que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar

[158] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 124; Vid. Caso del Pueblo Saramaka, para. 95.

a sus integrantes el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio." [159]

2.1.5. Derecho a la delimitación y demarcación por procedimientos adecuados

El derecho de los pueblos indígenas a que el territorio que han usado u ocupado ancestralmente sea demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo.

En efecto, en el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono, los jueces interamericanos señalan que "[a]l respecto, en el caso del Pueblo Saramaka la Corte determinó que el marco legal del Estado de Surinam "meramente le otorga[ba] a los integrantes del pueblo […] un privilegio para usar la tierra, el cual no le garantiza[ba] el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa […] Por tanto,] [a] fin de obtener [un] título, el territorio que los miembros de [los] pueblo[s] […] han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos". [160]

En este contexto, la Corte IDH ha consagrado el principio de efectividad en relación con los derechos humanos, en el sentido de que la interpretación que se le dé a la norma debe apuntar a que esta produzca un efecto útil. Así, el tribunal ha señalado como sigue:

"La Corte ha establecido que, en atención al principio de seguridad jurídica, es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas a través de la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica. Lo anterior, considerando que el reconocimiento de los derechos de propiedad comunal indígena debe garantizarse a través del otorgamiento de un título de

[159] Ibíd., para. 96.

[160] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 125; Vid. Caso del Pueblo Saramaka, para. 134.

propiedad formal, u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o de los agentes del propio Estado, y que este "reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se [establece, delimita y demarca] físicamente la propiedad". [161]

Además, en relación con la delimitación, demarcación y titulación de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, la Corte IDH ha sostenido los siguientes criterios muy relevantes:

> "Cabe precisar, que para efectos de la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional en el presente caso, la Corte estima que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales contempla garantías plenas sobre los territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, y utilizado para ejercer su propia forma de vida, subsistencia, tradiciones, cultura y desarrollo como pueblos. Sin perjuicio de lo anterior, existirían otras áreas tradicionales complementarias o adicionales a las que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales o de subsistencia (que en su caso pueden compartir otros fines), respecto de las que se debe garantizar, al menos, su acceso y uso en la medida de lo que corresponda."[162]

> "Sin perjuicio de lo anterior, siendo que es un deber del Estado delimitar los territorios tradicionales, corresponde a éste, mediante un proceso consultivo y a través de las medidas

[161] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 133; Cfr. Corte IDH: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, para. 153 y 164; Corte IDH: Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, para. 119.

[162] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 139.

necesarias de carácter administrativo y legales, conforme a los estándares internacionales en la materia, primeramente delimitar los territorios que le corresponden a los Pueblos Kaliña y Lokono, de conformidad con el párrafo 139 de esta Sentencia, para así proceder a demarcarlos y titularlos, garantizando su uso y goce efectivo. Para ello, el Estado también debe respetar los derechos que le puedan asistir a los pueblos tribales o sus miembros en el área. Para ello, el Estado deberá desarrollar, de común acuerdo con las comunidades indígenas y maroons, reglas de convivencia pacíficas y armoniosas en el territorio en cuestión".[163]

2.1.6. Derechos territoriales vinculados con su supervivencia y planes de vida.

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas "abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida".[164]

2.1.7. Reconocimiento de su identidad cultural y de su cosmovisión.

El debido respeto y promoción de la tierra, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, tanto desde una perspectiva individual como colectiva permite asegurar la conservación y desarrollo de su identidad cultural. En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que "[l]a propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural".[165] En el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono, los jueces interamericanos sostuvieron lo siguiente:

[163] Ibíd., para. 141.

[164] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 138; Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, para. 146; Corte IDH: Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, para. 143.

[165] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 125; Vid. Caso del Pueblo Saramaka, para. 138.

> "La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural".[166]

2.1.8. El derecho de propiedad de los pueblos indígenas se asienta en la posesión tradicional o en el uso que hayan hecho de sus tierras, territorios y recursos naturales.

Este criterio que ha sido reiterado por la Corte IDH desde Mayanga Sumo Awas Tigni, fue claramente enunciado en los casos paraguayos de las comunidades Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek, estableciendo lo siguiente:

a) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado, por lo que el área poseída en la práctica es equivalente a la propiedad;

b) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y

c) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.[167]

[166] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 130.

[167] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 130; Cfr. Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, para. 131 y 137; Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, para. 128; Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, para. 109.

2.1.9. Derecho a la propiedad de sus recursos naturales

Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, ya que sin ellos su supervivencia económica, social y cultural está en riesgo.

En este sentido, los jueces interamericanos han afirmado la conexión entre el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que tradicionalmente han usado u ocupado de algún modo con su identidad cultural, su supervivencia física y cultural como pueblo y, finalmente, con su derecho colectivo a la autodeterminación. Así, la Corte IDH ha razonado como sigue:

"La Corte ha establecido que la conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales, y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, deben ser protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Esta protección tiene como fin el garantizar que los pueblos indígenas y tribales puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetados, garantizados y protegidos por los Estados. Así, los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, ya que sin ellos su supervivencia económica, social y cultural está en riesgo."[168]

De acuerdo con la interpretación que hace la Corte IDH, la protección del derecho de propiedad del artículo 21 de la CADH se extiende a los recursos naturales que los pueblos indígenas tradicionalmente han usado u ocupado de otro modo. En efecto, la Corte señala lo siguiente.

[168] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 164; Cfr. Corte IDH: Comunidad Indígena Yakye Axa, para. 124, 135 y 137; Corte IDH: Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, paras. 165 a 167 y 172.

"La Corte recuerda su jurisprudencia en la materia, en el sentido que el artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. "Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad."[169]

2.1.10. Propiedad susceptible de ser restringida, pero deben cumplirse los requisitos:

En primer lugar, las restricciones a la propiedad colectiva indígena son posibles pero deben someterse a un test estricto de proporcionalidad. En este caso, el Estado debe ponderar que las restricciones sobre el territorio tradicional cumplan con los requisitos de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad.

En efecto, en este sentido, la Corte IDH ha indicado lo siguiente:

> "[L]a Corte ha analizado a la luz de su jurisprudencia el derecho de reivindicación de las tierras colectivas que se encuentra en manos de privados o intereses estatales, para ello ha señalado que el Estado debe ponderar que las restricción sobre el territorio tradicional cumplan con los requisitos de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad. En este sentido, por ejemplo, en el caso Xákmok Kásek, este Tribunal dispuso que "[…] el Estado deb[ía] adoptar las medidas necesarias para que [su legislación interna relativa a un área protegida] no [fuera] un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad".[170]

Luego, teniendo esto en consideración, el Estado podría otorgar concesiones a terceros respecto de territorios y recursos naturales indígenas, sin embargo, para ello, deben cumplirse, como estándar mínimo, los siguientes requisitos:

[169] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 129.
[170] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 165.

i) Participación efectiva
ii) Estudio de impacto
iii) Obtención de un beneficio razonable

Con todo, esta suerte de restricción a la propiedad colectiva indígena sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, a su vez, tiene una limitación consistente en que la concesión se puede otorgar siempre que ello no signifique una denegación de su subsistencia, tanto física como cultural, como pueblo. Este último constituye, por tanto, uno de los límites a las limitaciones al derecho de propiedad colectiva indígena.

En efecto, como se ha mencionado, para que el Estado pueda restringir el derecho de propiedad sobre las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales a través del otorgamiento de concesiones dentro de su territorio y que ello no implique una denegación de su subsistencia, se deben cumplir con las garantías de participación efectiva (A), estudio de impacto (B), y obtención de un beneficio razonable (C), las cuales se analizarán a continuación:

A) Participación efectiva:
El Estado tiene la obligación de asegurar la participación efectiva de los integrantes de los [pueblos indígenas y tribales], de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro [de su territorio]. Esta participación de los pueblos indígenas cuya garantía corresponde al Estado, tiene el siguiente alcance:

i) El Estado debe garantizar la participación efectiva "en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción", […] en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.[171]
ii) La participación debe ser previa: el deber del Estado en relación con dicha garantía se actualiza de manera previa a la ejecución de acciones que podrían afectar de manera relevante los intereses

[171] Ibíd., para. 206.

de los pueblos indígenas y tribales, tales como las etapas de exploración y explotación o extracción.[172]
iii) La participación efectiva también deberá ser garantizada por el Estado respecto de cualquier plan de desarrollo o inversión, así como de cualquier actividad nueva de exploración o explotación que pueda originarse en el futuro en los territorios tradicionales de estos pueblos.[173]

B) Estudio de impacto:
Igualmente, el Estado tiene la obligación de garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de su territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental:

i) El Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.[174]
ii) Los estudios de impacto ambiental "sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también […] asegurar que los miembros del pueblo […] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad", para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, "con conocimiento y de forma voluntaria".[175]
iii) El nivel de impacto permitido no puede negar la capacidad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a su propia supervivencia.[176]

[172] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 207.
[173] Ibíd., para. 211.
[174] Ibíd., para. 214.
[175] Ibíd., para 214.
[176] Ibíd., para 214

iv) La Corte ha establecido que los estudios de impacto ambiental deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio.[177]

v) Estudios de impacto debe ser previos al inicio de las etapas del proyecto: el estudio de impacto ambiental y social adquiría también relevancia de manera previa al inicio de actividades de explotación, ya que es allí donde se concreta el área específica en la que se llevaría a cabo las actividades extractivas respecto de toda el área en concesión.[178]

Así, por ejemplo, en el caso Kaliña: "la actividad de extracción impactó ampliamente esta zona, pues el ruido de la construcción y las explosiones regulares de dinamita provocaron que los animales y aves se alejaran; los riachuelos se contaminaron afectando con ello la pesca; la tala de árboles y los ruidos derivados de las actividades ahuyentaron a diversas especies de animales, afectando con ello la caza, y el suelo se vio afectado por lo que muchas de las plantas tradicionales dejaron de crecer."[179]

C) Obtención de un beneficio razonable:
Por último, el Estado tiene la obligación de garantizar que los miembros de los [pueblos indígenas y tribales] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio.[180]

[177] Ibíd., para 215.
[178] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 215.
[179] Ibíd., para 217
[180] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 201; "La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka." Corte IDH: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, para. 138.

2.1.11. Sistema de reclamación efectivo de sus tierras y recursos naturales ancestrales.

El Estado debe garantizar el derecho de reivindicación de las tierras, territorios y recursos naturales indígenas que se encuentran en manos de privados o intereses estatales. En este sentido, la Corte IDH ha señalado claramente que los Estados deben "crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad. Este sistema deberá consagrar normas sustantivas que garanticen: a) que se tome en cuenta la importancia que para los indígenas tiene su tierra tradicional, y b) que no baste que las tierras reclamadas estén en manos privadas y sean racionalmente explotadas para rechazar cualquier pedido de reivindicación. Además, este sistema deberá consagrar que una autoridad judicial sea la competente para resolver los conflictos que se presenten entre los derechos a la propiedad de los particulares y la de los indígenas."[181] Además, la Corte IDH ha afirmado que "en el caso de que los pueblos indígenas hayan salido de sus territorios o hayan perdido la posesión de éstos, [tienen] el derecho de recuperarlos" y que "es precisamente la posesión u ocupación prolongada ancestral de las mismas lo que da lugar al derecho de exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro."[182]

3. La vinculación entre la protección de los recursos naturales indígenas y la protección del medio ambiente.

3.1. Un acto que restringa el territorio y los recursos naturales indígenas debe ser legítimo en una sociedad democrática

Este elemento es un componente general del juicio de proporcionalidad exigido para poder admitir una restricción del derecho de propiedad. Se ha mencionado que en el caso de la propiedad colectiva indígena sobre tierras y recursos naturales

[181] Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, para. 310.

[182] Corte IDH: Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, paras. 120-121.

este juicio de proporcionalidad debe ser estricto. En esta línea, la finalidad en la protección del medio ambiente (la creación de un parque metropolitano), era un objetivo legítimo en una sociedad democrática a fin de restringir el derecho a la propiedad privada, establecido en el artículo 21 de la Convención.[183]

3.2. Vinculación entre medio ambiente, vida digna y protección especial de los pueblos indígenas

La Corte IDH ha resaltado la importancia de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente como un derecho humano esencial relacionado con el derecho a la vida digna a la luz del corpus iuris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas.[184] En este sentido, los jueces interamericanos han reafirmado la "importancia de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente contenido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" como un derecho humano esencial relacionado con el derecho a la vida digna derivado del artículo 4 de la Convención a la luz del corpus iuris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas "en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma".[185]

3.3. Contribución de la cultura indígena a la conservación y sostenibilidad de los recursos naturales.

Los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes.[186]

Así, por ejemplo, "el artículo 8.j) del Convenio de Diversidad Biológica señala que los Estados "respetará[n], preservará[n] y

[183] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 171; Cfr. Corte IDH: Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, para. 76.

[184] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 172.

[185] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 172; El artículo 11 de dicho instrumento estipula que: "1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; y 2. […] Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente". El Protocolo entró en vigencia internacional el 16 de noviembre de 1999. Vid. "En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales204, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT." Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, para. 163; "[L]os Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. La observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio, sin discriminación, de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción." Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, para. 187.

[186] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 173; Cfr. Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo, Principio 22, aprobada en la Conferencia sobre Medioambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992; Cfr. Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas, reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de septiembre de 2014, paras. 22, 26, 34 y 35; Cfr. WWF Internacional, 2008. Los Pueblos Indígenas y la Conservación: Declaración de Principios del WWF. Gland, Suiza: WWF Internacional, p. 5, 9.

mantendrá[n] […] las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá[n] su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos […] y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de [ellos] se compartan equitativamente". El artículo 10.c) del mismo, señala que se "[p]rotegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible".[187]

3.4. Ponderación entre áreas protegidas y derechos territoriales. En primer lugar, a este respecto, los jueces interamericanos han señalado que "un área protegida, consiste no solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y que, por tanto, incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo."[188] Y, los miembros de la Corte IDH reiteran que "los pueblos indígenas y tribales, por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante" a la conservación de los recursos naturales.[189]

Por regla general, "existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales en la protección de los recursos naturales sobre sus territorios", pero esto debe ser evaluado por el Estado. Los elementos fundamentales para alcanzar la compatibilidad entre áreas protegidas y derechos territoriales indígenas son los siguientes:

[187] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 177.
[188] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 173; Cfr. Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004) Principios y directrices de Addis Abeba para la utilización sostenible de la diversidad biológica (Directrices del CDB) Montreal: Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Principio práctico 9, p. 16; Cfr. Acuerdo Durban: Plan de Acción, adoptado en el V Congreso Mundial de Parques, Durban, Sudáfrica, 2003, p. 25.
[189] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 181.

a) participación efectiva[190]
b) acceso y uso de sus territorios tradicionales y
c) recibir beneficios de la conservación —todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible—. [191]

3.5. Derecho a participar en los procesos de toma de decisiones ambientales.

El artículo 23 de la Convención Americana dispone el deber de gozar de los derechos y oportunidades "de participar en la dirección de los asuntos públicos […]". En este sentido, la participación en la conservación del medio ambiente para las comunidades indígenas resulta no sólo en un asunto de interés público sino parte del ejercicio de su derecho como pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus derechos, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones.[192]

Respecto de proyectos que producen un gran impacto en el medio, como los proyectos mineros, se ha señalado que "para evitar efectos adversos, así como riesgos empresariales, es necesario que las empresas se cercioren de que el proceso de consentimiento libre, previo e informado dirigido por el Estado sea adecuado. A falta de ello, es preciso que la empresa de que se trate considere atentamente si puede ejecutar el proyecto sin correr el riesgo de causar o contribuir a causar efectos adversos sobre los derechos de los pueblos indígenas; el hecho de no informar, colaborar y consultar con los pueblos indígenas, incluidos hombres y mujeres, no solo socava la capacidad de la empresa de respetar los derechos (toda vez que tal vez desconozca sus efectos potenciales o reales), sino que también

[190] Vid. artículo 4 de la Convención de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación de los ciudadanos y el acceso a la justicia, tratado internacional que regula los derechos de participación ciudadana en relación con el medio ambiente; Cfr. Corte IDH: Caso Claude Reyes y otros vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C. No. 151, paras. 79 y 84.
[191] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 181.
[192] Ibíd., para 196.

fomenta la desconfianza entre las comunidades y las empresas y puede llevar a trastornos de las actividades."[193]

3.6. Para explotar sus recursos naturales hay que garantizar participación efectiva.

El Principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, establece que "las poblaciones indígenas y sus comunidades […] desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sustentable".[194]

En este sentido, los jueces interamericanos han señalado que frente a la utilización o explotación de recursos naturales en el territorio tradicional de los pueblos indígenas, el Estado debe contar con mecanismos para garantizar la participación efectiva de los mimos, a través de procedimientos culturalmente adecuados para la toma de decisiones de dichos pueblos.[195]

En especial, tratándose de la realización de actividades extractivas y, específicamente, mineras, el Estado debería respetar ciertas salvaguardas. "Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros de [los pueblos indígenas y tribales], tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia [como pueblo indígena]".[196] Así, se deben cumplir con los siguientes tres requisitos:

a) Primero, "el Estado debe asegurar la participación efectiva de los

[193] Asamblea General: Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas Nota del Secretario General Doc. N.U. A/68/279, de fecha 7 de agosto de 2013, para. 21.
[194] Cfr. Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 179.
[195] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 203.
[196] Ibíd., para 201

integrantes de los [pueblos indígenas y tribales], de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante "plan de desarrollo o inversión") que se lleve a cabo dentro [de su territorio]."[197]

"En particular la Corte se refirió a planes de desarrollo e inversión como "cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales […], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras". [198] "La Corte entiende, además, que un proyecto minero está conformado por distintas etapas, entre ellas principalmente la etapa de exploración, la etapa de explotación y la del cierre del proyecto." [199] Y, los jueces interamericanos han considerado que "el deber del Estado en relación con dicha garantía se actualiza de manera previa a la ejecución de acciones que podrían afectar de manera relevante los intereses de los pueblos indígenas y tribales, tales como las etapas de exploración y explotación o extracción."[200]

b) Segundo, "el Estado debe garantizar que los miembros de los [pueblos indígenas y tribales] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio."[201]

[197] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 201.
[198] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 206.
[199] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, nota 242; Corte IDH: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, para. 129.
[200] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 207; Corte IDH: Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, para. 217; Corte IDH: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, para. 129.
[201] Corte IDH: Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, para. 201.

c) Tercero, "el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de su territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental."[202]

Sobre las particularidades del estudio de impacto social y ambiental, se ha sostenido que "[l]as empresas deben garantizar que los procesos de evaluación del impacto prevean un examen con base empírica y desglosado por género de las cuestiones socioantropológicas relacionadas con cualesquiera consecuencias adversas sobre los pueblos indígenas residentes en zonas afectadas por un proyecto. Además, las empresas deben garantizar que las evaluaciones de impacto sean lo bastante profundas para detectar los efectos diferenciados sobre los grupos potencialmente vulnerables y susceptibles de sufrir en mayor grado las consecuencias adversas de la misma actividad a causa de la marginación económica o social dentro de la comunidad indígena."[203]

En específico, respecto de los impactos adversos en los pueblos indígenas, se ha mencionado que "[h]abida cuenta de las especificidades de las consecuencias adversas sobre los pueblos indígenas, es posible que las evaluaciones generales del impacto ambiental, social y sanitario no sean suficientes para determinar y hacer frente a los posibles riesgos en materia de derechos humanos, sobre todo con respecto a sus derechos colectivos a la tierra y los recursos y a la libre determinación enunciados en la Declaración."[204]

4. Las obligaciones de los actores no estatales: en particular, las empresas.

Esta es una temática de primera importancia en la actual realidad latinoamericana. No queremos con esto decir que los conflictos socio-ambientales vinculados a la empresa extractiva y los pueblos indígenas se dan únicamente en Latinoamérica, pero, nuestro foco, en este análisis se concentra en América Latina. En efecto,

[202] Ibíd.

[203] Asamblea General: Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Nota del Secretario General Doc. N.U. A/68/279, de fecha 7 de agosto de 2013, para. 31; Vid. Doc. N.U. A/66/288, paras. 93-102.

[204] Asamblea General: Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Nota del Secretario General Doc. N.U. A/68/279, de fecha 7 de agosto de 2013, para. 31.

en el seno de Naciones Unidas se ha indicado que existen diversos impactos adversos y violaciones a los derechos humanos que involucran a empresas y a los pueblos indígenas. Así, se ha sostenido que "[n]o todos los proyectos de infraestructura que se hacen en la región, con el apoyo de los gobiernos, llevan a cabo estudios de impactos ambientales y sociales completos siguiendo metodologías compatibles con los derechos humanos", que "[e]l impacto de los proyectos de gran infraestructura varía. Incluye la deforestación y la contaminación del aire, del suelo o del agua, las cuales luego afectan a la salud de las personas o su posibilidad de acceder a alimentación" y que "[l]os impactos por la minería y otros proyectos del sector energético suscitan vivos debates en la región."[205]

Antes de abordar las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos debemos examinar las obligaciones del Estado frente a conductas de actores no estatales.

4.1. Las obligaciones del Estado ante actos u omisiones de particulares.

El Estado puede ser responsable por actos de terceros derivado de sus obligaciones tanto generales como específicas. Las obligaciones generales fueron mencionadas supra. Las obligaciones estatales de derechos humanos en contextos de actividades de extracción, explotación y desarrollo serían las siguientes[206]:

1) Deber de diseño, implementación y aplicación efectiva de un marco normativo adecuado.

2) La necesidad de un marco jurídico que aborde de una manera adecuada las empresas extranjeras.

3) Deber de prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre los derechos humanos.

[205] Asamblea General: Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Adición. Doc. N.U. A/HRC/26/25/Add.2, de fecha 24 de abril de 2014, para. 10.

[206] CIDH: Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015.

4) Obligación de supervisión y fiscalización en materia de actividades extractivas, de explotación y desarrollo.

5) Deber de garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información.

6) Deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia contra la población en zonas afectadas por actividades extractivas, de explotación y desarrollo.

7) Deber de garantizar el acceso a la justicia: investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

Además de estas obligaciones, los Estados tienen deberes de garantía específicas en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas, a saber:

1) Deber de asegurar que las restricciones al uso y goce de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas no implique una denegación de su supervivencia física y cultural.

2) Deber de asegurar la participación efectiva, de realizar un estudio de impacto socio-ambiental y de garantizar beneficios compartidos, todo lo cual, implica los siguientes derechos para los pueblos indígenas:

A) Derecho a la participación efectiva, que se traduce, entre otras cosas, en el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado.
B) Derecho a la realización de estudios previos de impactos social y ambiental.
C) Derecho a la participación razonable en los beneficios del proyecto.[207]

[207] CIDH: Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015.

4.2. Las obligaciones de las empresas ante los derechos humanos.

Aun cuando parezca difícil creerlo, se ha debido batallar mucho en el ámbito internacional para llegar a afirmar que las empresas, como todo órgano de la sociedad, deben respetar los derechos humanos. En nuestro concepto, las empresas también deben proteger y garantizar o satisfacer los derechos humanos, todo lo cual implica obligaciones positivas de adopción de medidas que permitan aquello. Las dificultades a las que hemos aludido se ven reflejadas en la nomenclatura utilizada. Una parte de la doctrina y de los textos internacionales utilizan eufemísticamente el término responsabilidad en lugar de obligación y el concepto de abuso en lugar de violación. No se considera que el hecho desencadenante de una violación, en el caso del Estado, pueda ser el mismo que genera un abuso, en el caso de una empresa. Aquí se hace presente una contradicción e incoherencia que el derecho contemporáneo tiene el deber de resolver.[208]

Con todo, tal como lo ha sostenido Mary Robinson, ex Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, "[l]o bueno es que ahora ya hay herramientas para ayudar a las empresas en esta tarea. Por ejemplo, la Subcomisión de la ONU para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos ha adoptado recientemente un conjunto de normas de derechos humanos para empresas, que reúne en un solo documento normas internacionales de derechos humanos de pertinencia para las empresas: sobre cuestiones laborales, de salud y medioambientales, de discriminación, de seguridad, etc."[209]

[208] Esteve Moltó, J., "Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?", en Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. 27, 2011. pp. 317-351; Isea Silva, R., "Las empresas y los derechos humanos", en Cuadernos de la Cátedra La Caixa de responsabilidad social de las empresa y gobierno corporativo, núm. 12, 2011, pp. 6-26.

[209] Amnistía Internacional., Las normas de derechos humanos de la ONU para empresas. Hacia la responsabilidad legal. Londres, Amnistía Internacional, 2004, p. 9.

Desde el punto de vista de la normativa que se ha ido generando en el derecho internacional, es necesario resaltar, como mínimo, los siguientes hitos:

En primer lugar, se encuentra el documento preparado por el relator Weissbrodt titulado las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos adoptadas por la antigua Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del año 2003.[210]

En segundo lugar, cabe mencionar primeramente el denominado Marco de Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos del año 2008 y, posteriormente, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos preparados por el Relator Ruggie del año 2011.[211]

Desde el punto de vista de las normas no vinculantes emanadas de organismos especializados, cabe destacar, por un lado, las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2011 revisadas).[212] Y, por otro lado, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, de la Organización Internacional del Trabajo.[213]

En cuanto a los Principios Rectores de 2011 (Ruggie), estos se fundan en el marco tripartito previamente establecido en 2008

[210] Vid. Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003); Comentario relativo a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003).

[211] Vid. Consejo de Derechos Humanos: Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Doc. N.U. A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008; Consejo de Derechos Humanos: Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Doc. N.U. A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2011.

[212] www.oecd.org

[213] www.ilo.org

titulado Proteger, Respetar y Remediar.[214] Ese Marco se apoya en los tres pilares siguientes:

1) El deber del Estado de proteger los derechos humanos;
2) La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos;
3) La necesidad de mejorar el acceso a las vías de reparación de las víctimas de abusos relacionados con las empresas

¿Cuáles son las responsabilidades de las empresas vis-á-vis los derechos humanos?

Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. ¿Cuál sería el sentido y alcance de esta afirmación? Para proporcionar una respuesta, nos apoyaremos en el Informe del ACNUDH titulado "Los derechos humanos y la industria de la extracción", de 2005. [215]

1) Respetar los derechos humanos en el lugar de trabajo.

2) Respetar los derechos humanos en las relaciones con la comunidad. Importancia de derechos procedimentales, participación.

3) Respetar los derechos humanos de las comunidades locales e indígenas.

4) Velar por que haya transparencia y acceso a la información.

5) Promover los derechos humanos en las relaciones con los abastecedores.

[214] Feeney, P., "Empresas y derechos humanos: la lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agenda de incidencia", en Revista SUR, Vol. 6, núm. 11, 2009, pp. 177-193; Bilchitz, D., "El marco Ruggie. ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?", en Revista SUR, Vol. 7, núm. 12, 2010, pp. 209-241.
[215] Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la consulta por sector en torno a "Los derechos humanos y la industria de la extracción", 2005.

6) Respetar los derechos humanos en las relaciones con las fuerzas de seguridad públicas y privadas.

7) Evaluar el impacto en los derechos humanos.

8) Tomar medidas ante el abuso de los derechos humanos.

9) Cancelar operaciones para evitar ser cómplices del abuso de los derechos humanos.

Por lo tanto, las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación (Principio Rector 11). Asimismo, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Principio Rector 12). Cabe destacar respecto de las empresas, muy especialmente, el deber de debida diligencia. En cumplimiento estricto de este deber, las empresas han de proceder a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos (Principio Rector 17, 19, 21). En el caso concreto de los pueblos indígenas se ha indicado que las empresas tiene la responsabilidad de "[r]espetar los derechos humanos de las comunidades locales e indígenas. El estrecho nexo de la industria de la extracción con la tierra a veces impone la reubicación y el reasentamiento de la comunidad local. Ello entraña responsabilidades empresariales en el •ámbito del derecho a la propiedad, el derecho a una vivienda digna o el derecho a la vida privada. Del mismo modo, las comunidades locales, en particular las indígenas, tienen vínculos culturales y espirituales específicos con la tierra, lo que hace resaltar las responsabilidades empresariales de respetar el derecho a participar en la vida cultural y a funcionar con el consentimiento previo y libre de las comunidades, dado con conocimiento de causa."[216]

[216] Comisión de Derechos Humanos: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la consulta por sector en torno a "Los derechos humanos y la industria de la extracción", celebrada los días 10 y 11 de noviembre de 2005. Doc. N.U. E/CN.4/2006/92, de fecha 19 de diciembre de 2005, para. 26.

Conclusiones

El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es uno de los avances relevantes del derecho internacional de los derechos humanos ocurridos en la segunda mitad del siglo XX. El derecho a la propiedad colectiva de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas encuentra su fundamento principalmente en el derecho a la autodeterminación de los pueblos y a su propia identidad cultural. Estas normas han sido elaboradas pensando en el Estado como sujeto obligado.

Sin embargo, los conflictos socio-ambientales y derechos humanos que se producen en relación con los derechos de los pueblos indígenas emanan esencialmente en forma activa de comportamientos efectivos de las empresas. Debido a los modelos de desarrollo presentes en América Latina, basados en la explotación de los recursos naturales, estos conflictos se producen fundamentalmente de la industria extractiva.

Hasta el momento, los pueblos indígenas han esgrimido la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de protección. Con todo, los desarrollos recientes a propósito de la responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos arrojas nuevas luces acerca del sendero que debería ser transitado en las próximas décadas respecto de las estrategias que deberían asumir los pueblos indígenas afectados en sus derechos por la conducta de las empresas. Las normas sobre empresas y derechos humanos constituyen un engranaje muy reciente en la historia para que se pueda efectuar una evaluación. Lo que existe es la expectativa de cuál será el comportamiento futuro de las empresas, sobre todo, al tenor del deber de debida diligencia. También los pueblos indígenas están en deuda en cuanto al uso que han hecho de este nuevo ámbito jurídico. Pensamos que en el siglo XXI ha llegado la hora de abrirse al paradigma de la responsabilidad jurídica de la empresa por violaciones a los derechos humanos, especialmente en el contexto de los derechos a los recursos naturales de los pueblos indígenas.

Bibliografía

Aguilar Cavallo, G. Y Alfaro Montecinos, J.
(2015) Los recursos naturales de los pueblos indígenas y las empresas: estándares interamericanos y jurisprudencia chilena, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 11, pp. 183-193.

Bilchitz, D., El marco Ruggie
(2010)¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?, en Revista SUR, Vol. 7, núm. 12, pp. 209-241.

Esteve Moltó, J.
(2011)Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?, en Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. 27, pp. 317-351.

Figuera Vargas, S.
(2010) Los pueblos indígenas: libre determinación y subjetividad internacional, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 22, II, pp. 105-123.

Isea Silva, R.
(2011) Las empresas y los derechos humanos, en Cuadernos de la Cátedra La Caixa de responsabilidad social de las empresa y gobierno corporativo, núm. 12, pp. 6-26.

Jiménez García, F.
(2014) Tomarse en serio el derecho internacional de los derechos humanos: especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 101, pp. 79-124.

Nogueira Alcalá, H. y Aguilar Cavallo, G.
(2016)El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa, en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho,

Universidad de Chile N° 85, Primer Semestre, pp. 13-43.

Ponte Iglesias, M.
(2004) Los pueblos indígenas ante el derecho internacional, en Agenda Internacional, Año X, núm. 20, 2004, pp. 149-172.

Ramírez, S.
(2007) Igualdad como emancipación: los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 3, pp. 30-50.

Rodríguez Barón, N.
(2015) El transitar hacia la emancipación indígena: el Pueblo kolla reconstruyendo sus visiones de justicia, identidad y autonomía, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 14, núm. 1, pp. 47-74.

Zúñiga García-Falces, N.
(2006) Conflictos por recursos naturales y pueblos indígenas, en Pensamiento Propio, núm. 22. 2006, pp. 1-17

ENFRENTANDO LA BARRERA LINGÜÍSTICA PARA EL ACCESO A LA CIUDADANÍA

Wilfredo Ardito Vega[217]

Introducción

El Perú es uno de los países latinoamericanos donde se hace más evidente la diversidad cultural y lingüística, pero históricamente millones de ciudadanos se han visto excluidos de la administración de justicia y, en general, del ejercicio de sus derechos fundamentales, por hablar un idioma diferente del castellano. Afortunadamente, en los últimos años, varias instituciones estatales han decidido enfrentar esta problemática, aunque todavía existe mucho por hacer.

Un panorama preocupante

Tradicionalmente, la falta de atención del Estado peruano a la población cuya lengua materna es distinta del castellano ha tenido serias consecuencias para el ejercicio de la ciudadanía, sumándose así a otras barreras estructurales como la indocumentación, la discriminación, la pobreza, las diferencias culturales y las distancias geográficas.

En el Perú existen aproximadamente cinco millones de hablantes de quechua, medio millón de hablantes de aymara y trescientos mil hablantes de aproximadamente cuarenta y cinco idiomas amazónicos. Entre estos últimos tenemos algunas lenguas con mucha vitalidad, como el asháninka, hablado por casi 100,000 personas, el awajún por 70,000 y el shipibo por 28,000, mientras otras están en claro riegos de desaparición, como el taushiro, que tiene apenas un solo hablante.

[217] Catedrático de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, abogado, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex.

Las experiencias de otros países plurilingües, como España, Canadá o Bélgica, muestran que cuando el Estado solamente habla el idioma de un sector de la población, se convierte para el resto en un instrumento de dominación, por lo que es fundamental que la diversidad lingüística sea reflejada en la administración estatal. De esta forma, una de las principales demandas de los ciudadanos de esos países ha sido que el Estado y la administración de justicia se expresen en los idiomas locales, llámense catalán, gallego o euskera en España, francés en Canadá o flamenco en Bélgica, lo que se fue logrando a lo largo del siglo pasado[218].

En los tiempos coloniales, mientras imperaba el llamado régimen de las Dos Repúblicas, el Perú era un país oficialmente bilingüe, en el cual el quechua era el idioma que hablaban los indígenas. Para ello se debió llevar a cabo un proceso de homogeneización lingüística, en buena medida llevada a cabo por doctrineros y misioneros, quienes consolidaron la extensión del quechua en toda la sierra peruana e inclusive lo llevaron hacia las misiones amazónicas. Solamente en la parte sur del país subsistió el idioma aymara, con el cual la Iglesia trabajó desde el siglo XVI .[219]

Sin embargo, desde la Independencia, el Estado republicano asumió solamente al castellano como lengua oficial, sin que los idiomas indígenas tuvieran mayor reconocimiento. Ninguna norma era traducida, aunque, paradójicamente, los indígenas estaban obligados a cumplirlas. En realidad, los gobernantes criollos no percibían a sus compatriotas indígenas como ciudadanos, sino que los mantenían subordinados en las haciendas. Lo mismo ocurrió décadas después de la Independencia cuando fue colonizada la Amazonía y los indígenas fueron obligados a trabajar en plantaciones.

A lo largo del siglo XX, la sociedad peruana vivió una

[218] Ardito, 2014, p. 19.
[219] Una situación similar ocurrió con el guaraní en Paraguay y en q'eqchi' en Guatemala.

marcada transformación debido a los procesos de migración y urbanización: muchas personas quechuahablantes migraron desde las zonas rurales a Lima, Cusco y otras ciudades. En estos lugares enfrentaron una fuerte discriminación, pero en su gran mayoría, debido a su constancia y esfuerzo, lograron progresar y alcanzar una mejor posición socioeconómica. Sin embargo, la migración implicó también una estrategia de asimilación: quienes llegaban a las ciudades se abstenían de hablar quechua en público y prohibían que sus hijos aprendieran ese idioma, asumiendo que esto les iba a generar serios problemas en la vida[220]. Debido a esta actitud generalizada, en la actualidad, son muchas las personas de clase media, con educación superior, que ignoran el quechua, pese a que sus padres los hablaban con fluidez.

En mayo de 1975, el Presidente Juan Velasco Alvarado dispuso oficializar mediante Decreto Ley 21156 el quechua en todo el Perú. Durante unos años el Estado promovió la elaboración de gramáticas y diccionarios de las diferentes variables de quechua y este idioma estuvo visible en medios de comunicación como periódicos y televisión. Con la llegada del gobierno de Fernando Belaúnde, estos esfuerzos quedaron truncos, pese a que la Constitución de 1979 había establecido al quechua como idioma oficial.

La Constitución de 1993 estableció que el quechua, el aymara y las lenguas amazónicas son oficiales en las zonas donde predominen (artículo 46), mientras que el artículo 2, inciso 19 señaló que "Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad".

Pese a lo dispuesto por este artículo, en la práctica este derecho se cumplía solamente de manera excepcional. Es más, ni siquiera hasta la fecha muchos funcionarios no entienden la existencia de este derecho, puesto que predomina la creencia de que, si una

[220] La asimilación también se hizo visible en la vestimenta, puesto que prácticamente todos los varones adoptaron la ropa de los sectores urbanos, mientras que también lo hicieron muchas mujeres. Aquellas que conservaban su vestimenta andina, efectivamente sufrían mucha discriminación.

persona sabe castellano, se le debe atender en dicho idioma, sin que pueda exigir emplear su idioma materno[221].

De esta manera, a pesar que para millones de peruanos el idioma en que se comunican mejor es su lengua materna, las autoridades todavía no han reaccionado en forma y tiempo adecuados. La reticencia del Estado a asumir una política lingüística ha dejado a muchos ciudadanos en situación de desprotección, que potencialmente es un caldo de cultivo para la frustración y la violencia.

Existen muchos testimonios al respecto sobre los sufrimientos que enfrentan quienes no hablan castellano: "Muchas veces hay quienes los engañan o los confunden", dice una mujer policía en Curahuasi (Apurímac), refiriéndose a los campesinos quechuahablantes. Un colega suyo señala: "llegan desesperados, angustiados, confundidos, sin saber qué hacer". Esta situación es más grave para las mujeres, quienes constituyen la mayoría de quechuahablantes monolingües. "Muchas mujeres quechua hablantes no conocen sus derechos y por eso no vienen a la comisaría. No saben que frente a la violencia familiar tienen que presentar una denuncia", nos dice otra mujer policía de la Comisaría de Familia de Abancay[222].

Estos tres testimonios de policías que manejan el quechua revelan la gran vulnerabilidad que padecen millones de peruanos. Muchas veces quienes no hablan castellano pueden ser víctimas de cualquier abuso, que se mantiene en la impunidad o inclusive son sancionados por incumplir una norma que desconocen.

Naturalmente sucedía lo mismo con los demás idiomas, como

[221] Sobre la dificultad para comprender este derecho, se puede hacer una analogía con el uso de la lengua de señas, que solo se debe emplear en los casos que una persona no puede oir ni hablar. Muchos funcionarios creen que apenas una persona habla castellano, está obligado a emplearlo en cualquier gestión o actividad. Como contraparte, consideran también que no existe ninguna obligación de atender en un idioma indígena a quien ya habla castellano.

[222] Ardito y Córdova, p. 14. Los policías mencionados hablaban con relativa fluidez el quechua, pero muchas veces eran otros los efectivos asignados para atender al público.

muestra este testimonio: "Hace ya varios años, para que salieran del país los hijos de una mujer viuda, era necesario acudir al Poder Judicial para que un magistrado lo autorizara. Estaba yo haciendo ese trámite y también había una señora aymara. Mientras a mí me autorizaron a viajar con mis hijos, a la señora no hubo manera que le atendieran. Al final se tuvo que regresar sin lograr nada"[223].

De esta manera se incumple la premisa fundamental para un sistema jurídico positivista: que los ciudadanos puedan conocer las leyes. Además, la gobernabilidad, al menos si nos referimos a gobernabilidad democrática, debería implicar la atención de las diferencias lingüísticas por parte del Estado[224].

La falta de atención a la barrera lingüística, se ha debido en primer lugar a la marcada indiferencia hacia la población indígena y sus necesidades y, en segundo lugar, a la extendida creencia que, con el tiempo, ellos irán aprendiendo castellano. Inclusive se considera que es su responsabilidad hacerlo, por lo que todos los problemas que sufren son por su desidia. De esta manera, el plurilingüismo es considerado un problema y el monolingüismo es percibido como una meta deseable.

La situación de los idiomas indígenas en la administración de justicia.

En el ámbito de la administración de justicia, muchos procesos llevados a cabo ante los tribunales peruanos podrían ser considerados nulos, porque las personas cuya lengua materna es distinta del castellano no tienen la posibilidad de comprenderlos[225]. Un reciente ejemplo ha sido el proceso que se sigue a los indígenas awajún y wampís acusados por los sucesos de Bagua, donde ha sido clamorosa la despreocupación de los magistrados por la ausencia de intérpretes, quienes solamente fueron nombrados después de la insistencia de los abogados y los medios de comunicación.

[223] Testimonio verbal de la filósofa Pepi Patrón (12. Noviembre. 2015).
[224] Ardito, ibid.
[225] Justicia Mail Nº 100, 1º de marzo del 2004 en http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0100.htm

Solamente en algunos casos excepcionales, los magistrados piden ayuda para interrogar a un procesado o un testigo y normalmente, pero esto se realiza de manera improvisada, pidiéndole a cualquier persona, sin mayor capacitación, que realice la traducción, aunque desconozca los términos jurídicos. En algunos casos, inclusive se ha llamado al abogado del acusado para que interrogue a la víctima[226]. En realidad, solamente tratándose del quechua o el aymara es posible encontrar un abogado o un trabajador de la Corte que los hable con fluidez. Tratándose de idiomas amazónicos, la indefensión puede ser mucho mayor.

De otro lado, una persona sin educación formal como traductor-intérprete tiene muchas dificultades para realizar traducciones adecuadas por su falta de manejo gramatical. Muchas veces, la falta de manejo de un tiempo verbal o de una expresión pronominal por parte del traductor puede generar una total distorsión en la respuesta. Con frecuencia, el intérprete improvisado prefiere exponer lo que cree que la otra persona desea decir y no lo que efectivamente está diciendo. Cuando se trata de conceptos jurídicos especializados, los peligros de generar una distorsión son aún mayores[227].

Lo más grave es que la traducción es realizada en función de los magistrados, no de la víctima o el acusado. Éstos pueden estar presentes durante todo un proceso sin que nadie se tome el trabajo de traducir cuáles son las pruebas o alegatos que se presentan.

En el Poder Judicial, la única instancia obligada a manejar el idioma local son los Jueces de Paz[228], elegidos por las comunidades, pero su competencia es muy restringida. De esta manera, para situaciones más graves, como homicidio, violación o en general cualquier delito, se mantiene la indefensión lingüística. La situación es

[226] Ardito, p. 21.

[227] Durante el mencionado proceso por los sucesos de Bagua, se ha hecho evidente en varias ocasiones que los traductores no comprenden conceptos legales y los magistrados no saben cómo explicarlos a un lenguaje común sin distorsionarlos. Paradójicamente, los demás participantes en el juicio que sí podrían traducir los conceptos están formalmente impedidos de intervenir durante el interrogatorio.

[228] Ley 28545, artículo 5, inciso 6.

mucho más grave si el autor de los hechos o la persona con quien se mantiene la controversia legal es un hispanohablante, que así tiene una gran ventaja en relación a los indígenas.

En cuanto a las demás instancias del Poder Judicial y el Ministerio Público, hasta ahora solamente se ha logrado que los postulantes a jueces o fiscales reciban un puntaje adicional si presentan un certificado que hablan quechua u otro idioma indígena. Sin embargo, no existe una evaluación complementaria para acreditar este manejo lingüístico por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, lo que sería especialmente importante, porque no se trata sólo de tener supuestamente el conocimiento teórico, sino de hablar y comprender dichos idiomas[229].

En relación a la Policía Nacional, oficialmente se considera como un requisito hablar quechua para ingresar a varias de sus Escuelas de Policía, pero en la realidad, no existen exámenes o pruebas al respecto bastando la simple declaración del postulante. Hemos constatado que son muchos los policías nacidos en la región andina, pero que ignoran el idioma por diferentes razones, desde que en su familia no se hablaba quechua o porque los padres se lo prohibían. Además, muchos policías egresados de dichas escuelas provienen de otros lugares del Perú y postulan a una escuela de Ayacucho o Apurímac porque tienen mayores posibilidades de ingresar[230].

Como resultado, muchas veces sucede que los ciudadanos que acuden a las comisarías no encuentran un efectivo que les pueda atender en su idioma. En otros casos, el manejo del quechua es muy rudimentario y la atención u orientación que se brinda es muy deficiente o inclusive se cometen errores graves[231].

[229] Ardito, 2011, pp. 37-38.

[230] Ardito y Córdova, p. 21.

[231] Durante un experimento con policías en Abancay, escucharon a una señora relatar que su hija había sufrido violencia familiar, por parte del vigilante de una escuela, pero ellos creyeron que el autor era un docente. De igual manera, frente a una mujer que buscaba a su hijo extraviado, tuvieron serios errores en cuanto a la edad y la vestimenta.

Los principales avances: el surgimiento de un nuevo contexto lingüístico.

En los últimos años, sin embargo, se han ido sucediendo una serie de cambios positivos para superar las barreras lingüísticas que alejan a millones de peruanos del Estado y de la justicia. Uno de los principales factores ha sido la extensión de los programas sociales hacia la población rural. El primero de ellos fue el programa Juntos, iniciado durante el gobierno de Toledo, normalmente se focaliza en las mujeres pobres, quienes son normalmente las que no hablan castellano. Para dialogar con ellas se hace indispensable manejar idiomas indígenas. Al mismo tiempo, debe destacarse un hecho simbólico importante para la visibilización de los idiomas indígenas: en el año 2006, dos mujeres quechuahablantes, la campesina Hilaria Supa y la abogada María Sumire de Conde fueron elegidas congresistas por el departamento del Cusco y desde su primera intervención al prestar juramento, originaron conmoción al hacerlo en quechua y al hablar en este idioma durante los diversos debates que se producían en el Congreso.

Pese al amplio rechazo y discriminación que las dos congresistas han sufrido por parte de sectores conservadores, su presencia fue logrando visibilizar el quechua y, de paso, a generar consciencia sobre la diversidad lingüística en el Perú. Dentro del Congreso, María Sumire de manera incansable promovió la Ley 29735, Ley que Regula el Uso, Preservación, Desarrollo, Recuperación, Fomento y Difusión de las Lenguas Originarias del Perú, más conocida como Ley de Lenguas, aprobada en el año 2011, la misma que marca los lineamientos a seguir por las diferentes entidades estatales sobre los idiomas indígenas.

Paralelamente, diversos Gobiernos Regionales con sede en la región andina, como Apurímac, Ayacucho, Cusco y Junín reconocieron como oficiales tanto al quechua como los idiomas amazónicos que se hablan en su jurisdicción[232]. En parte lo hacían para marcar

[232] Llama la atención, sin embargo, que ningún Gobierno Regional de la región amazónica haya emitido una norma en dicho sentido y que tampoco exista hasta el momento una sola región que haya reconocido como oficial el aymara, ni en Puno ni en las demás regiones donde éste se habla.

su identidad respecto a la Costa y a Lima, pero también porque existía una deuda social hacia la población rural. Los Alcaldes y Presidentes Regionales (ahora denominados Gobernadores) sabían que los campesinos tienen derecho a voto[233] y que para ello es necesario hablarles en su propio idioma. Probablemente, el ejemplo de las dos congresistas cusqueñas contribuyó a que muchos dirigentes políticos perdieran la reticencia a hablar en quechua en público.

A partir del año 2008 gobiernos municipales y regionales promovieron también Ordenanzas contra la discriminación, que incluían normas para asegurar que los funcionarios y empleados de municipalidades[234] o gobiernos regionales manejen el quechua o para que los avisos estatales y la publicidad radial y televisiva se preparen también en dicho idioma.

En varios casos, municipalidades y gobiernos regionales tuvieron pasos importantes en la señalización de entidades públicas, aunque no se ha llegado a generalizar. Paralelamente, en el ámbito de la Policía Nacional, se ha optado por promover la mayor presencia de integrantes de los pueblos indígenas amazónicos y ahora se tiene policías pertenecientes a diversas etnias, como awajún y shipibos. En este último pueblo inclusive existen varias mujeres policías. Además, a nivel de las Escuelas para Suboficiales de Policía de Pucallpa, Mazamari y Ayacucho se dispuso un porcentaje de alumnos becados provenientes de comunidades nativas amazónicas.

El rol del ministerio de Cultura.

Una institución que desde el gobierno de Ollanta Humala viene cumpliendo un rol fundamental es el Ministerio de Cultura a través de la Dirección de Lenguas Indígenas que promueve

[233] En el Perú, los analfabetos recién votan desde 1980, pero durante los años del conflicto armado el ejercicio de este derecho era muy peligroso. Durante el contexto autoritario del régimen de Fujimori, el voto estaba coaccionado por el apoyo alimentario del gobierno. Es en este siglo cuando los campesinos son más libres para participar en elecciones.

[234] En Abancay y Andahuaylas. Existe una norma parecida en Chanchamayo, en relación al asháninka, pero no se cumple.

el cumplimiento de la Ley de Lenguas y la incorporación del pluralismo lingüístico en las políticas de las diferentes entidades estatales, acompañando las diferentes iniciativas.

Esta entidad brinda especial apoyo a los idiomas indígenas en peligro a través del programa "Voces Vivas" y busca trabajar con los medios de comunicación, convirtiendo el 29 de mayo, aniversario de la oficialización del quechua, en el Día del Idioma Nativo, con una serie de actividades públicas.

Sin embargo, su labor más importante ha sido la formación de intérpretes y traductores, para que el Estado pueda llegar eficientemente a las comunidades y pueblos indígenas. De igual manera, se busca posibilitar que las empresas privadas, las instituciones no gubernamentales y la sociedad civil puedan comunicarse adecuadamente con esta población. Hasta el momento se han realizado ocho cursos para traductores e intérpretes, quienes son incorporados al Registro Nacional de Traductores e Intérpretes en Lenguas Indígenas u Originarias y pueden ser fácilmente contactados por todos los interesados.

Algunos traductores de lenguas indígenas han sido certificados para ejercer su función en juzgados y otras dependencias vinculadas a la administración de justicia. Al menos tres de ellos son policías indígenas. Hace apenas cinco años, no existía un solo traductor reconocido en el Perú, pero actualmente tenemos más de 230 en 35 idiomas[235].

Hay ahora más de sesenta traductores en idiomas como el quechua y veinte en asháninka, pero también los hay en idiomas con pocos hablantes como el jaqaru, el murunahua y el iquito, asumiéndose que es fundamental promover que en estos idiomas se puedan preservar. El Ministerio de Cultura además tiene sus datos de contacto para que puedan ser ubicados por los usuarios o instituciones que los necesiten.

[235] La lista actualizada de traductores aparece acá: http://traductoresdelenguas.cultura.pe/

Esperemos que en todos estos casos, en todos estos casos, el ejercicio concreto de la traducción no esté pensado solamente en los funcionarios, sino para garantizar los derechos de los ciudadanos. Concretamente, en el ámbito de la administración de justicia, es fundamental que en un proceso el acusado o la víctima comprendan lo que viene ocurriendo, las declaraciones de otras personas o las decisiones que se toman y pueden afectarle. La traducción debe ser pensada en función del ejercicio del derecho a la defensa y del derecho a la justicia de los ciudadanos[236].

Con el apoyo de todos los especialistas indígenas, desde el año pasado, el Ministerio de Cultura ha publicado la Ley de Lenguas en nueve idiomas amazónicos[237], cuatro variedades de quechua[238], el aymara y el jaqaru. De manera simbólica, el año pasado fue publicada por primera vez en El Peruano una norma legal en quechua y awajún[239], también una Resolución del Ministerio de Justicia.

Programas sociales.

Como se señalaba, desde el año 2005 se comenzaron a llevar a cabo programas sociales hacia los sectores más pobres. Para estos programas se vuelve muy importante el manejo de los idiomas indígenas, considerándose que la mayor parte de beneficiarios tienen una lengua materna distinta del castellano. Conforme pasa el tiempo, los programas se van perfeccionando y extendiendo por el territorio nacional buscándose una mayor presencia del Estado en las comunidades: si antes se esperaba que los ciudadanos más pobres se desplazaran hasta las capitales de provincia a recoger un subsidio, ahora son los funcionarios los que recorren las

[236] Tuvimos la oportunidad de observar varios procesos penales en Sudáfrica y en todos ellos existía de manera permanente un traductor zulú al lado de los acusados, traduciendo las declaraciones de los testigos y las intervenciones de los jueces, abogados y fiscales que hablaban en inglés. Existían traductores disponibles también para los casos de acusados, agraviados o testigos provenientes de otros países.

[237] Asháninka, awajún, kichwa, kukama-kukamiria, matsigenka, nomatsiguenga, shawi, yanesha, yine,

[238] Quechua de Ancash, quechua chanka, quechua del Collao, quechua de Huánuco y de Junín.

[239] La Resolución Ministerial 160-2014-MC

comunidades para entregarlo, lo cual implica la necesidad de un mayor manejo de los idiomas indígenas.

Durante el gobierno actual, los diferentes programas sociales han sido articulados en el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, MIDIS y se han establecido nuevos programas como Qali Warma, que brinda alimentación a los niños, y Cunamás, que les proporciona guarderías. En ambos casos, los idiomas indígenas son fundamentales para poder comunicarse con los padres de familia. Lo mismo sucede con los adultos mayores mediante el programa Pensión 65 que ha llevado a cabo este gobierno, puesto que se trata de una población donde el conocimiento del castellano es muy reducido.

Debido a que la mayor parte son quechuahablantes, el quechua aparece en las convocatorias para sociólogos, antropólogos, asistentas sociales, educadores, etcétera de los diferentes programas y en menor medida el aymara y los idiomas amazónicos.

De otro lado, el programa Pensión 65, que atiende a los adultos mayores, ha decidido generar el proyecto Saberes Productivos, donde se busca que las personas de la tercera edad compartan sus conocimientos con niños y adolescentes. En varios casos se ha puesto especial énfasis en el conocimiento de los idiomas indígenas. En coordinación con Voces Vivas del Ministerio de Cultura, se escogió a los idiomas que se encuentran en peligro: jaqaru (Tupe-Lima) y kukama (Nauta-Loreto) y se piensa extender a los idiomas isconahua, shiwilu, uro e iquitu. Se ha abordado también en la localidad amazónica de Sepahua donde se hablan diferentes idiomas indígenas.

En el caso de la Amazonía, desde hace dos años tenemos los barcos llamados PIAS (Plataformas Itinerantes de Acción Social), que recorren los ríos Amazonas, Morona, Napo, Pastaza y Putumayo, llevando los diversos servicios del Estado a las poblaciones ribereñas. Dadas las grandes distancias que existen en la selva es prácticamente imposible que la población indígena acuda a las instituciones públicas ubicadas en las ciudades y por eso es el propio Estado el que debe acercarse a ellas. En todos estos navíos existen intérpretes preparados por el Ministerio de Cultura.

Educación.
De acuerdo a la Ley 29,735, el Ministerio de Educación es el órgano rector en materia de la estandarización y oficialización de los alfabetos de los idiomas indígenas y esta actividad viene siendo cumplida sostenidamente.

El proceso ha sido muy participativo, buscando la intervención de representantes de las diferentes organizaciones sociales, culturales y religiosas. Se busca la participación equitativa por razones de sexo y edad, procurando que los diferentes sectores se sientan representados. Para cada idioma es necesario realizar una serie de talleres y asambleas hasta lograr que exista un consenso. Luego de ser aprobada la escritura oficial, es más fácil la elaboración de textos escolares, señalización o traducción de normas a los diferentes idiomas.

Paralelamente, en los últimos cinco años se ha avanzado muchísimo desde la Educación Bilingüe Intercultural, convirtiéndose en una política pública que está teniendo mucho impacto en la población indígena.

De esta manera, el Ministerio de Educación invierte en la capacitación de aproximadamente 45,000 profesores bilingües, estando prevista la contratación de otros 15,000. Sin embargo, el número de profesores que hablan otro idioma supera los 100,000, quienes es posible que, pese a saber un idioma indígena no están aún capacitados para su enseñanza.

A nivel nacional, se realiza acompañamiento pedagógico a más de 20,000 escuelas bilingües, que atienden a más de un millón de niños. Se ha producido además un incremento de los grados educativos donde se realiza la educación bilingüe, puesto que ya no solamente es inicial y primaria, sino se está abordando la educación secundaria.

Se elaboran materiales educativos en casi veinte idiomas, tanto textos de lectura como de gramática o literatura. Inclusive hay ahora materiales en ciencias naturales y matemáticas en idiomas indígenas.

Paralelamente, desde hace cuatro años se celebra en setiembre un encuentro (Tinkuy), al cual acuden cientos de niños de sexto grado de todo el Perú y de todas las culturas. Los Tinkuy han tenido un gran impacto mediático porque se puede apreciar de esta manera la diversidad existente en nuestro país. Los niños indígenas andinos y amazónicos visitan colegios públicos y privados produciéndose de esta manera un contacto que normalmente sería imposible.

Los casos mediáticos.

A todo lo señalado, se suman varios casos de visibilización de los idiomas indígenas que han tenido mucho impacto mediático: durante los meses de junio y julio de este año, mientras se desarrollaba la Copa América en Chile, el capitán de la selección peruana Claudio Pizarro decidió enviar en quechua sucesivos mensajes en Twitter. Pizarro no sabe quechua, pero lo hizo con la ayuda de otro futbolista, Edwin Retamozo.

Los mensajes de Pizarro tuvieron una gran repercusión en el Perú, puesto que mostraban al quechua como un idioma vivo y hacían sentir a millones de peruanos quechuahablantes la satisfacción de que un destacado futbolista se dirigiera a ellos en su idioma. Poco después, el Ministerio de Cultura decidió alentar a la selección de fútbol en diferentes partidos mediante textos en quechua y también en idioma awajún. Un equipo ucayalino, Sport Loreto decidió emitir un mensaje en shipibo para alentar a sus propios jugadores.

Mientras estuvo en Chile, Pizarro fue homenajeado por la Corporación Nacional Indígena en Temuco, puesto que también a nivel de dicho país, su gesto generó impacto. Inclusive se le pidió que hiciera un mensaje en mapudungún, lo que él hizo. Lo extraño fue que las autoridades chilenas no se lo pidieran a ningún jugador de dicho país.

Otros casos que han tenido mucho impacto mediático son las presentaciones en quechua de la soprano Sylvia Falcón, los videos de la cantante ayacuchana Renata Flores y la intervención de Magaly Solier en la película Magallanes. Debe señalarse que desde hace años esta actriz canta en quechua, como diferentes intérpretes, pero su repercusión parece mayor en los últimos tiempos.

La mayor presencia de los idiomas indígenas a nivel judicial. Anteriormente, solamente en los Distritos Judiciales de Apurímac, Ayacucho y Huancavelica, había algunos magistrados quechuahablantes que interrogaban a las partes de un proceso que evidentemente no hablan castellano[240]. Sin embargo, se trataba de decisiones individuales, no de políticas a largo plazo[241]. Si el magistrado o fiscal interesado era trasladado o cesado en el cargo, estas prácticas se interrumpían[242]. Hasta donde nosotros sepamos, no existía nada similar en aymara y menos aún en idiomas amazónicos, puesto que recién han empezado a egresar abogados que pertenezcan a dichos grupos en los últimos cinco años y ninguno ha optado por la carrera jurisdiccional.

Por otro lado, en el caso de los defensores públicos, la Ley 29360 estableció que deberían hablar el idioma indígena predominante en el lugar donde sean destinados[243]. Esta disposición contribuye a enfrentar la problemática de indefensión de muchas personas, tomando en cuenta, además, que los defensores de oficio en el Perú no sólo tienen por función dar asesoría legal a los acusados sin

[240] Conversaciones con los señores Presidentes de las Cortes Superiores de Huancavelica, Doctor Máximo Alvarado y de Ayacucho, Doctor César Prado Prado (octubre de 2004).

241 Un magistrado de Apurímac recuerda que presidía la Sala Penal Itinerante, que, como tal, se trasladaba en varias ocasiones a diferentes provincias y distritos donde desarrollaban audiencias en quechua. Sobre una audiencia en el aislado distrito de Mara, donde se juzgó a un procesado por homicidio, señala que acudían a dichos procesos también abogados de la Defensoría Pública y del Ministerio Público y policías, todos los cuales manejaban el quechua: "Todos hablábamos quechua. Los procesados eran quechuahablantes, los testigos eran quechuahablantes. El que más se lució fue el fiscal que también viajó desde Cachora, un distrito de Abancay, porque él hizo los alegatos al principio y al final del juicio en castellano y en quechua", cuenta el magistrado involucrado, quien también acotó: "En Mara yo aproveché, antes que se pronunciara la sentencia para tomar la palabra y darle a los campesinos una explicación de unos quince minutos en quechua para que comprendieran el sentido de la sentencia que habíamos dictado".

Lamentablemente esta experiencia no continuó, porque el Poder Judicial, a nivel central, resolvió disolver la Sala Penal Transitoria, destinando los recursos a otros tribunales en la capital (Ardito y Córdova, pp. 29-30).

[242] La estructura de las propias instituciones genera estas dificultades de continuidad: el Presidente de la Corte Superior es elegido cada dos años, lo que no permite trazar políticas públicas a largo plazo. Los jefes de las Regiones Policiales pueden ser removidos tras apenas seis u ocho meses.

[243] Artículo 10, inciso d.

recursos económicos, sino también brindar apoyo a las víctimas de una serie de situaciones que principalmente afectan a las mujeres, quienes en mayor proporción desconocen el castellano[244]. La norma hasta el momento se está cumpliendo entre defensores de habla quechua y aymara, pero no en idiomas amazónicos. Ahora bien, tanto para los defensores públicos, como en general para todo aquel funcionario que desee atender en idiomas indígenas a la población, una seria dificultad es la adecuada traducción de los términos jurídicos, para evitar improvisaciones o faltas de comprensión por parte de quien realiza la traducción durante un proceso.

En materia de traducción de normas, los esfuerzos iniciales partieron del Ministerio de Justicia, que ha elaborado versiones de la Constitución en quechua y aymara y, al parecer, prepararía pronto una versión en asháninka. En el portal del Ministerio de Justicia se encuentra grabada la versión en quechua para que sea de fácil acceso para los oyentes, tomando en cuenta que la mayoría no ha sido alfabetizada en su idioma y tiene dificultades para leerlo[245]. De igual manera, se han traducido al quechua los diversos formularios que deben remitir los ciudadanos al Ministerio[246], una iniciativa que debería seguir toda la administración pública.

Desde el Congreso de la República, se han traducido hasta el momento 16 leyes al quechua, entre las cuales se encuentra el Código del Niño y del Adolescente, la Ley de Consulta Previa y la Ley sobre Justicia de Paz y la propia Ley de Lenguas. Sin embargo, queda pendiente la traducción de normas tan importantes para la población quechuahablante como la ley sobre Violencia Familiar, las normas sobre comunidades campesinas o nativas o la legislación agraria[247].

[244] Artículo 8, inciso b.

[245] Ardito, 2011, p. 38. En el portal del Ministerio de Justicia se encuentra grabada la versión en quechua para que sea de fácil acceso para los oyentes, tomando en cuenta que la mayoría no ha sido alfabetizada en su idioma y tiene dificultades para leerlo: http://www.minjus.gob.pe/consti_quechua/index.html

[246] http://www.minjus.gob.pe/tupa-quechua-formularios/

[247] Se tienen situaciones patéticas como que miles de personas no pueden cobrar el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito porque la información al respecto sólo se transmite en idioma castellano. Sin embargo, actualmente se difunden en quechua muchos avisos a víctimas y familiares.

Pese a todos estos valiosos esfuerzos, cabe señalar que estas traducciones fueron elaboradas por algunos intérpretes de manera individual y no fueron validadas con amplios sectores de la población. Por ello podría ser que se hubiera empleado neologismos de difícil comprensión para los ciudadanos.

Distinta ha sido la elaboración de los primeros Manuales para el uso del quechua en la administración de justicia[248], porque el proceso ha buscado ser participativo y se centra, por ahora en una variedad determinada de quechua. Un trabajo pionero en esta materia fue realizado por la profesora Gavina Córdova y el autor de este artículo: el Manual de Quechua para Comisarías, publicado el año 2013 por la Pontificia Universidad Católica y distribuido a más quinientos policías en Apurímac, Ayacucho, Cusco, Huánuco, Huancavelica, Junín y Arequipa.

Al año siguiente, en el 2014, el Ministerio de Cultura publicó un Manual para el uso del Quechua Chanka en la Función Judicial. En este caso, se trató de un estudio muy detallado, en colaboración con numerosos hablantes, sobre la manera más precisa de expresar conceptos como dolo, negligencia o responsabilidad de forma que se pueda reflejar con claridad lo que el magistrado desea saber y lo que la persona verdaderamente declara[249]. Se buscó además que los términos sean comprensibles para los propios quechuahablantes, evitando aquellos ambiguos o que generan dudas.

También se buscó presentar situaciones reales que normalmente deben enfrentar policías, jueces o fiscales en la atención al público. No solamente se abordan las situaciones previstas por la

[248] Hasta el momento solamente se contaba con materiales destinados a la atención médica de las personas indígenas, que habían sido elaborados por diferentes médicos, por UNICEF, el Ministerio de Salud y el UNFPA.

[249] Algunas personas sostienen que simplemente esos conceptos "no existen" en dichas lenguas, sin realizar ningún trabajo de investigación lingüística. Es contundente la diferencia con el idioma q'eqchi' de Guatemala, donde, pudimos elaborar un glosario de términos ligados a derechos humanos y un diccionario jurídico. Para ambos documentos se contó con el apoyo de numerosas personas, muy interesadas en participar, desde líderes indígenas hasta intelectuales. Posteriormente, han sido publicados numerosos textos legales en este idioma.

ley, sino otras problemáticas para las cuales los ciudadanos acuden a las autoridades, como el suwanakuy o fuga concertada de dos enamorados para así presionar a sus padres y lograr el matrimonio.

Otro aporte del segundo Manual es que también procura sensibilizar al funcionario sobre el trato a los quechuahablantes, dando información sobre las expresiones más respetuosas y cordiales que se pueden usar, así como la necesidad de evitar prácticas autoritarias o desconsideradas. Se busca así no solamente dar información jurídica, sino prevenir la discriminación. Esta sección debería ser reproducida a nivel de toda la administración pública, no solamente el Poder Judicial.

Ambos textos cuentan con glosarios muy extensos que permitirán realizar la labor de los intérpretes con más pertinencia, enfatizando temas como la violencia familiar, faltas y delitos.

El Manual fue presentado ante las Cortes Superiores de Apurímac y Ayacucho y en el 2015, esta última decidió destinar un importante presupuesto para que los magistrados y el personal manejen adecuadamente el quechua, comenzando las clases gracias a la Universidad San Cristóbal de Huamanga. De igual manera, la Corte de Ayacucho creó tres Juzgados de Paz Letrados Interculturales Bilingües en las provincias de Sucre, Huanta y Cangallo. En esos tres Juzgados, se atiende en quechua al público, pero el texto de las sentencias se escribe en castellano.

Paralelamente, en la Corte Superior de Puno existen dos juzgados que desde este año emiten sentencias escritas en idiomas indígenas. Se trata del Juzgado Mixto de Collao que está administrando justicia en aymara[250] y del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria en Azángaro que administra justicia en quechua.

El impacto en los medios de comunicación y en la población ha sido muy favorable y existen pedidos de diversas organizaciones

[250] Sobre la opinión del Presidente de la Corte Superior véase: http://www.pachamamaradio.org/23-03-2015/layme-sentencia-en-aymara-marca-un-antes-y-despues-en-la-justicia.html

indígenas para que en los demás juzgados de Puno se imite este ejemplo. Nosotros creemos que este pedido es totalmente válido, puesto que efectivamente existen magistrados que hablan estos idiomas y no son asignados a las zonas donde se hablan. Debe señalarse que en ambos casos, las agraviadas eran mujeres y precisamente, se trabajó en quechua porque no comprendían bien el castellano. Como se ha señalado, es entre las mujeres donde los problemas por no conocer el castellano se incrementan.

Finalmente, en agosto del presente año, se dictó la primera sentencia en un idioma amazónico, el awajún, en el Distrito Judicial de San Martín. En este caso, el jefe de la Comunidad Nativa de Awajún, Manuel Juep Cahuaza, había solicitado a la Juez de Paz Letrado de su zona, atender el conflicto de dos comuneros, a fin de que su demanda fuera resuelta de forma pacífica y armoniosa, tal y como sus costumbres lo exigen. Además, solicitó que el lenguaje a emplear en el proceso judicial fuera su idioma nativo por ser el más comprensivo para ellos.

La juez del Juzgado de Paz Letrado de Rioja-Nueva Cajamarca, Mónica Pomajambo, aceptó la petición y así fue llevado a cabo el juicio y redactada la sentencia. Destaca el caso que se trata de una jueza que no es indígena, pero que ha decidido aprender el idioma, una iniciativa muy poco frecuente en nuestro país.

Debemos señalar que se trata de procesos inconclusos: por ejemplo, en el Manual para la administración de justicia se revisaron numerosos conceptos elaborados en el texto para la policía con el apoyo de más profesionales que manejan quechua y así se logró un mejor consenso sobre la manera más precisa de traducir. Por eso, para nada podemos decir que la discusión esté acabada al respecto, porque es posible seguir reflexionando. Probablemente, el material en quechua cusqueño y en awajún, que se encuentran en proceso de elaboración, traerá innovaciones respecto a los textos ya publicados.

La labor de RENIEC

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil RENIEC es una institución estatal autónoma, con presencia a nivel nacional, cuya

Gerencia de Restitución de la Identidad y Apoyo Social se ocupa de acercarse a la población más vulnerable (comunidades nativas, población rural, adultos mayores, personas con discapacidad).

En los últimos años, las diferentes áreas de RENIEC han venido llevando a cabo diferentes iniciativas dirigidas a adecuar sus servicios a la diversidad cultural y lingüística existente en la sociedad peruana. Entre las más importantes se encuentran la elaboración y publicación de listas de nombres en quechua, jaqaru y awajún para facilitar la inscripción de los niños, la capacitación de los registradores en derechos lingüísticos y la incorporación de lenguas indígenas al sistema nacional de registro civil. Este último caso es de especial relevancia, pues gracias a ello, los ciudadanos que hablan jaqaru o awajún pueden obtener actas de nacimiento, matrimonio o defunción que aparecen tanto en la lengua materna como en castellano.

Como hemos señalado, los avances en materia lingüística de RENIEC no se tratan de una experiencia aislada respecto a otras acciones del Estado peruano, sino que se basan en la interrelación con las demás instancias. De hecho, para la labor de RENIEC es fundamental emplear los alfabetos que han sido oficializados por el Ministerio de Educación[251]. Por otro lado, el MIDIS tiene especial interés en la documentación de los beneficiarios de los programas como Juntos, Qali Warma y Pensión 65, por lo que financia las actividades de RENIEC con la población indígena, de manera que se hace necesario contar con personal que maneje adecuadamente el idioma. Igualmente, los intérpretes del Ministerio de Cultura apoyan al personal de RENIEC en las labores de documentación que se realizan en los barcos PIAS.

En realidad, la creciente preocupación del Estado peruano por acercarse a los ciudadanos de origen indígena en sus propios idiomas no podría llevarse de manera adecuada si no se toma en cuenta la adecuación lingüística de los registros de identificación y los registros civiles, que garantizan el ejercicio de todos los derechos ciudadanos de la persona.

[251] Por ejemplo, en el año 2010 en que se consolidó la normalización del alfabeto jaqaru.

Tesauros
A partir del año 2012, RENIEC, en coordinación con las ONG Terra Nuova y Apurímac ONLUS, elaboró los primeros tesauros en awajún y quechua, respectivamente y en el 2015 ha sido publicado un nuevo documento en idioma jaqaru.

Estos documentos fueron elaborados porque los registradores muchas veces cometían errores al escribir los nombres en idiomas indígenas, generándose no solamente un documento inexacto, sino graves problemas para la población porque los trámites de rectificación de documentos son muy costosos para los ciudadanos que viven en las zonas rurales.

Se planteó de esta manera facilitar una estandarización de los nombres indígenas, con la finalidad de que los registradores se familiaricen con los mismos y se evite prácticas discriminatorias, como pretender disuadir a los padres de colocar un nombre indígena a sus hijos o realizar algún comentario despectivo.

En cada nombre se coloca el significado, lo cual contribuye a que exista mayor respeto por las culturas indígenas. Todos los tesauros incluyen un análisis sobre los respectivos pueblos indígenas, procurando que exista una mayor sensibilidad hacia las diferencias culturales.

Registros civiles bilingües.
En agosto del 2014, RENIEC creó el primer Registro Bilingüe Castellano Jaqaru del Perú en el distrito de Tupe, provincia de Yauyos (Región Lima), para que sus habitantes puedan obtener sus partidas de nacimiento, matrimonio y defunciones en su propio idioma.

RENIEC optó por comenzar la labor de registros bilingües con el jaqaru porque es un idioma seriamente amenazado y una población bastante reducida: en Tupe viven 750 personas que se agrupan en tres comunidades campesinas: Aiza, Colca y Tupe.

Todos los formatos de actas registrales, las solicitudes y declaraciones son elaboradas en castellano y jaqaru y se precisó que tienen valor legal para todo uso en el territorio nacional.

De manera simbólica, el registro bilingüe comenzó a funcionar el 24 de agosto, que es la fiesta de San Bartolomé, patrón del pueblo de Tupe.

En mayo de este año se realizó un proceso similar con el idioma awajún, implementándose registros en las regiones de San Martín, Loreto y Amazonas, con la diferencia que en este caso se trata del registro civil en línea, que permite elaborar actas registrales electrónicamente, y ya no manualmente, lo que ayuda a reducir el margen de error en la documentación.

Los primeros registros bilingües han sido las Oficinas de Registro del Estado Civil que funcionan en las municipalidades provinciales de Condorcanqui y Bagua (departamento de Amazonas), en el Concejo Distrital de Awajún (provincia de Rioja, departamento de San Martín), y en las Oficinas Registrales Auxiliares que atienden en los hospitales Gustavo Lannata de Bagua y de Santa María de Nieva, ubicados en la región Amazonas.

Posteriormente, en el mes de julio se dispuso implementar el registro bilingüe también con las actas registrales que se elaboran manualmente en distritos, centros poblados y comunidades nativas que no están interconectados con el Reniec.
Se espera realizar lo mismo con el idioma aymara y luego con las diversas variedades del quechua.

Manual de quechua.
Por otro lado, con miras a posibilitar el trabajo con el quechua, hablado por más de ocho millones de peruanos, desde la Gerencia de Restitución de la Identidad y Apoyo Social, GRÍAS, se viene promoviendo la elaboración de un Manual para el Empleo del Quechua en la Atención Registral.

Como ocurre con los policías, se ha constatado que en las zonas andinas un número importante de trabajadores maneja el quechua de manera coloquial, pero requieren de un material que sistematice las expresiones adecuadas para la labor registral. Existe también un elevado porcentaje que puede entender parcialmente el quechua, pero que siente mucha inseguridad para expresarse verbalmente.

El documento preparado ha implicado la elaboración de un glosario de términos y de un análisis sobre las situaciones más recurrentes en las que las personas quechuahablantes se comunican con el personal de RENIEC.

Se busca complementar dicha labor con la capacitación a los funcionarios para el manejo adecuado del quechua, tomando en cuenta que muchas personas lo han aprendido de manera oral y tienen serias dificultades con la escritura. Esta labor se complementará con la señalización de las oficinas, siguiendo el precedente de la Escuela Registral, donde los letreros aparecen en quechua y castellano.
Se ha optado por elaborar un primer Manual en quechua chanka, para luego preparar otro en el llamado quechua sur, hablado en Puno y Cusco, también conocido como quechua Collao.

Se espera que próximamente se pueda elaborarse materiales similares en otros idiomas andinos como el aymara y amazónicos como el shipibo, el asháninka y el awajún.

Visitas a las comunidades y asistencia técnica.
A lo largo del año 2015, RENIEC ha dispuesto visitar todos los registros civiles existentes en las comunidades nativas, para darles la asistencia técnica necesaria a los registradores.

De acuerdo a la Ley de Comunidades Nativas, en cada comunidad puede existir un registro civil, pero el cargo no es remunerado y no se asigna mayor presupuesto para ello. Por eso se están realizando visitas prolongadas a las comunidades para trazar una política más acorde con las necesidades de la población.

Al mismo tiempo se busca capacitar a los registradores civiles, tanto a los que trabajan en las agencias como a los que llevan a cabo campañas de registro itinerantes para que tengan una mayor sensibilidad frente a las diferencais culturales.

Balance general.
Consideramos que el aporte fundamental de la intervención de RENIEC en los idiomas indígenas es darles una funcionalidad

pública, no sólo restringiéndolos al espacio privado de la familia o los amigos más cercanos. Se cumple así a cabalidad lo dispuesto por nuestra Constitución Política y la Ley de Lenguas sobre la oficialidad de los idiomas indígenas. El uso de un idioma indígena en una dependencia pública es un mecanismo fundamental para revitalizar dicho idioma, rompiendo la tradicional concepción jerárquica que colocaba al castellano como única lengua oficial y consideraba a los idiomas indígenas como lenguas subordinadas, llamadas peyorativamente dialectos.

A diferencia de otras acciones, las políticas que lleva a cabo RENIEC rompen con el enfoque lingüístico que estaba marcando el accionar estatal: la vinculación con los sectores más pobres y rurales (programas sociales) y con la niñez (educación bilingüe intercultural). RENIEC busca proporcionar atención diferenciada en la lengua materna a todos los ciudadanos indígenas que así lo soliciten, independientemente de su condición económica, su lugar de residencia y su edad.

Por eso debe recalcarse que RENIEC no está dirigiendo esta atención diferenciada solamente a aquellos ciudadanos que desconocen el castellano, como realizan los programas sociales, sino a todas aquellas personas cuya lengua materna es un idioma indígena. Por ello, se aprecia con claridad que se considera que el uso de estos idiomas es un derecho fundamental.

Este reconocimiento, además, implica reconocer la identidad de las comunidades de las que forman parte, enfrentando la vocación homogeneizadora que la sociedad peruana ha mantenido desde la Independencia, pretendiendo forzar a la población indígena a dejar su vestimenta, su idioma e inclusive su identidad como tal para asimilarse a los sectores costeños/urbanos.

Las políticas planteadas por RENIEC son también es un mecanismo para fortalecer los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos indígenas. De esta forma, es mucho más factible que accedan al sistema de justicia y a los programas sociales, así como a la elección de sus representantes políticos.

Ofrecer servicios públicos con pertinencia cultural también tiene otros alcances porque los idiomas son mecanismos para compartir universos culturales y memorias, así como de los múltiples universos creativos que tiene la mente humana para comunicarse. De esta manera, los idiomas indígenas no solo benefician a los actuales hablantes de los mismos, sino a muchos otros peruanos que las podrían aprender y hablar en el futuro y de esta manera podrían acceder a conocimientos y sensibilidades particulares.

Naturalmente, los beneficios de promover las lenguas indígenas alcanzan a la propia institución: implementar una política con enfoque intercultural exige que los funcionarios de RENIEC desarrollen nuevas capacidades, que entren en diálogo con otras formas de pensar y adecúen a ellas los procesos, herramientas y normas del Estado.

Sin embargo, se trata sin duda de un proceso incipiente. En un país como el Perú, el sentido común generalizado sigue considerando una meta la homogeneidad cultural y continúa percibiendo a los pueblos indígenas como atrasados y renuentes al progreso. Estas consideraciones por ello, que se ha comenzado el registro civil bilingüe con dos idiomas, el jaqaru que es hablado por muy pocas personas y considerado una lengua amenazada, y el awajún, uno de los idiomas más vitales de la Amazonía peruana, pero se está realizando los avances necesarios para abordar los idiomas indígenas más hablados en el Perú, el quechua y el aymara.

Reflexiones finales.

La valiosa labor que realizan diversas autoridades estatales puede que genere que, a largo plazo, el uso de un idioma indígena deje de ser estigmatizado o generar discriminación y no se vuelva impedimento para el ejercicio de los derechos ciudadanos y para el acceso a la justicia.

A largo plazo las tareas pendientes son mucho mayores, como poder tener un Código Civil y un Código Penal traducidos al quechua y a los diferentes idiomas. Queda pendiente también trabajar con el aymara y con las otras variedades de quechua, como el cusqueño y el ancashino. Es fundamental lograr también que el Poder Judicial

capacite adecuadamente en idiomas indígenas a sus integrantes.

Las metas que tenemos son grandes, pero nos sentimos mucho más cerca de lograrlas que hace unos años. Sin embargo, su cumplimiento depende de la continuidad de las políticas estatales. El próximo año 2016 tendremos elecciones y no sabemos si proseguirá la política de apertura a la realidad plurilingüe entre quienes ocupen el Ministerio de Educación, el Ministerio de Inclusión Social y el Ministerio de Cultura.

Apreciamos esfuerzos notables por parte de las Cortes Superiores de Ayacucho, Puno y San Martín, pero lo importante es consolidar una política institucional desde la administración de justicia que se mantenga más allá del período de los actuales Presidentes de las mencionadas Cortes Superiores.

Para que estas políticas continúen, es fundamental que las nuevas autoridades sientan que existe una demanda de la opinión pública. Afortunadamente, pese a que los medios de comunicación no han difundido adecuadamente el impacto de los programas sociales o la de más acciones del Poder Ejecutivo, sí ha existido bastante cobertura sobre los esfuerzos lingüísticos del Poder Judicial y RENIEC, dos entidades cuyas decisiones no dependen de los cambios en el Poder Ejecutivo y que más bien pueden ser un factor de exigencia hacia los diferentes Ministerios.

Más importante aún es que el nuevo gobierno sienta que la adecuación a la diversidad lingüística es una exigencia de los ciudadanos beneficiados. Tradicionalmente, esta exigencia no se producía: la mayoría de indígenas parecían resignados a que el Estado peruano solamente hable castellano, probablemente porque les parecía imposible que pudiera ocurrir una situación diferente. Ellos solían ver a un Estado ajeno y distante, una percepción que ha cambiado radicalmente con la dramática extensión de los programas sociales, la aparición de los traductores y los diferentes pasos que han dado las autoridades.

La pregunta que también podemos hacernos es cuál será la repercusión de estos importantes cambios sobre los sistemas

comunitarios de administración de justicia. Hay quienes consideran que éstos tienen su origen predominantemente en las prácticas ancestrales de la población indígena. Sin embargo, se sabe que las comunidades nativas fueron formadas recién en 1974 por el régimen de Velasco y que las comunidades campesinas reciben su reconocimiento y título de propiedad con la Reforma Agraria en 1969. Nosotros creemos que las prácticas consuetudinarias surgen más bien por las barreras que la propia administración de justicia estatal ha puesto a la población indígena, siendo la barrera lingüística una de las más fuertes. La relación cercana entre las autoridades estatales y las personas de un idioma diferente puede repercutir en una mayor legitimidad del Poder Judicial y una mayor disposición de la población a plantear sus problemas legales según los procedimientos estatales.

Sin embargo, las barreras son mucho más complejas: tenemos la distancia geográfica, los problemas económicos, los problemas de discriminación y especialmente la gran formalidad de jueces y fiscales que suele afectar también a muchas personas que hablan castellano.

Probablemente, la mayor cercanía de las entidades estatales hacia la población indígena pueda contribuir a que se conozca más cuáles son sus demandas y necesidades. Ello debería promover cambios normativos o esfuerzos por adecuar las decisiones a las diferentes realidades, siempre respetando los derechos fundamentales.

Bibliografía.

Ardito W.
(2014) Manual para el Manejo del Quechua Chanka en la Administracion de Justicia, con los aportes de los traductores Eber Llaqtarimay, Cynthia Palomino, Juan Galiano, Clodomiro Landeo y Apolinario Saldívar. Ministerio de Cultura. Lima, 2014.

(2011) La Promoción del Acceso a la Justicia en las Zonas Rurales. Poder Judicial, Programa de Acceso a la Justicia en Comunidades Rurales y Oficina Nacional de Jueces de Paz, Lima.

(2009-2010) Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas: El Caso Peruano. Centro Bartolomé de las Casas, Cusco. 2 ediciones.

(2009 Las Ordenanzas contra la Discriminación, Cuaderno de Trabajo Nº 13, Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

(2003) Justicia de Paz en el Perú, En Revista Allpanchis sobre antropología y problemática social andina, volumen 59/60. Número especial sobre justicia en el Sur Andino. Cuzco, pp. 13-38

(1999) Cambios y Perspectivas dentro del Derecho Consuetudinario Q'eqchi'. En Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal. Año 4, número 4. Buenos Aires.

(1997) Quiero la Paz para mi Pueblo. Nawaj li Tuqtuukil Usilal Choq' re Lintenamit Concurso de Ensayos en Q'eqchi' sobre Derechos Humanos. (Editor) Misión de Naciones Unidas para Guatemala. Guatemala.

Ardito, W., et al.
(2014) Qichwasimirayku: Batallas por el Quechua. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Ardito W. y Cordova, G.
(2013) Manual para el Manejo del Quechua en las Comisarías. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Ardito, W. y Tzoc, J.
(1997) Versión popular en idioma q'eqchi' de la Constitución de Guatemala (Qanawaq Ru Li Xnimal Ru Xhuhil Chaq'rab'). Misión de Naciones Unidas para Guatemala. Guatemala.

(1997) Diccionario Español-Q´eqchi´ de Términos de Derechos Humanos. Misión de Naciones Unidas para Guatemala, Guatemala.

(1996-1997) Nuestros Derechos como Personas, (Li Qak'ulub' Jo' Poyanam) cartilla sobre derechos humanos en q'eqchi' . 2 ediciones. Misión de Naciones Unidas para Guatemala. Guatemala.

Bernales, E.
(1996) La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Fundación Konrad Adenauer y CIEDLA, Lima.

Berry, J. et al.
(1994) Cross-cultural Psychology: Research and Applications. Nueva York, Cambridge University Press, 4ª ed.

Berry, J., Segall, M. y Kagitcibasi, C.
(1996) Handbook of Cross-Cultural Psychology. Needham Heights, Massachussets, Allyn & Bacon, 2ª ed.

Córdova, G. y Zavala, V.
(2010) Decir y Callar. Lenguaje, equidad y poder en la universidad peruana. Pontificia Universidad Católica del Perú.

NG, Kwai Hang.
(2009) If I lie, I tell you, may heaven and earth destroy me." Language and Legal Consciousness in Hong Kong Bilingual Common Law en Law & Society Review, Vol. 43, Número 2, junio, pp. 369-403.

Renteln, A.
(1990) International Human Rights. Universalism Versus Relativism. En Newbury Park, Sage Publications, 1990.

(2004) The Cultural Defense en Oxford University Press, Nueva York.

Renteln, A.y Foblets, MC.
(2009) Multicultural Jurisprudence. Pórtland: Oxford and Portland en Oregon University Press.

Zavala, V.
(2014) What is Quechua literacy for? Ideological dilemmas in Intercultural Bilingual Education in the Peruvian Andes, en Educating for Language and Literacy Diversity: Mobile Selves (pp. 45-72). Londres: Palgrave Macmillan.

(2014) Ideologías linguísticas, autoridad y experticia en una comunidad de práctica: a propósito de una política lingüística a favor del quechua, en Prácticas y políticas linguísticas. Nuevas variedades, normas, actitudes y perspectivas. (pp. 129-163). Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert.

EL OCASO DE LA CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR MINERO: DEL RECONOCIMIENTO AL DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS Y CAMPESINOS EN EL PERÚ

Armando Guevara Gil[252]

Introducción

La consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas pasibles de ser afectados por proyectos de desarrollo o medidas legales y administrativas es considerada un derecho fundamental en el ordenamiento legal peruano. Además, sus cimientos jurídicos se asientan en el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas (Patiño 2014). Se encuentra vigente en el Perú desde febrero de 1995, cuando el Estado ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Sin embargo, el propio Estado peruano ha decidido limitar, bloquear o negar el ejercicio de este derecho a las comunidades campesinas e indígenas afectadas por la expansión de la industria minera. En efecto, el poderoso Ministerio de Energía y Minas ha desarrollado un conjunto de dispositivos administrativos, de cuestionable legalidad, que tienen como objetivo negar la subjetividad indígena, convalidar la aplicación del Derecho Civil por encima del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas o exigir a las comunidades campesinas más requisitos que los legalmente prescritos para ser consultadas, todo con el fin de acelerar el desarrollo de proyectos mineros.

Así, en aras del fomento irrestricto del extractivismo minero, el

[252] Abogado, Profesor del Deparatamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctor en Derecho por la Universidad de Ámsterdam, Alemania, magíster en Antropología Cultural por la Universidad de Wisconsin-Madison, Estados Unidos. En colaboración con la Bach. Carla Cabanillas.

Estado transita del reconocimiento formal al desconocimiento efectivo de los derechos indígenas y campesinos, tal como lo demostraremos al analizar sus normas, políticas y decisiones administrativas en el caso de la (des)activación del derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas.

Nuestro trabajo se divide en cuatro partes. En la primera revisamos la literatura legal especializada, comprobando que se ha concentrado en los aspectos jurídicos y procedimentales de la consulta, sin tomar en cuenta que es el propio Estado el que pretende desconocerlo o mediatizarlo. En la segunda ofrecemos una síntesis del reconocimiento discursivo de los derechos indígenas en el régimen legal peruano y en el discurso oficial sobre la celebración de la diferencia étnica y cultural con el fin, entre otros, de convertir al Perú en un país exótico y, por ende, atractivo para el turismo mundial. En la tercera analizamos las normas, concepciones y procedimientos administrativos que vacían de contenido el derecho a la consulta, desconocen su vigencia y niegan la condición de indígena a millares de campesinos y decenas de comunidades que han decidido reivindicarla. Finalmente, anotamos nuestras conclusiones sobre el reconocimiento discursivo y el desconocimiento efectivo que caracteriza a la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, en particular el de la consulta.

Estado de la cuestión

Los estudiosos del Derecho peruano se han dedicado a describir y analizar el derecho a la consulta desde una perspectiva legalista, sobre todo exegética. Reconcentran su trabajo en las categorías jurídicas que caracterizan al derecho fundamental a la consulta y en el procedimiento administrativo que la canaliza. Al hacerlo, dedican su atención a "los tecnicismos legales de la consulta previa", como corresponde a los cultores del "formalismo jurídico excelso" (Rodríguez Garavito 2012: 12).

Y lo hacen pese a las advertencias de Schilling-Vacaflor y Flemmer (2013), Rodríguez Garavito (2012), Barrio Mendoza y Cussianovich (2012) y Barrio de Mendoza y Damonte (2013), entre otros, sobre el carácter político, y no solo jurídico, de los conflictos

que enfrentan a los agentes desarrollistas y extractivistas con los pueblos y comunidades indígenas. Si para procesarlos se pretende aplicar la consulta, debería quedar claro que la determinación de los colectivos diferenciados "consultables", el carácter vinculante o no de un proceso de consulta para el Estado, y hasta la formulación de la decisión final no son simples medidas técnicas, legislativas o procedimentales sino procesos eminentemente políticos. Sin embargo, la cátedra nacional prefiere continuar refugiada en los textos y abstracciones legales.

Gonzales (2014), por ejemplo, plantea superar el constitucionalismo de viejo cuño y reemplazarlo por uno que valore la diversidad cultural. Ello significa colocar a la consulta previa como eje de una nueva relación dialógica entre el Estado y su heterogénea comunidad política para concretar los diversos valores reconocidos en la constitución. Se trata de un planteamiento interesante, pero tan gaseoso que bien podría haber sido escrito en cualquier latitud del planeta pues no pondera la heterogénea formación sociocultural peruana ni el proceso político-jurídico en el que se insertaría ese nuevo constitucionalismo.

Castañeda (2012) identifica una serie de falencias en la reglamentación de la ley de consulta previa, tales como la falta de regulación de las consecuencias de emitir actos administrativos o normas sin haberlos consultado, la falta de participación efectiva de las comunidades en la elaboración de los planes de consulta y la diferencia entre consulta y exigencia de consentimiento. Pero, para variar emplea el más puro estilo exegético.

Por su parte, Martínez y Herrera (2016) analizan un proyecto de ley que pretende regular la consulta previa legislativa. Concluyen que está mal elaborado porque no determina la oportunidad de su realización, la valoración de la legitimidad de los portavoces indígenas o el carácter vinculante de los acuerdos entre los pueblos consultados y el parlamento. Su pronóstico es que, si se aprueba, contribuirá a exacerbar el conflicto social. Aunque interesante, se observa que ni siquiera prestan atención o derivan lecciones de los procesos de consulta efectuados (MINCU 2014).

Las únicas excepciones a esta tendencia en la literatura legal peruana sobre la consulta son las de Salmón (2013), La Rosa (2012) y, en menor medida, el Ministerio de Cultura (2014). La primera detalla, documentadamente, la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el de los Pueblos Indígenas y el Ambiental en el proceso político y legislativo que condujo a la promulgación de la "Ley No. 29785 del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT" el año 2011. Observa que el resultado de la implementación de la ley es desalentador y, debido a sus limitaciones, es muy probable que no logre erradicar los ciclos de violencia-negociación que han caracterizado a las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas.

Por su parte, La Rosa (2012) describe cómo se implementó el derecho y la propia Ley de Consulta Previa, promulgada como reacción al incremento de los conflictos socioambientales y a los sucesos de Bagua (2009), donde murieron 23 policías y 10 indígenas por la intransigencia del gobierno. Resalta que diversos actores sociales y entidades públicas presionaron para que el legislativo dicte la norma e inclusive el Tribunal Constitucional fijó las reglas que los jueces y funcionarios debían seguir para concretarlo (Tuanama Tuanama I, 00022-2009-PI/TC), aun antes de la vigencia de la ley.[253] Observa que la vigencia plena de este derecho/ley está mediada por intereses y prejuicios de larga data.

Mientras, el Ministerio de Cultura detalla los bemoles de la implementación de la consulta previa a los pueblos indígenas amazónicos. Se concentra en la experiencia de los lotes hidrocarburíferos 169 y 195 (2013 y 2014), y toma como referencia el primer proceso de consulta sobre el Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa (2013). Si bien ilustrativo, se trata de un documento descriptivo, acrítico y encomiástico de la propia labor estatal. Aunque son rescatables sus referencias a las dificultades del diálogo intercultural y su llamado a la flexibilización de las normas para que prevalezca el fondo sobre la forma, está escrito en el registro procedimental que Rodríguez Garavito (2012) tan bien denuncia y por eso ni se aproxima ni critica la injusta economía política de los procesos

de consulta (e.g. condiciones del diálogo, circulación de información, cumplimiento de acuerdos; ver Rodríguez Garavito y Orduz 2012).

El reconocimiento normativo y discursivo de los derechos indígenas en el Perú y la renta de la identidad indígena.
El régimen legal y el discurso oficial peruano consagran y celebran la diversidad étnica y cultural. A ello contribuyeron la evolución del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, el impacto del constitucionalismo latinoamericano de fines del siglo XX y el debate político-académico sobre el carácter heterogéneo de nuestra formación social. El resultado fue el reconocimiento de derechos fundamentales basados en la diferencia étnica y cultural en la constitución de 1993 y en la legislación posterior.

Lo que nos interesa resaltar en esta sección es que esas normas se complementan con un discurso oficial indigenista que proclama, interna y externamente, el orgullo nacional por la diversidad étnico-cultural del país como un modo de saldar cuentas con las viejas fracturas de la sociedad peruana. A su vez, esa variedad de paisajes humanos es empaquetada como exótica y folclórica por el Estado y los operadores turísticos para captar una parte del flujo mundial de turismo. Para ello se espectacularíza y mercantiliza la identidad indígena, aun a costa de su autenticidad.[254]

El problema, como veremos en la siguiente sección, es que el reconocimiento normativo y discursivo que el Estado y las élites criollas formulan se diluye ante las prácticas administrativas que deniegan el ejercicio del derecho a la consulta libre, previa e informada a esos mismos pueblos y comunidades indígenas que dicen exaltar.

[253] En el caso Cordillera Escalera, el TC exhortó al legislativo a legislar sobre la consulta previa y en AIDESEP II ordenó al ministerio de Energía y Minas preparar un reglamento sobre consulta previa para su sector. En general, el desarrollo jurisprudencial de este derecho ha sido limitado y contradictorio. Sobre la sinuosa línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano en materia de derechos indígenas, véase el inmejorable trabajo de Verona (2014).
[254] Sobre la renta de la identidad indígena, véase Assies, van der Haar y Hoekema (1999), y Guevara Gil (2009).

Los derechos de los pueblos indígenas se hallan reconocidos en varias fuentes del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas: el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos e inclusive en normas de derecho internacional consuetudinario que reconocen, por ejemplo, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales.[255]

Esta esfera del Derecho Internacional se halla enlazada con el bloque de constitucionalidad presidido por la constitución de 1993.[256] Así, en el artículo 2.19 se declara que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural y que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación; en el 88 se reconoce el derecho de propiedad sobre la tierra de forma comunal; en el 89 la existencia legal y personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas, el respeto a su identidad cultural y la

[255] La CIDH y la Comisión IDH han interpretado que la protección del derecho al territorio indígena o a la propiedad comunal está implícita en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aunque estos dispositivos no se refieran al territorio o a los recursos naturales de los pueblos indígenas, esta interpretación se nutre del principio pro homine porque el territorio es vital para la subsistencia de los pueblos indígenas.

[256] Los tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte IDH integran el bloque de constitucionalidad conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias: N° 0217-2002-HC/TC (f.2); N° 0026-2004-AI/TC (f.13); N° 2798-04-HC/TC, (f.7-9 y siguientes); N° 1417-2005-AA/TC (f.9-10); N° 5854-2005-PA/TC (f.22-33,45); N° 8123-2005-PHC/TC (f.22); N° 8453-2005- PHC/TC (f.22-23,39-40); N° 2730-2006-PA/TC (f.9-15); N° 00007-2007-PI/TC, (f.12-21,25,36); y N° 03938-2007-PA/TC (f.14, 20 y siguientes); Nº 03343-2007-PA/TC (f31). Asimismo, de acuerdo al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, son fuente de interpretación de los derechos fundamentales "las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte". Por último, de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú."

"autonomía en su organización, en el trabajo comunal y el uso y la libre disposición de sus tierras"; en el artículo 149 se reconoce la función jurisdiccional que estas comunidades ejercen dentro de su ámbito territorial, incluidas las rondas campesinas según interpretación jurisprudencial[257]; y en el artículo 191 se establecen cuotas de representación de las comunidades campesinas, nativas y "pueblos originarios" en los gobiernos regionales y locales.

Algunas de estas fórmulas constitucionales han sido desarrollas en leyes especiales, aunque sin estar a la par de los avances en el plano normativo internacional. Solo para señalar algunos ejemplos, tenemos la Ley de Consulta de Previa (2011), promulgada luego de grandes tensiones entre el Estado, las empresas extractivas o los megaproyectos de desarrollo y los pueblos indígenas, y después de quince años de la vigencia interna del Convenio 169 de la OIT; la ley Nº 29735 que regula el uso, preservación, fomento y difusión de las lenguas originarias en el Perú (2011); la Ley Forestal y de Fauna Silvestre No. 29763 (2011); la ley No. 27811 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos (2002); la ley No. 28736 para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (2006); la Ley General de Comunidades Campesinas No. 24656 (1987); el Decreto Ley No. 22175, ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva (1978); y la Ley No. 27908 sobre las Rondas Campesinas (2002).

También es importante rescatar las políticas jurisdiccionales pro-derechos indígenas del Poder Judicial, a través de la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena (ONAJUP). Ha desarrollado, por ejemplo, los protocolos de coordinación interforal y tratamiento interno de procesados indígenas en el marco de su proyecto de justicia intercultural. Con el primero pretende generar mecanismos de cooperación entre la justicia ordinaria y la especial (a cargo de comunidades y rondas campesinas, y de comunidades nativas), y con el segundo ofrecer lineamientos interculturales a los

[257] Véase, Corte Suprema de Justicia de la República, V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 (incluye reconocimiento de jurisdicción a las Rondas Campesinas).

jueces para que los apliquen al procesar a comuneros, ronderos e indígenas.[258] Destacan también el Acuerdo Plenario 001-2009/CJ-116 de la Corte Suprema y las ejecutorias supremas que reconocen facultades jurisdiccionales a las autoridades de la justicia especial.

Estos avances normativos y jurisdiccionales le han valido al Perú el reconocimiento de la comunidad internacional. Nada menos que la ONU, por ejemplo, elogió su defensa de los pueblos indígenas al ser el primer país en promulgar una ley de consulta previa para reglamentar la aplicación de las disposiciones correspondientes emanadas del convenio 169 de la OIT. Además, la delegación peruana ante las Naciones Unidas asumió un papel protagónico para negociar y aprobar el texto final de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).[259]

En esta línea pro-indígena, los representantes peruanos ante la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) declararon que el Perú reconocía plenamente los derechos étnicos y culturales de las comunidades campesinas y nativas y que son, además, colectividades similares a los pueblos indígenas. De esta forma estarían cubiertas por el Convenio 169 de la OIT independientemente de su denominación y de si se encuentran en la costa, sierra o selva.[260]El discurso normativo, jurisprudencial y de política exterior es consonante, en el caso de la industria turística, con el énfasis que se coloca en la pluralidad étnica y cultural para convertir al Perú en un destino turístico exótico y, por

[258] Véase, Poder Judicial del Perú (2013a y 2013b): http://www.onajup.gob.pe/wp-content/uploads/2014/12/PROTOCOLO-DE-COORDINACI%C3%93N.pdf y http://www.onajup.gob.pe/wp-content/uploads/2014/12/PROTOCOLO-DE-ACTUACI%C3%93N.pdf [Revisado el 30-6-2016].

[259] Véase, por ejemplo, la portada del Diario Oficial El Peruano de fecha 18 de mayo de 2012. El titular señala que "ONU reconoce a Perú defensa de pueblos indígenas y resalta que es el primer país en reglamentar la ley de consulta previa", por el rol protagónico de la delegación peruana para la aprobación de la DNUDPI, ver página 6 de la misma fuente.

[260] CEACR, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2009, párr. tercero y cuarto.

eso mismo, atractivo.[261] Gracias a las campañas publicitarias y a la mejora en los servicios, la llegada de turistas internacionales ha aumentado notablemente en los últimos 10 años: en el 2007 llegó a 1.8 millones, 82% más que en el 2002, y en el 2015, a 3.5 millones de turistas, 7.5% más que en el 2014, según las estadísticas del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.[262]

Así, cuando el Estado y las corporaciones de servicios turísticos tratan de atraer turistas, les resulta conveniente reconocer las costumbres y el modo de vida ancestral de indígenas y campesinos. Sin embargo, cuando se trata de promover la inversión en el sector de Energía y Minas, esos mismos pueblos son transformados en mestizos y modernos, sin ninguna posibilidad de reivindicar derechos a partir de su legado histórico y cultural.

Del reconocimiento normativo y discursivo al desconocimiento administrativo

Una de las razones más importantes para la denegación de derechos a indígenas y campesinos es la convicción que se sintetiza en la frase "Perú, país minero"[263]. La idea es que solo mediante la explotación de la enorme riqueza minera se alcanzará el desarrollo y que el destino manifiesto del país solo es imaginable en términos geológicos (y no ecológicos o culturales). De ahí que el crecimiento de los intereses mineros haya sido exponencial en las últimas décadas. Así, mientras el año 2009 las concesiones de exploración y explotación minera cubrían el 7.3%; el año 2014 se asentaban

[261] Las campañas publicitarias ilustran a turistas, generalmente europeos y norteamericanos, al lado de indígenas que posan frente a famosos restos arqueológicos o fabulosos paisajes, andinos o amazónicos. Véase, por ejemplo, la campaña publicitaria que lanzó el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en la Feria Internacional de Turismo en España el año 2015: http://gestion.pe/economia/mincetur-presenta-nueva-campana-internacional-turismo-promperu-fitur-2015-2121684 y http://www.avisosclasificadosaqp.com/promocion_promperu.html [Revisado el 30-6-2016].

[262] Para los datos de 2002-2007, véase http://www.mincetur.gob.pe/newweb/Default.aspx?tabid=3250 y para el 2015 http://ww2.mincetur.gob.pe/en-el-2015-llegaron-35-millones-de-turistas-internacionales-al-peru/ [Revisado el 30-06-2016].

[263] Ver página del Ministerio de Energía y Minas http://www.minem.gob.pe/_detalle.php?idSector=1&idTitular=159&idMenu=sub149&idCateg=159 [revisado el 30-06-2016]

sobre el 20.23% del territorio nacional. El gran problema es la notoria superposición entre los mapas de concesiones mineras e hidrocarburíferas y los que grafican a los territorios indígenas y comunales. Solo para traer un ejemplo a colación, el distrito de Cañaris, ubicado en la sierra de la región Lambayeque, fue concesionado para exploración minera en un 96.16%[264]. Estas concesiones afectaron sobre todo a la Comunidad Campesina de San Juan Bautista de Cañaris y se hicieron sin haber consultado previamente a ni un solo comunero.[265]

En esta sección mostraremos una serie de prácticas administrativas que tienen como objetivo denegar y hasta diluir al sujeto de los derechos indígenas reconocidos en el ordenamiento legal. El objetivo es claro: más allá de la celebración de la diferencia, la economía política nacional se centra en el extractivismo minero e hidrocarburífero. Para fomentarlo el Estado, en particular el Ministerio de Energía y Minas, ha optado por privilegiar la inversión a costa de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas.

Una primera forma de violar los derechos de las comunidades y pueblos potencialmente afectados por los proyectos de inversión minera, se produce a través del sistema de notificaciones que se emplea para dar a conocer el petitorio minero.[266] Estas se

[264] Véase el mapa de concesiones mineras del año 2014 en: http://cooperaccion.org.pe/main/images/Archivos/concesionesminerasoct14.pdf; el del año 2009 en: http://www.bcasas.org.pe/recursos/boletin-de-la-exclusion-al-reconocimiento/24-2.html. La superposición con el mapa etnolingüístico del año 2010 se aprecia en: http://www.indepa.gob.pe/mapa2.html. Las concesiones mineras en el distrito de Cañaris se grafican en: http://www.conflictosmineros.net/contenidos/19-peru/11803-canaris-iel-primer-conflicto-del-ano [Revisado el 30-6-16].

[265] De ahí el rechazo al proyecto minero Cañariaco que pretende desarrollar la empresa minera Candente Copper. Hasta al año pasado la Comunidad Campesina de Cañaris se encontraba firme en su intención de no permitir el inicio de actividades mineras en su territorio. Véase: http://elcomercio.pe/peru/lambayeque/comuneros-insisten-impedir-actividades-mineras-canariaco-noticia-1815313?ref=flujo_tags_409997&ft=nota_1&e=titulo [Revisado el 30-6-16].

[266] Ver Ruiz Molleda, Juan Carlos y Mejía Tapia, Julio, "La inconstitucional forma de notificar las concesiones mineras por parte de INGEMMET" http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1415 [Revisado el 30-6-16].

publicitan en periódicos locales de circulación restringida. Las comunidades alejadas no siempre tienen acceso a esos periódicos y menos en los plazos fijados para las oposiciones. Los avisos se publican en castellano, sin considerar la diversidad lingüística, y en un lenguaje críptico, repleto de tecnicismos incomprensibles para cualquier lego. Por ejemplo, en el petitorio de concesión minera publicado en el diario El Peruano el 31 de enero de 2013, se consignan como datos encriptados para los legos: "Nombre: TOCONAO 0122, Código: 01-04984-10; Fecha y hora de presentación: 09/12/2010, 10:18; Hectáreas: 1000.0000; Clasificación: Metálica; Coordenadas UTM de los vértices del petitorio (expresado en miles). V01: N8 369 E296; V02: N8 369 E301; V03: N8 367 E301; V04: N08 367 E29".

Una segunda forma es la convalidación de actos administrativos, incluidas las concesiones mineras. Por ejemplo, la segunda disposición complementaria final de la Ley de Consulta Previa señala que esta "no [...] modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efectos las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia». Esta norma tiene el claro propósito de no permitir el cuestionamiento de las concesiones anteriores al año 2011 y va en contra de la decisión de la Corte IDH en el caso Saramaka (párrafo 196 letra a), que precisamente permite la revisión de las concesiones otorgadas por el Estado sin haber consultado a los pueblos afectados. También contradice las decisiones del Tribunal Constitucional, el que ha reconocido la plena vigencia del Convenio 169 de la OIT, el efecto vinculante de las sentencias de la Corte IDH y su pertenencia al bloque de constitucionalidad (ver supra).

Una tercera manera de violar los derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas es declarar su inexistencia como sujetos de derechos o elevar el umbral de reconocimiento por encima de las exigencias fijadas por el Derecho Internacional. En principio, es menester considerar que

> un estudio del Grupo de Trabajo de la ONU sobre poblaciones indígenas concluyó que los factores relevantes para comprender el concepto de "indígena" incluyen: (i) prioridad en el tiempo,

> con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico; (ii) la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, que puede incluir los aspectos de lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, formas e instituciones jurídicas; (iii) la auto-identificación, así como el reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, en tanto una colectividad diferenciada; y (iv) una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no.

Estos factores, advierte el documento, "no constituyen ni pueden constituir una definición inclusiva o comprehensiva; son, más bien, factores que pueden estar presentes en mayor o menor grado en distintas regiones y contextos nacionales y locales" por lo que solo deben ser considerados como orientaciones generales para la adopción de decisiones razonables y contextualizadas (Daes 1996, parrs. 69-70).

En el Derecho Internacional no existe una definición exacta de pueblos indígenas. Se considera que son tan diversos que una definición taxativa podría ser muy amplia o restrictiva, según el caso, dejándolos sin protección jurídica. Sí se han generado algunos criterios de identificación a través del Convenio 169 de la OIT y de la ONU (incluida la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas). Por tratarse de normas e instrumentos de carácter internacional, la regulación interna no puede imponer más exigencias que limiten la tutela jurídica prescrita internacionalmente.[267]

Sin embargo, la ley de consulta previa, por ejemplo, impone más requisitos que los previstos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. Así, su artículo 7 establece como criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios la descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio

[267] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1980), artículo 27: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado…

nacional; estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan; instituciones sociales y costumbres propias; y patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. Peor aún, la Directiva del Ministerio de Cultura Nº 03-2012/MC[268], que regula el funcionamiento de la Base de Datos de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura, exige conservar la lengua indígena, permanecer en el territorio ancestral y descendencia directa de poblaciones originarias. Como se aprecia, el grado de ancestralidad, arraigo, diferenciación y hasta pureza racial que se contempla para otorgar el reconocimiento es irreal para cualquiera que conozca la historia de dominación, resistencia, contacto y mestizaje que caracteriza a las sociedades andinas.

Es más, el Estado peruano ha pretendido amparar su inobservancia del Convenio 169 de la OIT postulando la inexistencia del sujeto de derecho indígena. En diversidad de defensas del Poder Ejecutivo ante el Tribunal Constitucional para sustentar la constitucionalidad de Decretos Legislativos y leyes que no fueron objeto de consulta previa, el gobierno ha señalado que la población peruana es, en su mayoría, mestiza y que por eso no debe ser consultada.[269] En esta línea, ha llegado a sostener que

> El Convenio N.° 169 de la OIT no es aplicable puesto que la población peruana es predominantemente mestiza. Las comunidades campesinas que en su origen fueron ancestrales –indígenas-, con el desarrollo de la civilización ahora son mestizas, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de los valles interandinos de la sierra, (…) darle la condición de pueblos indígenas a esas comunidades sería discutible, puesto que ellas indudablemente forman parte del sector mestizo prevaleciente en la sociedad peruana. [S]ería arbitrario que se considere a todas las comunidades como pueblos indígenas.[270]

[268] Véase: 7.1, Acciones de identificación de pueblos indígenas.
[269] Véase, por ejemplo: Sentencias 0022-2009-PI/TC; 0023-2009-PI/TC; 0024-2009-PI/TC; 0025-2009-PI/TC.
[270] Expediente No. 0023-2009-PI/TC, antecedentes.

Como se aprecia, el contraste entre la posición internacional y el tratamiento interno de los pueblos y comunidades indígenas es significativo. El desmantelamiento del sistema de derechos indígenas tejido en el ámbito internacional también se grafica en el caso de las concesiones mineras de exploración que tramita el Ministerio de Energía y Minas. Aquí es donde se produce la cuarta y última forma de violación de derechos indígenas y campesinos que vamos a revisar.En el área de las inversiones mineras, las modalidades para obviar la aplicación de la ley de consulta previa o desvirtuarla de tal forma que pasa a ser un mero trámite han sido diversas.[271] Van desde reemplazar al Estado --en su labor de identificación de los pueblos indígenas-- por una consultora privada pagada por la empresa minera interesada en obtener la autorización de exploración, hasta aplicar categorías del Derecho Civil de propiedad para reemplazar al concepto de territorio, ampliamente aceptado en el Derecho Internacional de los Derechos Indígenas.

Sin recurrir a la extensa normativa internacional e interna[272] la cual señala que es el Estado, a través de los organismos correspondientes, el encargado de realizar la consulta previa, se puede deducir que el interesado en obtener el consentimiento – esto es, la empresa minera- no puede ser, a su vez, quien realice el proceso de consulta o pague a un tercero para que determine a quiénes se les consulta o no.

La empresa interesada tampoco debería sostener reuniones con la comunidad o pueblo susceptible de ser consultado para obtener su permiso anticipado o la renuncia de sus derechos colectivos mediante una declaración jurada, acta de Asamblea Comunal o

[271] Sección basada en el análisis de dieciséis Resoluciones Directorales (RD) inconsultas emitidas entre noviembre de 2012 y enero de 2014 por el Ministerio de Energía y Minas. Agradecemos a Daniel Sánchez Velásquez, Jefe del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, por compartir con nosotros su base de datos.

[272] En el artículo 3 de la Ley de Consulta Previa se prevé que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo entre el Estado y los pueblos o comunidades consultadas. Este mismo objetivo se expresa en los artículos 4, incs c y g; art. 8 inc. f; art. 9.

escritura pública de convenio privado. Estos pactos no corresponden ni cumplen con las garantías mínimas del Derecho de los Pueblos Indígenas porque es el Estado el que debe determinar si la medida afecta o no a la comunidad y es en el proceso de consulta previa donde se obtiene o no el consentimiento. A estos problemas debe sumarse la asimetría en la negociación y la falta de regulación y fiscalización de las negociaciones privadas que pretenden enervar la vigencia de la consulta previa.

Estos procedimientos se ilustran, por ejemplo, en el caso del proyecto Alicia[273], donde a través de un acta de Asamblea la comunidad declara que el proyecto "no afecta los derechos colectivos de la comunidad, en el sentido de que las acciones, operaciones y labores a desarrollarse en el marco de dicho proyecto, no producirá cambios en la situación jurídica de la comunidad, ni afectará directamente nuestros derechos colectivos, existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, ni afectará los terrenos comunales." También se grafican en actas mucho más elaboradas, lo que siembra dudas sobre el origen de la redacción, como la que corresponde al proyecto minero Angostura:

> La Comunidad Campesina de Nueva Esperanza de Mollepiña, ejerciendo su libertad inalienable a decidir y expresarse libremente, sin que exista fuerza o coerción alguna que viole sus derechos fundamentales, declara que no se reconoce como pueblo indígena u originario; (...) señala que las acciones, operaciones y labores relacionadas al proyecto minero "ANGOSTURA", así como las acciones, operaciones y labores relacionadas al proyecto minero "CCORIMINAS" (...) no producirán ningún cambio en nuestra situación jurídica, ni afectarán directamente nuestras tierras y/oa nuestros derechos colectivos, existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo (...) razón por la cual, y ejercitando nuestro derecho a la realización plena, autorizamos expresamente que se inicien, dentro de nuestro territorio comunal, las dos actividades mineras de exploración y explotación, previstas en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería…[274]

[273] RD Nº 191-2013-MEM/DGM, antecedentes.
[274] RD Nº 188-2013-MEM/DGM, de fecha 18 de julio de 2013.

Lo llamativo es que el tenor de esta declaración se reproduce de manera casi idéntica en otras resoluciones analizadas.[275] En algunos casos se usa una Declaración Jurada en la que el solicitante señala estar autorizado por los propietarios del 100% de las acciones y derechos del predio para realizar actividades de exploración.[276] En otras resoluciones se presentan contratos de autorización elevados a Escritura Pública[277] y en más de una solicitud se conjugan dos o las tres de estas modalidades.

De manera concertada, los informes que respaldan las Resoluciones Directorales del Ministerio de Energía y Minas establecen lo siguiente:

> Es indispensable que para la realización de la consulta previa concurran de manera obligatoria dos requisitos: i) que exista un pueblo indígena y ii) que exista afectación directa de los derechos colectivos de dicho pueblo indígena, el mismo que para el presente caso no se estaría manifestando por falta del segundo requisito antes señalado, más aun teniéndose presente que dicha comunidad ha suscrito con la solicitante, un contrato de cesión sobre el terreno.[278]

En los considerandos de otras Resoluciones Directorales de concesión de derechos mineros se razona de manera similar. En un caso se afirma que "la comunidad declara notarialmente que no se autoreconoce como pueblo indígena"; mientras que en otro se sostiene que:

[275] Véase, por ejemplo, RD Nº 281-2013-MEM/DGM; RD Nº 189-2013-MEM/DGM; RD Nº 229-2013-MEM/DGM.
[276] RD Nº 094-MEM/DG; RD Nº 208-2013-MEM/DGM; RD Nº 103-2013-MEM/DGM; R.D Nº 281-2013-MEM/DGM; RD-0005-2015-MEM/DGM; RD Nº 076-2013-MEM/DGM; RD Nº 229-2013-MEM/DGM.
[277] RD Nº 191-2013-MEM/DGM; RD Nº 037-2013-MEM/DGM; RD Nº 0273-2012-MEM/DGM; RD Nº 256-2012-MEM/DGM; RD Nº 248-2012-MEM/DGM; DR Nº 27-2013-MEM/DGM.
[278] Véase, por ejemplo, el Informe No. 103-2013-MEM-DGM-DTM/IEX de la RD 208-2013-MEM/DGM, concesión de exploración del proyecto Antamayo, Ancash.

> El derecho a la consulta previa también pierde sustancia por la sustracción del objeto del mismo, cuando la celebración de la manifestación [de voluntad] realizada por la comunidad indígena conlleva a declarar notarialmente que un determinado proyecto extractivo no afecta sus derechos colectivos.[279]

Se observa que el Estado no verificó si se produjo o no el impacto negativo para la comunidad. Tampoco supervisó, reguló o investigó antes, durante o después de las negociaciones –evidentemente asimétricas. Le bastó, para estos casos, una Declaración Jurada presentada por la empresa y un Testimonio de Escritura Pública de un contrato privado entre ésta y las comunidades.

En determinados casos la empresa interesada, además de presentar documentos en los que la comunidad niega su condición de indígena o "renuncia" a la consulta manifestando que no se afectarán sus derechos con la concesión, adjunta un informe de parte que determina si la comunidad debe o no ser consultada, y en otros tantos es el Estado el que paga a una consultora para que practique el peritaje.

Así, en la tramitación del proyecto Antamayo,[280] el informe financiado por la empresa no concluyó claramente si se trataba o no de un pueblo indígena, pese a que ello se desprende del propio documento pues el modo de vida de la comunidad "Flor de Cantú" calza perfectamente en lo previsto en la ley de consulta previa (ni qué decir del Convenio 169 de la OIT). En cambio, sí enfatizó el apoyo de la comunidad al proyecto, el cual se plasmó en un convenio elevado a Escritura Pública:

> el equipo consultor podría manifestar que la comunidad en mención, estaría presentando las características de una organización local de pueblo indígena; quienes, sin embargo manifiestan una clara disposición por apoyar el desarrollo de la actividad minera formal a través de la empresa titular del proyecto...[281]

[279] Véanse las RD N° 188-2013-MEM/DGM y la RD N° 191-2013-MEM/DGM.
[280] RD Nº 208-2013-MEM/DGM, proyecto minero ubicado en Ancash.
[281] Informe 103-2013-MEM-DGM-DTM/IEX, punto 4.11, que respalda a la RD 208-2013-MEM/DGM.

El siguiente caso es más llamativo porque el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura proporcionó a la Dirección General de Minería una relación de distritos que tienen presencia de organizaciones y comunidades indígenas. La Comunidad Campesina de Cayhuachahua, donde se desarrolla el proyecto Hierro Aymaraes[282], se ubica en uno de ellos. Sin embargo, la empresa minera presentó un informe de parte sobre "la caracterización de la Comunidad Campesina Cayhuachahua y la no afectación directa de sus derechos colectivos." Para corroborar ese estudio, el Ministerio de Energía y Minas contrató a un consultor, quien fue aún más contundente:

> La comunidad campesina de Cayhuachahua no cumple con los requisitos de ser pueblo indígena sujeto de consulta previa, aunque mantiene elementos tradicionales, no se evidencia elementos ancestrales que definan su identidad. [L] a comunidad es resultado de un proceso de recampesinización post-reforma agraria. No existe continuidad histórica en el régimen de propiedad, posesión y usufructo del territorio, debido a la irrupción de instituciones coloniales. [Además,] hablan tanto castellano como quechua.

La conclusión del consultor es que no se trata de una comunidad indígena porque ellos mismos no reivindican una identidad étnica diferenciada:

> Respecto a la autoidentificación, se reconocen como campesinos comuneros, y no como descendientes de un pueblo ancestral. Los miembros de la comunidad […] se consideran como población rural integrada a la sociedad nacional y a su sistema socioeconómico-cultural.[283]

Con esta justificación, el ministerio procedió a autorizar el inicio de la exploración minera sin exigir la consulta previa "por haberse

[282] Ubicado en el departamento de Apurímac. Véase la Resolución Directoral Nº 0005-2014-MEM/DGM.

[283] Ambas citas provienen del Informe N° 010-2014-MEM-DGM-DTM/IEX que sustenta la Resolución Directoral N° 0005-2014-MEM/DGM.

determinado que la Comunidad Campesina de Cayhuachahua no es un pueblo indígena". Lo interesante es que, bajo una lógica administrativista que viola el carácter preexistente de los derechos indígenas que el Convenio 169 de la OIT reconoce, "deja a salvo […] el derecho de las comunidades de solicitar su reconocimiento como pueblo indígena ante la autoridad competente".[284]

Como se puede apreciar de esta muestra de las prácticas administrativas que el Ministerio de Energía y Minas ha desarrollado para tramitar expeditivamente las solicitudes de concesiones mineras en territorios comunales, el objetivo es muy claro: fomentar la expansión del extractivismo minero a costa de la vigencia de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas del país.

Conclusiones

Cuando el presidente Ollanta Humala promulgó la ley de consulta previa en septiembre de 2011 en Bagua, muchos pensaron que se estaba abriendo una nueva etapa en las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas. Prometió, utilizando un enfático discurso de reivindicación étnica y cultural:

La construcción de una gran República que respete a todas sus nacionalidades: Aguarunas, Huambisas, Quechuas, Aymaras, y otras más […] que hay en todo el territorio nacional. […] Hoy día lo que queremos hacer con esta Ley es que su voz sea escuchada. Que sean tratados como ciudadanos y no como niñitos a los cuales no se les pregunta ni se les consulta nada.[285]

Con el paso de los años, la promesa presidencial quedó diluida y los resultados de la aplicación de esta ley y, en general, del régimen jurídico de reconocimiento y protección de los derechos indígenas, son desalentadores. Y es que el propio Estado, en este caso a través del Ministerio de Energía y Minas, ha tratado de destejer por todos los medios ese sistema de derechos para

[284] Véase el quinto considerando de la Resolución Directoral N° 0005-2014-MEM/DGM.

[285] Véase, http://youtu.be/8Wtd25UB61Y [Revisado el 30-6-16].

privilegiar el régimen que promueve las inversiones en el sector minero. Por eso, no es casual que el mismo personaje, aunque sea difícil de creer, haya declarado dos años después que:

> En la costa, básicamente no hay comunidades nativas por el proceso de migración a la costa donde está el 60% de la población. […] En la sierra, la mayor parte son comunidades agrarias, producto de la reforma agraria, etcétera. Más que todo comunidades nativas se dan en las zonas de selva con estas poblaciones que antiguamente se llamaban 'no contactados' pero hoy día con la infraestructura y la modernidad estamos tratando de articular a todas la comunidades.[286]

Aquí se revela en toda su magnitud la regresión del discurso oficial en materia de reconocimiento y tutela de derechos indígenas. Es la base política que las instancias administrativas mineras han utilizado para negar la propia existencia de los pueblos y comunidades que debían ser consultados. Con esta visión del proceso histórico-cultural peruano, las comunidades campesinas de la sierra son definidas como modernas, mestizas e integradas, lo cual les impide acceder a la tutela jurídica del Derecho de los Pueblos Indígenas y a ejercer el derecho a la consulta. El objetivo es desconocer que la propia definición de pueblo o comunidad indígena está en permanente evolución y debate porque se trata de un "categoría sociológica y jurídica, [y por eso mismo, de] una construcción histórica, contingente e interactiva." .[287]

La mayúscula violación del régimen de los derechos indígenas y del ejercicio del derecho a la consulta libre, previa e informada ha llevado a la ministra de Energía y Minas en funciones (junio 2016) a reconocer públicamente que en los últimos años se han emitido medidas administrativas que afectan a pueblos y comunidades indígenas sin realizar las consultas previas a pesar de que

[286] Véase la entrevista al presidente Ollanta Humala en TV Perú en abril de 2013, https://www.youtube.com/watch?v=pf2WeHWlYwM [Revisado el 30-06-2016].
[287] Merlan, F. 2009. Indigeneity. Global and Local. Current Anthropology 50(3):303-333, citado en: Barrio Mendoza y Cussianovich 2012:2. Sobre las escuelas de la supervivencia cultural y la resistencia para explicar la dimensión étnica y cultural de la identidad indígena, véase Guevara Gil (2009:90-92).

correspondía hacerlo. En una declaración propia de la literatura de lo real maravilloso, señaló que se revisarían las concesiones para evaluar una posible consulta posterior:

> A raíz de la primera consulta minera realizada en Parobamba, Cuzco, la ministra de Energía y Minas, Rosa María Ortiz aceptó que en ocho de los 25 proyectos ejecutados los últimos años, se omitió la consulta previa; a pesar de que el Convenio 169 y la Ley de Consulta Previa (vigente desde el año 2011) establecen que cualquier proyecto que afecte a las comunidades indígenas debe ser consultado. Ortiz añadió que en esos casos específicos, se realizará una "consulta posterior", pero surge la interrogante sobre la viabilidad de dicho mecanismo, pues la norma establece que la consulta debe ser previa.[288]

A pesar de sus compromisos internacionales y de su discurso oficial inclusivo, el Estado peruano ha decidido negar el ejercicio de sus derechos colectivos, incluido el de la consulta, a las comunidades campesinas e indígenas afectadas por la expansión de la industria minera. Los dispositivos administrativos que hemos reseñado muestran a un Ministerio de Energía y Minas decidido a negar la identidad indígena, privilegiar la aplicación del Derecho Civil por encima del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas y a exigir a las comunidades campesinas requisitos insalvables, siempre con la finalidad de apresurar el procedimiento de concesión de derechos mineros. Es por eso que se puede sostener que el Estado transita del reconocimiento jurídico y discursivo al desconocimiento efectivo de los derechos indígenas y campesinos, sobre todo del derecho a la consulta libre, previa e informada, para fomentar el extractivismo minero.

[288] Véase, "¿La omisión de consulta previa se debe subsanar con una "consulta posterior"?" https://lamula.pe/2015/11/25/la-omision-de-consulta-previa-se-debe-subsanar-con-una-consulta-posterior/consultape/ [revisado el 30-06-2016].

Bibliografía

Assies, W; van der Haar, G & Hoekema, A.J.
(1999) La diversidad como desafío: una nota sobre los dilemas de la diversidad en Assies, W; van der Haar, G & Hoekema, A.J. (eds.), pp. 505-542. El reto de la diversidad. Zamora: El Colegio de Michoacán.

Barrio de Mendoza, Rafael y Gerardo Damonte
(2013) Los dilemas del Estado peruano en la implementación y aplicación de la Ley de Consulta Previa en los Andes Peruanos en: Anthropologica 31:127-147.

Barrio de Mendoza, R. y Alejandra Cussianovich
(2012) Construcción de criterios territoriales de identificación de Pueblos Indígenas en el marco de la Ley de Consulta Previa. Lima: CIES, GRADE.

Castañeda, Renzo
(2012) El derecho fundamental de los pueblos indígenas a la consulta previa. A propósito del Decreto Supremo Nº 001-2012-MC en Revista Jurídica 134:13-30.

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

(2001) Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto. Serie C No. 79.

Cooperacción, mapa de concesiones mineras-Perú 2014. Disponible en: http://cooperaccion.org.pe/main/images/Archivos/concesionesminerasoct14.pdf [revisado el 30-06-2016]

Daes, Irene.
(1996) ONU – Consejo Económico y Social – Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: "Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of 'indigenous people'". Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996.

Gonzales, Gorki
(2014) La consulta previa para repensar la teoría constitucional en el Perú en: Themis-Revista de Derecho 66:385-391.

Guevara Gil, Armando
(2009) Bases para el estudio de la diversidad legal en Guevara Gil, A. Diversidad y Complejidad Legal. Aproximaciones de la Antropología e Historia del Derecho, pp. 79-107. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Instituto Bartolomé de las Casas, Nuevo método de medición de la pobreza. Boletín N24, agosto 2010:
http://www.bcasas.org.pe/recursos/boletin-de-la-exclusion-al-reconocimiento/24-2.html [revisado el 30-06-2016]

Martínez del Águila, S. y Herrera Santos, N.
(2016) El derecho a la consulta previa. A propósito de la propuesta del Congreso de la República para modificar su Reglamento e implementar la consulta previa legislativa en Actualidad Jurídica 266:123-134.

Ministerio de Cultura del Perú
(2014) La Implementación del derecho a la Consulta Previa en el sector hidrocarburos. La experiencia de los Lotes 169 y 195. Lima: MINCU.

Ministerio de Energía y Minas.
(2016) Perú, país minero
http://www.minem.gob.pe/_detalle.php?idSector=1&idTitular=159&idMenu=sub149&idCateg=159 [revisado el 30-06-2016]

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
(2013) Compendio normativo y jurisprudencial sobre los derechos de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas. Lima: MINJUS.

Observatorio de conflictos mineros de América Latina, 29 de enero de 2013, "¿Cañaris, el primer conflicto del año? http://www.conflictosmineros.net/contenidos/19-peru/11803-canaris-iel-primer-conflicto-del-ano [Revisado el 30-6-16].

Patiño Palacios, Luz Ángela
(2014) Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas en: ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional 7:69-111.

Presidencia del Consejo de Ministros, INDEPA.
(2010) Mapa etnolingüístico del Perú http://www.indepa.gob.pe/mapa2.html [revisado el 30-06-2016]
Promperú, promociones turísticas
http://www.avisosclasificadosaqp.com/promocion_promperu.html [Revisado el 30-06-2016]

Poder Judicial del Perú
(2013a) Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia. Lima: Oficina Nacional Justicia de Paz y Justicia Indígena-ONAJUP. Disponible en: http://www.onajup.gob.pe/wp-content/uploads [Revisado el 30-06-2016].

(2013b) Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos. Lima: Oficina Nacional Justicia de Paz y Justicia Indígena-ONAJUP. Disponible en: http://www.onajup.gob.pe/wp-content/uploads/2014/12/PROTOCOLO-DE-ACTUACI%C3%93N.pdf/2014/12/PROTOCOLO-DE-COORDINACI%C3%93N.pdf [Revisado el 30-06-2016].

Rodríguez Garavito
(2012) Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Rodríguez Garavito, C. y Orduz Salinas, N.
(2012) La Consulta Previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Rosa Calle, Javier la
(2012) El derecho a la consulta previa y su implementación en el Perú según las reglas legislativas y el Tribunal Constitucional en: Derecho y Sociedad 36:196-203.

Ruiz Molleda, Juan Carlos y Mejía Tapia, Julio
(2014) La inconstitucional forma de notificar las concesiones mineras por parte de INGEMMET en boletín electrónico Informando Justicia de Justicia Viva. Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1415 [Revisado el 30-6-16].

Salmón G, Elizabeth
(2013) The Struggle for Laws of Free, Prior, and Informed Consultation in Peru: Lessons and Ambiguities in the Recognition of Indigenous Peoples en Pacific Rim Law & Policy Journal 22(2):353-390.

Schilling-Vacaflor, Almut y Riccarda Flemmer
(2013) El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina. Lima: Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina, PROINDIGENA, GIZ.

Verona Badajoz, Aarón
(2014) La protección de los derechos de los pueblos indígenas según el Tribunal Constitucional peruano. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

Noticias publicadas en internet

El Comercio, 01 de junio de 2015 "Comuneros insisten en impedir actividades mineras en Cañariaco" http://elcomercio.pe/peru/lambayeque/comuneros-insisten-impedir-actividades-mineras-canariaco-noticia-1815313?ref=flujo_tags_409997&ft=nota_1&e=titulo [Revisado el 30-06-2016]

Gestión, 27 de enero de 2015 "Mincetur presenta nueva campaña internacional de turismo de Promperú en Fitur 2015" http://gestion.pe/economia/mincetur-presenta-nueva-campana-internacional-turismo-promperu-fitur-2015-2121684 [Revisado el 30-06-2016]

La Mula, 25 de octubre de 2015 "¿La omisión de consulta previa se debe subsanar con una "consulta posterior"?" https://lamula.pe/2015/11/25/la-omision-de-consulta-previa-se-debe-subsanar-con-una-consulta-posterior/consultape/ [Revisado el 30-06-2016].

TV Perú, abril de 2013 "El presidente Humala habla sobre consulta previa", https://www.youtube.com/watch?v=pf2WeHWlYwM [Revisado el 30-06-2016].

TV Perú, 06 de setiembre de 2011, "Humala Promulgó la Ley de Consulta Previa" https://www.youtube.com/watch?v=8Wtd25UB61Y&feature=youtu.be [Revisado el 30-06-2016].

Normas jurídicas citadas

Constitución Política del Perú, 1993

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA, 2016

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007

Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO, 2005

Ley No. 29785 del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, 2011

Ley Nº 29735 que regula el uso, preservación, fomento y difusión de las lenguas originarias en el Perú, 2011

Ley No. 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, 2011.

Ley No. 27908 sobre las Rondas Campesinas, 2002

Ley Nº 28237, Código Procesal Constitucional, 2004

Ley No. 28736 para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, 2006

Ley No. 27811 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, 2002

Ley General de Comunidades Campesinas No. 24656, 1987

Decreto Ley No. 22175, ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva, 1978.

Jurisprudencia Citada

Tribunal Constitucional, Expedientes: N° 00022-2009-PI/TC, 09 de junio de 2010; N.° 03343-2007-PA/TC, 19 de febrero de 2009; N° 0217-2002-HC/TC, 17 de abril de 2002; N° 0026-2004-AI/TC, 28 de setiembre de 2004; N° 2798-04-HC/TC, 09 de diciembre de 2004; N° 1417-2005-AA/TC, 08 de julio de 2015; 5854-2005-PA/TC, 08 de noviembre de 2005; N° 8123-2005-PHC/TC, 14 de noviembre de 2005; N° 8453-2005- PHC/TC, 16 de mayo de 2006; N° 2730-2006-PA/TC, 21 de julio de 2006; N° 00007-2007-PI/TC, 19 de junio de 2007; N° 03938-2007-PA/TC, noviembre de 2007.

V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, 13 de noviembre de 2009

Resoluciones Directorales del Ministerio de Energía y Minas

Nº 248-2012-MEM/DGM, 27 de noviembre de 2012
N° 256-2012-MEM/DGM, 07 de diciembre de 2012
Nº 258-2012-MEM/DGM, 11 de diciembre de 2012
N° 0273-2012-MEM/DGM, 20 de diciembre de 2012
Nº 27-2013-MEM/DGM, 05 de febrero de 2013
N° 076-2013-MEM/DGM, 19 de marzo de 2013
N° 094-MEM/DGM, 9 de abril de 2013
Nº 103-2013-MEM/DGM, 17 de abril de 2013
Nº 189-2013-MEM/DGM, 18 de julio de 2013
N° 188-2013-MEM/DGM, 18 de julio de 2013
N° 191-2013-MEM/DGM, 22 de julio de 2013
N° 229-2013-MEM/DGM, 06 de setiembre de 2013
Nº 281-2013-MEM/DGM, 04 de noviembre de 2013
N° 0005-2014-MEM/DGM, 14 de enero de 2014

EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS A LA AUTONOMÍA Y LA PROPIEDAD DEL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: EL CASO DE LA COMUNIDAD NATIVA DE TRES ISLAS DE PERÚ

Rocío Trujillo Solís[289]

"La doble existencia jurídica de los pueblos indígenas es la expresión de una conquista política inequívocamente positiva para el conjunto de la sociedad y no sólo para los pueblos indígenas. Se trata de una reparación histórica lograda a través de siglos de resistencia activa y de sufrimiento inenarrable".
Boaventura de Sousa Santos.

Introducción

El presente artículo está basado en la ponencia presentada por la autora en el contexto del III Congreso Internacional de Derecho Indígena que se desarrolló los días 24 y 25 de noviembre de 2016 en la Universidad de Tarapacá (Iquique, Chile) en cuyo contexto se analizó, desde las perspectivas constitucional e internacional, los alcances de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los principales aspectos sustantivos de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú respecto del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, caso emblemático que sirve de ejemplo para todos los pueblos indígenas que defienden sus territorios frente a la intrusión arbitraria de terceros que desarrollan actividades extractivas no autorizadas.

La sentencia del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas resuelta por el Tribunal Constitucional de Perú (TCP), recaída en el Expediente N.° 01126-2011-HC/TC, constituye una de las

[289] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Becaria de la Diplomatura de Estudio Internacional en Pluralismo Jurídico y Derechos Indígenas (IIDS-PUCP). Forma parte del equipo legal del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - IIDS, a cargo de la Dra. Raquel Yrigoyen, institución que asumió la defensa legal del Caso de la Comunidad Nativa Tres Islas basada en el Litigio Estratégico en Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas. (rtrujillo@pucp.edu.pe).

más importantes sentencias en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas, en la cual el Pleno del TCP reconoce explícitamente el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas y la propiedad al territorio comunal para la defensa de sus territorios como manifestaciones de su libre determinación. Asimismo, reconoce que los pueblos indígenas con base en su autonomía pueden impedir la intrusión de terceros dentro de su territorio. Para ello el TCP aplicó en dicha sentencia los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y Tribales en países independientes, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (DNUPI) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los derechos intrínsecos de los pueblos originarios, con el fin de fortalecer los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la Constitución Política del Perú de 1993.

Contexto: El desarrollo de actividades mineras ilegales en el ámbito de las comunidades nativas en Madre de Dios, Perú.
El departamento de Madre de Dios está ubicado en la selva sur del Perú, limita con Brasil y Bolivia, y es un lugar donde existen pueblos originarios desde antes de la formación del Estado peruano[290]. El año 1994, el Estado peruano la consideró como la capital de Biodiversidad[291] por su riqueza tanto en flora y fauna. La riqueza cultural de este departamento nos permite conocer las diferentes culturas, sus principales características y como dichos pueblos han mantenido su relación con su territorio, y han sido los guardianes de la biodiversidad. Sin embargo, once comunidades nativas tienen superpuestas a sus territorios concesiones mineras otorgadas por el Estado, entre ellas la Comunidad Nativa Tres Islas.

El otorgamiento de concesiones mineras por el Gobierno Regional de Madre de Dios superpuestos a los territorios de las comunidades

[290] Pueden acceder a mayor información sobre las comunidades nativas en Madre de Dios en la página institucional de la Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes (FENAMAD). http://www.fenamad.org.pe/quienes-somos/quienes-somos/

[291] El 21 de mayo de 1994, el Congreso de la República mediante Ley 26311 declaró a este departamento como la "Capital de la Biodiversidad" del Perú.

nativas de Madre de Dios se realizó sin cumplir con el ejercicio del derecho a la consulta y consentimiento de acuerdo al Convenio 169 de la OIT[292] que entró en vigor para el Estado peruano el día 2 de febrero de 1995.

Las actividades mineras desarrolladas en las concesiones superpuestas dentro de territorios indígenas están generando violaciones sistemáticas y daños irreparables a la vida e integridad, salud, territorio y seguridad alimentaria de los pueblos indígenas y sus futuras generaciones.

Las actividades mineras desarrolladas en las concesiones superpuestas dentro de territorios indígenas están generando violaciones sistemáticas y daños irreparables a la vida e integridad, salud, territorio y seguridad alimentaria de los pueblos indígenas y sus futuras generaciones.

1. Un caso emblemático: La Comunidad Nativa Tres Islas[293]

La Comunidad Nativa Tres Islas, ubicada en el distrito y provincia de Tambopata, departamento de Madre de Dios, Perú, está conformada por familias pertenecientes a los pueblos Shipibo y Ese´Eja. La Comunidad cuenta con el título de propiedad N.° 538 otorgada por el Estado en el año 1994 y su territorio abarca un área de 32212.1069 hectáreas de las cuales el 60 % se encuentra superpuesto por concesiones mineras otorgadas por el Estado[294].

[292] Convenio 169 de la OIT. Artículo 6.1. El Estado debió "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

[293] Mayor información sobre el caso en: Yrigoyen Fajardo, Raquel. "Litigio Estratégico en derechos Indígenas. La experiencia de la Comunidad Nativa "Tres Islas". Madre de Dios-Perú. Pueden acceder a dicho texto en: https://issuu.com/iids/docs/litigio_estrategico_en_derechos__1_.

[294] DREMEH. Informe N.° 135-2015-GOREMAD-GRDE/DREMEH-DM-AC, de 12 de junio de 2016, la DREMEH informó que existían 150 concesiones mineras, de las cuales 87 estaban vigentes y 63 extinguidos.

1.1. La intrusión de terceros dentro de la comunidad y la decisión jurisdiccional indígena.

El principal problema que afecta a la Comunidad es la presencia de cientos de mineros informales e ilegales dentro de su territorio, presencia que se constata desde que hace varios años el Estado otorgó concesiones mineras sin consulta ni consentimiento previo, libre e informado. Debido a dicha situación, personas ajenas a la Comunidad empezaron a ingresar en su territorio sin autorización de la misma y desconociendo la autoridad indígena y sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú e instrumentos internacionales, así como su denominado "derecho propio" o intrínseco .[295]

El problema surge cuando dos empresas de transporte denominadas los Mineros SAC y los Pioneros SCRL ingresaban a la Comunidad a la altura del kilómetro 24 de la carretera interoceánica transportando a terceros para desarrollar actividades mineras ilegales, la tala ilegal, prostitución, comercialización ilegal de combustible, etc.

En atención de dichas intrusiones no autorizadas de terceros al territorio comunal, la Asamblea General de la Comunidad, el día 1 de agosto de 2010, decidió construir dentro de su propiedad comunal una tranquera y una caseta de control para evitar dichas intrusiones.

La Comunidad ejecutando su decisión construyó las referidas

[295] Raquel Yrigoyen señala que el término usos y costumbres tampoco es adecuado para referirse a los sistemas normativos indígenas, puesto que: […] resulta teóricamente limitado para referirse a sistemas normativos, ya que sólo se refiere a prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente. En cambio, los estudios empíricos sobre los sistemas normativos indígenas dan cuenta de: 1) que no sólo se trata de prácticas aislada, sino que tiene un eje cultura que las articula a modo de sistema y tienen sistema de normas, autoridades y procedimientos por los cuales regulan su vida social, resuelven conflictos y organizan el orden interno […] y, 2) su enorme capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condicione de persecución y deben responder a necesidades y demandas sociales cambiantes. En: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2003, p. 16

tranquera y la caseta de control, en respuesta a lo cual las mencionadas empresas de transporte presentaron denuncias penales e iniciaron un proceso constitucional de Hábeas Corpus contra la Junta Directiva de la Comunidad por la supuesta vulneración a la libertad de tránsito[296].

1.2. El Hábeas Corpus y denuncia penal presentado por las empresas de transporte:

El Poder Judicial de Madre de Dios amparó el supuesto derecho de las empresas de transporte, declarando fundado el Hábeas Corpus presentado contra la Comunidad. Dicha sentencia dispuso: a) El retiro de la casa de control y la tranquera; b) La comunidad debe dejar ingresar a todo peruano en su territorio; y, c) Se cursen copias del expediente a la fiscalía para que inicie investigación penal contra la presidenta de la comunidad.

En la ejecución de sentencia los supuestos agraviados destruyeron la casa y tranquera de control con la aquiescencia de la policía y los representantes del Poder Judicial y del Ministerio Público de Madre de Dios, lo cual causó una tristeza profunda a los miembros de la Comunidad. A raíz de la referida sentencia y las denuncias penales, la Policía y el Ministerio Público iniciaron una persecución penal en contra de las autoridades indígenas por ejercer sus derechos colectivos. Incluso la Fiscalía inicio un proceso penal que duró más de dos años por la presunta comisión del delito de entorpecimiento de servicios públicos (artículo 283° del Código Penal) y solicitó seis años de cárcel en contra de las autoridades indígenas[297].

[296] La Comunidad, en ejercicio de sus derechos de petición y de acceso a la información pública, solicitó a las distintas instancias información sobre las supuestas autorizaciones de la Municipalidad Provincial de Tambopata y al Ministerio de Transporte y Comunicaciones sobre alguna vía que atravesará la Comunidad. Al respecto ambas entidades respondieron que no existía autorizaciones ni alguna vía pública dentro del territorio comunal. Por lo tanto, lo alegado por las empresas de transporte era falso.

[297] Código Penal de Perú. Artículo 283. - Entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos. "El que, sin crear una situación de peligro común, impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte o de los servicios públicos de telecomunicaciones, saneamiento, electricidad, hidrocarburos o de sustancias energéticas similares, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años (…)".

1.3. Sobre el Hábeas Corpus de la comunidad respecto del Hábeas Corpus de las empresas de transportes "Los Mineros" SAC y "Los Pioneros" SCRL

La Comunidad no se quedó con los brazos cruzados, su entonces presidenta, Juana Payaba Cachique, emprendió la lucha legal contra la arbitraria decisión del Poder Judicial. Es así que el día 13 de noviembre de 2010, con el apoyo del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - IIDS, la Comunidad interpuso una demanda de Hábeas Corpus contra la sentencia de Hábeas Corpus ganada por los transportistas (Expediente N.° 624-2010) y solicitó que se declare nula dicha sentencia, así como que cese la amenaza de las autoridades indígenas y la vulneración de sus derechos colectivos.

La primera y la segunda instancia de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios declararon improcedente la demanda de Hábeas Corpus de la Comunidad. Esto motivó que la Presidenta de la Comunidad presentará un recurso de agravio constitucional. El Tribunal Constitucional del Perú (en adelante Tribunal Constitucional o TC) admitió la demanda y resolvió declarando fundada la demanda de la Comunidad (Expediente N.° 1126-2011-HC/TC)[298].

2. El reconocimiento del derecho a la propiedad indígena en las Constituciones del Perú.

Antes de abordar los aportes de la Sentencia del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas consideramos importante reseñar el reconocimiento del derecho a la propiedad indígena en las últimas cuatro Constituciones del Perú a fin de entender el marco jurídico nacional de protección que han brindado, a pesar que en la práctica dichas disposiciones han sido incumplidas sistemáticamente.

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en las Constituciones Políticas del Perú ha sido un proceso complejo, de constantes y sostenidas luchas de los pueblos indígenas. Como consecuencia de dichas luchas, las Constituciones han reconocido una seria de derechos de los pueblos indígenas.

[298] El 25 de setiembre de 2012, el Tribunal Constitucional publicó la sentencia del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas (Expediente N°. 1126-2011-HC/TC, Sentencia de fecha 11 de setiembre de 2012).

Así, la Constitución para la República del Perú de 1920 reconocía la imprescriptibilidad de la propiedad de los pueblos indígenas, al señalar en su artículo 41 que: "**Los bienes de propiedad** del Estado, de instituciones públicas y de **comunidades de indígenas** son **imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público**, en los casos y en la forma que establezca la ley"[299]. (Resaltado propio)

La Constitución Política del Perú de 1933 en su artículo 209 brindó un marco de protección especial a las propiedades de las comunidades indígenas al establecer que: "La propiedad de las comunidades es **imprescriptible** e **inajenable**, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, **inembargable**" (Resaltado propio)[300].

La Constitución del Perú de 1979 cuando en su artículo 157 refería que: "¬El Estado garantiza el **derecho de propiedad privada sobre la tierr**a, en forma individual, cooperativa, **comunal**, autogestionaria o cualquiera otra forma asociativa directamente conducida por sus propietarios en armonía con el interés social y dentro de las regulaciones y limitaciones que establecen las leyes (…)" Asimismo, en el artículo 163 señalaba que:-**Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles**. También son **inalienables**, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad (…)".[301] (Resaltado propio).

Por su parte, la Constitución de 1993 en su artículo 88° dispone que: "El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el **derecho de propiedad sobre la tierra**, en forma privada o **comunal** o en cualquiera otra forma asociativa (…)". En este mismo sentido, el artículo 89° indica que: "Comunidades Campesinas y Nativas Las Comunidades Campesinas y las

[299] Constitución para la República del Perú de 1920: Disponible en: http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1920.htm
[300] Constitución para la Constitución Política del Perú de 1933. Disponible en: http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1933.pdf
[301] Constitución Política del Perú 1979. Disponible en: http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm

Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. **La propiedad de sus tierras es imprescriptible**, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas". (Resaltado propio).

Respecto de la protección de la propiedad de la tierra comunal existe un reproceso en la medida que la Constitución de 1993 solo refiere que las tierras indígenas son imprescriptible y no como lo señalaban las Constituciones anteriores que la propiedad de las tierras eran imprescriptibles, inalienables e inembargables.

3. Aspectos relevantes de la Sentencia del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas.

3.1. El carácter complejo (jurídico político) de la propiedad comunal de los territorios indígenas

La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la Comunidad Nativa Tres Islas constituye un hito y un significativo precedente en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente de su derecho a la libre determinación, su derecho a la autonomía y su derecho a la propiedad colectiva de su territorio comunal. En este sentido, se trata de una decisión que aporta para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas que sirve como jurisprudencia elemental para el caso peruano y como doctrina jurisprudencial comparada para los pueblos originarios de la región.

En este sentido, el Tribunal Constitucional precisó que:

> " (…) si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88° y 89° de la Constitución], sin recoger el concepto de "territorio" de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13° que la utilización del término "tierras" debe incluir el concepto de "territorio. La diferencia entre el concepto de

> tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas (…)" [302] (Fundamento 22).

El Tribunal Constitucional aplica de manera integrada el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT[303] y precisa que cuando la Constitución mencionada el concepto de tierra debemos interpretarla con el concepto de territorio que es mucho más amplio. En este sentido, los pueblos indígenas no solo tienen la propiedad a la tierra sino al territorio, el cual implica un concepto más amplio y acorde con su realidad por ser descendientes de pueblos originarios.

El Tribunal Constitucional reconoce el derecho de la propiedad comunal de los territorios indígenas al señalar la especial complejidad que dicho concepto conlleva en tanto contiene componentes jurídicos y políticos. Así, por un lado considera que una "visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural, esto es, tomando en cuenta aspectos culturales propios para el caso de los pueblos indígenas" (fundamento 21). Estaríamos entonces ante una noción de propiedad con caracteres especiales adicionales a los de la propiedad del derecho civil.

Así, el Tribunal reconoce que el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de su territorio (sus tierras y sus recursos naturales) debe necesariamente enmarcarse en sus formas comunales o colectivas de auto organización, las cuales son expresiones

[302] Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, expediente 1126-2011-PHC/TC, de 11 de setiembre de 2011, fundamento 22.

[303] Convenio 169 de la OIT. 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. 2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad de hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

tangibles de la autonomía que les reconocen tanto el Convenio 169 de la OIT como la propia Constitución en su artículo 89.

> "44. (…) la construcción de la caseta y del cerco de madera fue decisión legítima tomada en virtud de su autonomía comunal, reconocida por el artículo 89 de la Constitución. (…) al ser tal medida el ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido, no podrían generarse consecuencias lesivas a tal actividad, de lo contrario se estaría vaciando de contenido la esencia de tales cláusulas constitucionales".

3.2. Hacia una concepción funcional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas

Otro aspecto sustantivo relevante de la sentencia materia de análisis es la mención que realiza el Tribunal Constitucional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas ("derecho a la autodeterminación" en palabras del Tribunal), al considerar en su sentencia que:

> "(…) el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y su aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículo 3° y 4° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas- DNUDPI]…" (Fundamento 23).

El Tribunal Constitucional reconoce el derecho propio de los pueblos indígenas y aclara que su existencia jurídica trasciende de una asociación civil. Esto al precisar que el ejercicio del derecho a la libre determinación los pueblos implica elegir libremente el modo de organizarse (su sistema jurídico y político) para alcanzar su desarrollo (social, económico y cultural) en condiciones de igualdad respecto de otros. Así, el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas establece expresamente que "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".

Ahora bien, el reconocimiento del derecho a la libre determinación está directamente imbricado al reconocimiento del derecho a la autonomía o al autogobierno de los pueblos indígenas (y todos los derechos colectivos dimanantes de éstos). Esto lo reconoce expresamente el artículo 4 de la mencionada Declaración al establecer que "Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas".

Al respecto, como señala CLAVERO respecto de la aludida Declaración, su "mismo catálogo de derechos cobra sentido y se articula a partir del reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas en sus dimensiones tanto política como económica, social y cultural"[304].

Con la aplicación de la DNUDPI por el Tribunal Constitucional hace exigible los derechos plasmados en dicho instrumento internacional y permite ser una herramienta ante la resistencia de funcionarios de la justicia ordinaria que no considerar a la DNUDPI como vinculante para el Estado peruano y por lo tanto no quieren reconocer los derechos ahí plasmados.

Respecto del derecho a la libre determinación YRIGOYEN manifiesta que: "El corpus de derechos indígenas tiene su fundamento en el derecho inherente de los pueblos a existir de determinada manera. Del derecho de existencia es que se desprende su derecho a la libre determinación del desarrollo. Y, de tales derechos -de existir y determinar libremente su modelo de desarrollo- es que surgen las obligaciones del Estado de crear

[304] CLAVERO, Bartolomé. "Supremacismo Cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas". En: El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas (páginas 366 – 374). Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (editores). IWGIA, Copenhague, 2010, p. 372.

los espacios de consulta, participación y consentimiento, para que tales pueblos puedan hacer parte de la toma de decisiones de las políticas de desarrollo nacional o regional que les puedan afectar"[305].

En este sentido, la libre determinación de los pueblos, además de un derecho, como lo señala ANAYA es "un principio fundador que aglutina la constelación de derechos de los pueblos indígenas"[306].

En atención a lo manifestado, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas constituye un principio y derecho articulador, el cual sustenta el reconocimiento de todos sus derechos colectivos, comprendiendo básicamente su derecho a elegir sus propias formas de gobierno; su derecho a procurar su desarrollo social, económico y cultural de acuerdo a sus propias cosmovisiones y prioridades; y, su derecho a organizarse libremente sin injerencias externas.

3.3. El reconocimiento del derecho a controlar el ingreso de terceros como manifestaciones de la autonomía

La Constitución de 1993 reconoce en el segundo párrafo del artículo 89 de la Constitución Política de 1993 establece expresamente que las Comunidades Campesinas y Nativas "Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece".

En este sentido, el derecho a la autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas – en tanto manifestación de su derecho a su

[305] YRIGOYEN, Raquel. "El Derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. En: Aparicio, Marco, ed. (2011): Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Icaria. Disponible en: http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf

[306] ANAYA, James. "El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración". En: El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas (páginas 194 – 209). Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (editores). IWGIA, Copenhague, 2010, p. 194.

libre determinación – conlleva que éstos configuren y utilicen sus propias formas de organización interna, lo cual implica, entre otras prerrogativas, utilizar su derecho intrínseco (derecho propio) y sus mecanismos de solución de conflictos en sus territorios[307].

A nuestro parecer el aporte más significativo de la sentencia materia de análisis es el reconocimiento explícito por parte del Tribunal Constitucional que la decisión de la Comunidad Nativa Tres Islas de impedir el ingreso de los vehículos de las dos empresas de transportes, en tanto mecanismo de autotutela de su derecho a la propiedad comunal de su territorio, es una legítima manifestación de su autonomía indígena.

El Tribunal Constitucional consideró que la medida adoptada por la comunidad más que propiamente una decisión jurisdiccional fue una manifestación de dicha autonomía (no jurisdiccional). Así, el Tribunal consideró que "la Comunidad Nativa Tres Islas, mediante sus representantes, no resolvió un conflicto interpersonal, sino que plasmó una medida sobre el "uso y libre disposición de sus tierras", en virtud de la autonomía reconocida por el artículo 89 de la Constitución" (fundamento 41)[308].

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional explicitó que: "(…) la función jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas es una manifestación de la autonomía reconocida a tales comunidades, pero, y esto debe resaltarse, no es la única. Por el contrario, existen otras formas en que esta autonomía es manifestada, como por ejemplo la manera en que usan o disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación

[307] Al respecto, Esther Sánchez señala que la autonomía implica que el pueblo indígena puede tomar las decisiones que son esenciales para su permanencia como grupo, que deben darse las condiciones para que estas decisiones puedan ser tomadas (libertad en sentido positivo) y que no debe haber injerencias en la toma de decisiones (libertad en sentido negativo). SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. La Jurisdicción Especial Indígena. Op.Cit., p. 104.

[308] Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, expediente 1126-2011-PHC/TC, fundamento 41.

de quiénes ingresan al territorio de la comunidad" (fundamento 42) [309].

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional precisó que "el artículo 89° de la Constitución preceptúa que las comunidades nativas pueden disponer y hacer uso de sus territorios. En tal sentido, al no haberse permitido ejercer su derecho a controlar el ingreso de terceros a su comunidad, este Colegiado estima que el ámbito de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas ha sido vulnerado".

4. Conclusiones y desafíos pendientes:

4.1. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de la Comunidad Nativa Tres Islas en lo que respecta a la afectación de sus derechos a la propiedad territorial y a la autonomía comunal. En consecuencia, declaró nula la sentencia emitida a favor de los transportistas que ordenó la destrucción de la casa y la tranquera comunal. Asimismo, ordenó que cesen los actos de violación del territorio de la propiedad comunal y de su autonomía.

4.2. El Tribunal Constitucional utilizó como fundamento de la sentencia la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reconociendo implícitamente su fuerza normativa lo cual consideramos de especial relevancia para promover el cabal ejercicio de los derechos especiales de los pueblos indígenas en el caso peruano.

4.3. La sentencia es un importante avance para la defensa y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, no sólo para el Caso de la Comunidad Nativa Tres Islas sino también para todos los pueblos indígenas quienes día a día vienen luchando para que los operadores de justicia y los funcionarios de ámbito nacional, regional y local respeten sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así como el respecto de sus derechos propios o intrínsecos.

[309] Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, expediente 1126-2011-PHC/TC, fundamento 42.

4.4. A la fecha, la Comunidad Nativa Tres Islas continúa luchando en el ámbito del Poder Judicial de Madre de Dios para que se ejecute la sentencia en todos sus términos, en especial en lo referente a la reposición de la casa comunal y la tranquera destruidas arbitrariamente, así como respecto del pago de los costos y costas y la difusión de la sentencia. En este sentido, todos los funcionarios y jueces deben garantizar el cese de los actos de violación del territorio de la propiedad comunal y de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas (punto 3 de lo resuelto por el Tribunal).

4.5. Debido a la falta de ejecución en la sentencia, la Comunidad Nativa Tres Islas en base a sus funciones jurisdiccionales reconocidas en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú y su sentencia ante el Tribunal Constitucional ha decidido recientemente expulsar a los terceros ilegales dentro de su territorio y solicitar para tales efectos (en "vía de coordinación") el apoyo de la fuerza pública para cumplir su decisión. A la fecha, dicho proceso se encuentra en desarrollo encontrándose aún una serie de resistencias y desconocimiento de los alcances de sus derechos colectivos, tanto por parte de los representantes del Ministerio Público y del Poder Judicial como en el caso de los efectivos de la Policía Nacional.

4.6. El caso de la Comunidad Nativa Tres Islas permite visibilizar como los pueblos indígenas empiezan a reclamar judicialmente sus derechos colectivos a la luz de los tratados e instrumentos internacionales, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A su vez, los jueces estarán obligados a aplicar en sus sentencias dichos instrumentos vinculantes, utilizando las herramientas jurídicas como el control de convencionalidad en la medida que a la fecha existen normas legales que contravienen los derechos colectivos de los pueblos indígenas, tales como algunas disposiciones contenidas en la Ley y en el Reglamento del derecho a la Consulta. Finalmente, también será importante que los/ las defensores/ras legales apliquen los estándares internacionales de los derechos de los pueblos indígenas, conociendo a los pueblos indígenas directamente y no desde un escritorio.

Bibliografia

ANAYA, James. “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”. En: El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas. Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (editores). IWGIA, Copenhague, 2010.

CLAVERO, Bartolomé. “Supremacismo Cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. En: El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (editores). IWGIA, Copenhague, 2010.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel.
(2003) Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Fundación Myrna Mack, Guatemala.

(2011) “El Derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. En: Aparicio, Marco, ed.: Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Icaria. Disponible en: http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf

“Litigio Estratégico en derechos Indígenas. La experiencia de la Comunidad Nativa “Tres Islas”. Madre de Dios-Perú”. Disponible en: https://issuu.com/iids/docs/litigio_estrategico_en_derechos__1_.

DREMEH. Informe N.° 135-2015-GOREMAD-GRDE/DREMEH-DM-AC, de 12 de junio de 2016.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. La Jurisdicción Especial Indígena, Colombia, 2002.

Normas Citadas

Código Penal de Perú
Constitución para la República del Perú de 1920

Constitución Política del Perú 1933
Constitución Política del Perú 1979
Convenio Nº169 de la OIT
Ley Nº 26311 del 21 de mayo de 1994.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional, caso de la Comunidad Nativa Tres Islas de fecha 11 de setiembre de 2012.
Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, expediente 1126-2011-PHC/TC, del 11 de septiembre de 2011.

DERECHOS INDÍGENAS, MULTICULTURALISMO LIBERAL Y DESCOLONIZACIÓN

Matías Meza-Lopehandía G.[310]

"Si bien los derechos pueden operar como una indiscutible fuerza emancipatoria en un momento de la historia […] en otro momento pueden volverse un discurso regulador,
un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales".
(Wendy Brown, 2007)

Introducción

Cuando nos reunimos a hablar sobre los derechos de los pueblos indígenas, normalmente centramos la atención en el desarrollo de los estándares internacionales en la materia, en el modo en que aquellos han sido (o no) recepcionados por el ordenamiento jurídico chileno, etcétera. De este modo, la idea de argumentar desde el lenguaje de los derechos humanos, y desde el aparato del derecho internacional, aparece como natural, como si siempre hubiese estado ahí. Es más, en las últimas décadas, el movimiento indígena global ha recurrido consistentemente a aquellos para plantear sus reivindicaciones.

Sin embargo, esta apuesta del movimiento indígena por resolver sus reivindicaciones en el marco del derecho internacional de los derechos humanos es relativamente nueva. De hecho, hasta los años 80 del siglo pasado, el movimiento indígena global, en esa época integrado fundamentalmente por pueblos del hemisferio norte, apostaba por otra estrategia: la de la libre determinación. Los indígenas se resistían a ser marginados del proceso de descolonización que vivía el tercer mundo desde fines de los años 50, y acuñaban la idea de que constituían un "cuarto mundo", que también debía ser descolonizado (Engle, 2011). Pero el derecho

[310] Abogado Universidad de Chile (2009) y MSc en Derechos Humanos en London School of Economics and Political Science, Universidad de Londres (2013). Investigador de la Biblioteca del Congreso Nacional. mmezalopehandia@bcn.cl

internacional ha sido desde sus orígenes un derecho de los Estados, para los Estados y creado por ellos, y ha operado históricamente como instrumento de la colonización de los pueblos indígenas y su consiguiente despojo (Anghie 2004; 2016); primero justificando la guerra contra ellos, luego desconociendo su personalidad jurídica, para más tarde otorgarles protección orientada, paradójicamente, a su asimilación. De ahí que la respuesta desde el aparato del derecho internacional a la demanda de descolonización indígena fue – al menos hasta la adopción de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas (DDPI) en 2007, que los pueblos indígenas no tenían derecho a la libre determinación, y por tanto no eran elegibles para la descolonización[311]. Pero eso no fue todo. Paralelamente, se fue reconduciendo la reivindicación indígena hacia el derecho internacional de los derechos humanos, primero, en el ámbito de la OIT, con la adopción de los Convenios 107 y 169, y luego, con el desarrollo jurisprudencial progresista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).[312]

De esta manera, la opción por apelar al derecho internacional de los derechos humanos ha sido más o menos forzada para el movimiento indígena.

La idea de esta ponencia es echar luz sobre algunos de los límites implícitos que este giro implica para la causa de la descolonización de los territorios indígenas. En particular me interesa develar la lógica de la argumentación del multiculturalismo liberal, que es, según defenderé, la ideología que fundamenta (y limita) los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos. Para ello, primero explicaré por qué afirmo que el Convenio 169 es una expresión normativa del multiculturalismo liberal y por qué esto constituye un problema. Luego mostraré que los principales organismos internacionales, cuando revisan cuestiones que implican territorios indígenas, recurren a los conceptos centrales del multiculturalismo liberal, evitando así plantear el conflicto como una cuestión de soberanía.

El multiculturalismo liberal

El liberalismo, con su predilección por la figura del individuo abstracto, esto es, desprovisto de toda determinación social,

[311] Este debate fue explícito en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), cuando se debatía sobre el alcance de la descolonización. Ahí se impuso la tesis del agua salada o aguas azules, esto es, que la descolonización solo alcanzaba los territorios separados de la metrópoli por océanos y cuya población fuera culturalmente distinta a la de aquella. Esta doctrina fue adoptada expresamente en la resolución N.º 1541 de 1960 de la AGNU (Anaya, 2000). Un poco antes, en 1957, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había adoptado su Convenio 107, fundado en la paradójica idea de protección para la asimilación, que recuerda la lógica de los acuerdos de la Conferencia de Berlín (1884-1885), donde las potencias imperialistas europeas se repartieron África (cfr. art. 6 de Berlin Conference, 1909), y puede remontarse más atrás aun, al gobierno indirecto (indirect rule) que implementó el Imperio Británico tras el motín de los cipayos de 1859 en la India (Mantena, 2010). Más tarde, a principios de los años 80, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 1983), negó explícitamente que los indígenas miskitos tuvieren derecho a la libre determinación o a la autonomía, afirmando, en cambio, un derecho a conservar su propia cultura. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que vigila el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se ha negado sistemáticamente a proteger la libre determinación indígena, a pesar que ese derecho está consagrado a "todos los pueblos" en el artículo 1 de dicho instrumento, y a reconducido los reclamos al artículo 27 (derecho de minorías) (Burchill, 2009). Finalmente, el Convenio 169 de la OIT establece que el término "pueblos" usado en el instrumento "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" (art. 1.3).

[312] En las últimas décadas, el aparato internacional se ha esforzado por desmarcarse de su origen imperialista. El punto culminante de este proceso de descolonización del derecho internacional, ha sido la adopción de la DDPI, cuyo reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas al interior de los Estados en que habitan, concretada en autonomía o auto-gobierno sobre sus asuntos internos (artículos 3, 4 y 46) parece constituir un primer hito en el proceso de descolonización de los territorios indígenas. Ciertamente, se trata de un proceso muy incipiente, cuyo resultado está en veremos.

lleva consigo una pulsión universalizante. Esto se expresó como "misión civilizadora" en la época del imperialismo, y luego, tras su colapso, en la idea wilsoniana de una nación, un Estado. Sin embargo, la resiliencia de la diversidad cultural ha obligado al liberalismo a repensar el problema. Cada vez con más fuerza, distintos grupos, como las minorías étnicas y los pueblos indígenas, exigen el reconocimiento y la consiguiente adaptación de la institucionalidad estatal a sus particularidades. Algunos liberales siguen viendo la cuestión como un asunto meramente privado, dándole un tratamiento análogo al que le dieran en su momento al problema de la religión, aunque sostener esta posición hoy se hace cada vez más difícil.

En este sentido, la cuestión de acomodar la diversidad cultural al interior del Estado nación fluye como una necesidad de la gobernabilidad de la democracia liberal, amenazada por la potencial (o actual) rebelión de aquellos que ven sus propias valoraciones excluidas del ámbito de lo políticamente significativo. En este sentido, el liberalismo multicultural provee una receta para facilitar dicho acomodo, de manera de hacer viable la permanencia del Estado nación en las condiciones del mundo actual.

Los defensores de este liberalismo agregan a estas razones de orden pragmático, una fundamentación sustantiva. El programa liberal requeriría dejar atrás la ceguera frente a la diferencia cultural y asumir la falta de neutralidad del Estado liberal en materia de etnicidad y cultura, para asegurar al individuo una verdadera autonomía. Esta autonomía se ejercería a través de la toma de decisiones significativas. Según esta tesis, el problema del liberalismo de viejo cuño, sería que olvida el rol que juega la cultura en esta toma de decisiones, no sólo porque provee las opciones disponibles, sino también, porque les asigna significado. Esto es particularmente cierto respecto de lo que Kymlicka (1996) llama las "culturas societales", esto es, aquellas culturas que están consolidadas institucionalmente – a través de la escuela, el idioma, la forma de organización política y económica, los medios de comunicación, etcétera –, abarcando así un amplio espectro de la actividad humana. De esta manera, el rango de opciones que la sociedad dominante ofrece a un indígena puede constituir una

radical negación de su autonomía, en la medida en que no responde a las valoraciones de su propia cultura[313].

En este sentido, el multiculturalismo liberal reivindica no solo la conveniencia, sino que la legitimidad, e incluso necesidad, de reconocer derechos colectivos a ciertas minorías, para permitir que sus miembros sean tratados como agentes morales. De esta manera, la diversidad cultural deja de tratarse como un problema, para ser concebida como riqueza, y más aún, la percibe como un requisito para el ejercicio de una autonomía individual auténtica. Por su puesto, esta teoría propone como límite a los derechos colectivos el respeto a los derechos individuales de los miembros del colectivo.

El convenio 169 como instrumento del multiculturalismo liberal

Para los multiculturalistas liberales, el caso de los pueblos indígenas es paradigmático. La estrecha vinculación de su identidad cultural con sus tierras y territorios, exigiría el consiguiente reconocimiento de sus derechos sobre aquellas, pues la identidad indígena, y por consiguiente su cultura, está íntimamente atada a su particular relación con la tierra.

Ahora bien, ¿por qué sostengo que el Convenio 169 es un instrumento del multiculturalismo liberal? En primer lugar, porque indudablemente constituye un rechazo a la lógica de la asimilación, y favorece la valoración y protección de la identidad cultural indígena. El propio preámbulo del Convenio señala expresamente que fue adoptado "a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores"[314]; y la protección de la forma de vida indígena destila de prácticamente todas las

[313] Otros autores liberales como Raz (1988) y Taylor (2001) apuntan al rol fundamental que cumple el grupo en la formación de la identidad individual, por lo que el reconocimiento sería una condición de posibilidad de la autonomía individual.

[314] Recordemos que el Convenio 107, que era el único tratado internacional sobre la materia, subordinaba explícitamente la protección de la diversidad cultural a los objetivos de la asimilación, lo que era perfectamente coherente con el carácter temporal de las medidas que contemplaba (cfr. art. 7.2 y 3 Convenio 107).

normas del Convenio, particularmente el reconocimiento de derechos territoriales en atención a la especial relación que aquellos mantienen con sus tierras, y de la consagración de la consulta previa indígena, como dispositivo para hacer visibles y proteger los derechos e intereses indígenas en un marco de diversidad cultural.

Hasta aquí, el carácter multicultural del Convenio. Pero ¿qué hay de su liberalismo? Sostengo que la justificación implícita que el Convenio hace de los derechos colectivos está, precisamente, en la protección de la autonomía individual de los miembros indígenas de dichos pueblos. Esto se desprende de dos cosas. En primer lugar, en el límite que el propio Convenio pone al reconocimiento de los derechos colectivos: los derechos individuales reconocidos en el sistema internacional y nacional respectivo. Esto es justamente el modo en que el multiculturalismo liberal resuelve la cuestión de la vigencia de los derechos individuales frente a los derechos colectivos. Estos últimos solo se justifican como protecciones del colectivo frente a la sociedad dominante, pero no como imposiciones del grupo sobre sus miembros. En segundo lugar, el modo en que los derechos reconocidos en el Convenio han sido interpretados por los organismos internacionales apunta a que se trata de derechos reconocidos al colectivo, para garantizar los derechos individuales de sus miembros[315]. Así, por ejemplo, cuando la Corte IDH reconoce el derecho de un pueblo

[315] Gajardo (2014b) ha destacado que, a partir de la sentencia Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la Corte IDH ha establecido que los derechos colectivos reconocidos en el sistema interamericano a los indígenas son derechos colectivos cuyo titular sería la comunidad misma y no sus miembros individuales, como lo venía haciendo con anterioridad. Esta diferencia en la titularidad podría significar un desplazamiento de la Corte hacia posturas comunitaristas, lo que podría limitar o incluso negar derechos individuales de los miembros de las comunidades, como el derecho de propiedad individual frente al colectivo, o la igualdad de las mujeres en el acceso a la tierra, en aquellos casos en que el derecho propio indígena no les otorga un acceso igualitario (Gajardo, 2014a). Ahora bien, no existen casos concretos en que la Corte haya tenido que enfrentar este dilema, por lo que no es claro hasta qué punto defenderá una idea comunitaria de los derechos colectivos. En todo caso, para el argumento que se presenta aquí, lo relevante es que, hasta ahora, tanto el texto del Convenio como su interpretación y aplicación, han descansado sobre una lógica liberal (multicultural).

o comunidad indígena a sus tierras ancestrales, se funda en la relación identitaria que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras, porque negarles tal derecho "significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas" (Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006: párr. 120).

La paradoja del reconocimiento: la cultura como dispositivo de regulación

Lo anterior representa un gran avance para los pueblos indígenas. Sin embargo, este reconocimiento de derechos, fundado en la tríada cultura, identidad y territorio, encierra una paradoja, que expresa el carácter colonial del derecho internacional. La clave de esta paradoja está en que es el mismo dispositivo que permite reconocer derechos (la tríada), el que los priva de su contenido político esencial, esto es, la soberanía.

Esto opera en dos niveles. En primer lugar, limitando el alcance y profundidad de los derechos territoriales (y en general de los derechos colectivos reconocidos) a aquellos que sean necesarios para la supervivencia de los indígenas como pueblos diferenciados. De hecho, el propio Convenio establece que los derechos de uso de los indígenas sobre tierras no exclusivamente ocupadas por ellos, deben garantizarse, pero "para sus actividades tradicionales y de subsistencia", excluyendo implícitamente otras finalidades, como el control sobre sus recursos naturales[316].

Esto es una constante en los órganos internacionales de adjudicación y control. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, que vigila el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha señalado que el artículo 27 sobre derecho de minorías, incluye la protección de las actividades de carácter económico de los pueblos indígenas, siempre que sean actividades "tradicionales". Este criterio fue precisado en el caso Länsman, y otros. v. Finlandia (1992), en el que el Comité

[316] Cabe tener presente que el Convenio establece el derecho de los pueblos indígenas a "decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo", pero los dispositivos que consagra no están diseñados para tal fin (particularmente, la consulta previa, su piedra angular).

aclaró que dicha protección se extiende no sólo sobre los medios tradicionales de vida, sino que también sobre las adaptaciones de sus métodos, incluyendo la incorporación de tecnología moderna. Lo importante para el Comité es que la actividad modernizada, en este caso, la cría de renos, seguía siendo una actividad tradicional con relevancia cultural. Aquí se supera la noción de cultura como una entidad cerrada, y en cambio, se apela a una versión más abierta, susceptible de ser actualizada. Sin embargo, lo central sigue siendo la supervivencia cultural. En el caso citado, donde una comunidad sami reclamaba por la autorización otorgada a una empresa minera para la explotación de una cantera en lo que reclamaban como su territorio, el Comité decidió en favor del Estado, en tanto consideró demostrado que la actividad extractiva era compatible con la actividad tradicional de los sami: si ha existido consulta previa, y la actividad impugnada no impide el ejercicio de derechos culturales de la comunidad afectada, no hay violación de derechos. Si bien la decisión del Comité puede defenderse sobre la base de que estaba aplicando el artículo 27 sobre derecho de minorías, lo cierto es que el PIDCP reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos, pese a lo cual, el Comité ha invocado sistemáticamente razones procedimentales para evitar aplicarlo en los casos relativos a pueblos indígenas.

La Corte IDH ha seguido este mismo camino. Por ejemplo, en el caso Saramaka vs. Surinam (2007), luego de ampliar el alcance del derecho al territorio indígena hasta alcanzar los recursos naturales presentes en aquel, basándose en la importancia de aquellos para mantener su "estilo de vida", establece sus límites:

De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo (párr. 122. Énfasis añadido; en

el mismo sentido, la reciente sentencia Pueblos Kuna vs Panamá, 2014; párr. 112).[317]

Asimismo, cuando la Corte IDH ha afirmado el derecho a recuperar las tierras usurpadas, lo ha hecho sobre la base de la estrecha relación que une a los indígenas con aquellas. Es más, al referirse a la limitación temporal de este derecho, la Corte ha puesto el clúster cultura/identidad/territorio en el centro de la argumentación, señalando que "[m]ientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, [en] caso contrario, se extinguirá". La misma sentencia define esta relación en términos fundamentalmente culturales:

Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura (Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2007: párr. 131; énfasis añadido).

De esta manera, el límite que impone el multiculturalismo liberal está siempre definido por la centralidad del concepto de cultura, que es lo que se valora y protege, aun cuando se hable de derechos territoriales (y no culturales). Al afirmar los derechos sobre esta base, la Corte hace una doble operación, que, siguiendo a Elizabeth

[317] En la más reciente sentencia sobre pueblos indígenas (Garífuna vs. Honduras, 2015), la Corte IDH ha señalado que la protección de los derechos territoriales "es necesaria para garantizar [no sólo] su supervivencia, sino su desarrollo y evolución como Pueblo." (p. 166). Este aparente cambio, es neutralizado en el párrafo siguiente, donde la Corte vuelve a la tríada, territorio/identidad/cultura: "Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y la continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados". (parr. 167; énfasis añadido).

Povinelli, puede calificarse como la "astucia del reconocimiento". Por un lado, al evitar recurrir a argumentos políticos como la pre-existencia, la soberanía originaria, la desposesión y los tratados, la Corte se desentiende de las circunstancias que hicieron que una comunidad o pueblo en particular perdiera su relación cultural con su territorio histórico, validando implícitamente las injusticias históricas[318]. Por otra parte, hace que la restitución válida sea unicamente lo que sirva para fortalecer el vínculo cultura/identidad/territorio, y sólo eventualmente, para reparar dichas injusticias.

Algo similar sucede con la consulta previa indígena, consagrada en el Convenio. Ésta está diseñada como un dispositivo para identificar los derechos e intereses de los pueblos indígenas en un contexto multicultural, y así facilitar su protección. Como es sabido, el mecanismo se basa en la buena fe del Estado, y no en la posibilidad de los indígenas de no prestar su consentimiento (veto). Sin embargo, distintas entidades, tales como el Relator Especial de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos o la propia Corte IDH, han señalado que, bajo ciertas circunstancias, sí se requiere el consentimiento indígena (Meza-Lopehandía, 2013). Lógicamente, éstas son aquellas en que está en juego su supervivencia como pueblos diferenciados.

La segunda consecuencia que tiene fundar los derechos colectivos indígenas en el multiculturalismo liberal tiene que ver, paradójicamente, con la pérdida de autonomía. Al poner el concepto de cultura al centro de la fundamentación de los derechos, surgen las dudas en torno a quién establece cuál es el contenido de la cultura indígena que merece protección. En la práctica, esto termina siendo una definición hecha por los tribunales, asesorados por los antropólogos, formados en universidades, muchas veces financiadas directa o indirectamente por las contrapartes de los indígenas.

[318] La autora citada describe esta operación en el marco de la política de reconciliación desplegada en Australia a partir de una sentencia de la Corte Suprema. En esa decisión se reconoció la validez de los títulos nativos sobre la tierra, desechando la doctrina de la terra nullis, pero afirmando que éstos se extinguían cuando "la corriente de la historia haya lavado todo reconocimiento real del derecho tradicional y toda observancia de las costumbres tradicionales" (Mabo v Queensland (No 2): párr. 66; traducción propia).

Para ilustrar mejor esta limitación, resulta pertinente citar una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia y ratificada por la Corte Suprema de Justicia de Chile (caso Quechuyao Vasquez c. Intendente de Los Ríos). Aunque el caso se refiere a la procedencia de la consulta previa indígena, es ilustrativo de los límites que una fundamentación centrada en la preservación cultural implica. En éste, una familia indígena reclamaba frente a la falta de consulta previa respecto de una central hidroeléctrica que afectaría sus tierras. Los recurrentes invocaban particularmente la afectación que dicho proyecto tendría sobre un desarrollo eco-turístico que planificaban emprender. La Corte desechó el recurso, fundándose entre otras cosas, en que el desarrollo eco-turístico "no se refiere a una característica propiamente indígena" y que, aunque los recurrentes eran indígenas, "la instalación de un proyecto eco-turístico no implica de por sí una identidad exclusiva o primariamente indígena, que hiciere procedente la consulta" (considerando undécimo).[319] Aquí la Corte solo protege aquello que considera como diferente, y no aquello que escapa a la visión estereotipada de lo que debe ser lo propiamente indígena. Lo hace basándose en una noción rudimentaria de cultura como una entidad estática, homogénea y cerrada, donde no hay cabida para el cambio, la diferencia y la hibridación. Sin embargo, el problema no es este déficit conceptual, pues aun cuando se admita la "modernización" de la tradición, el problema persiste, como lo demuestra el ya analizado caso Länsman.

En este mismo sentido, la propia definición que el Convenio ofrece en su artículo 1 sobre aquellos a quienes se aplica, remite, además de a la autoidentificación y a la continuidad histórica con las "poblaciones" precolombinas[320], a cierta "continuidad cultural",

[319] Cabe consignar que la Corte también mencionó que la alegación en torno a la existencia de un proyecto eco-turístico no había sido acompañada de antecedentes probatorios.

[320] Nótese que el Convenio, pese a utilizar el término pueblos para referirse al sujeto de los derechos que reconoce, se refiere a las "poblaciones que habitaban en el país" antes de la conquista o colonización. Es decir, dichas poblaciones no eran propiamente pueblos al momento de la colonización europea, con lo que queda abierta la puerta para invocar la doctrina de la terra nullis para justificar una restricción de los derechos colectivos a aquellos necesarios para el multiculturalismo liberal, sin amenazar la soberanía estatal sobre los territorios y sus recursos naturales.

que habilita a los indígenas para ser tratados como tales. De esta manera, los indígenas pierden sus derechos no sólo cuando la brutalidad del encuentro colonial destruyó sus elementos culturales distintivos, sino también, cuando el cambio cultural sea producto de un proceso interno del propio pueblo indígena. En este sentido, la idea de derechos asociados a determinada identidad cultural, funciona como dispositivo de regulación y administración de aquellos a quienes supuestamente benefician.

Reflexiones finales

En las últimas décadas, el derecho internacional de los derechos humanos y su aparato han sido estratégicos para los pueblos indígenas. Han facilitado la apertura progresiva a espacios para la participación indígena, y sobre todo, les han ido reconociendo derechos colectivos sustantivos en el ámbito político, económico y cultural. Aunque se puede criticar que esos derechos han sido escasamente implementados por los Estados, especialmente en Chile, lo cierto es que el reconocimiento ofrecido por el derecho internacional, otorga una valiosa legitimidad a las reivindicaciones favorecidas por dicho reconocimiento.

Además de eso, a veces los instrumentos internacionales tienen un impacto considerable no solo en la discusión política sobre derechos indígenas, sino también en el ordenamiento jurídico. Es el caso del Convenio 169 de la OIT, que además de establecer derechos a los pueblos indígenas en tanto entidades colectivas, dotándolos así personalidad jurídica internacional, ha instalado la institución de la consulta previa como un aspecto ineludible en los ordenamientos jurídicos del subcontinente sudamericano. De hecho, la Corte Interamericana la ha considerado, como parte del derecho consuetudinario internacional (caso Saramaka vs. Surinam, 2007).

Reconocer estos avances no significa renunciar a una mirada crítica sobre el discurso de los derechos humanos indígenas. Éste ha sido una estrategia residual del movimiento indígena frente a la negativa de la comunidad internacional a abordar la cuestión de la descolonización de los territorios indígenas, lo que pone en evidencia que el origen imperialista del derecho internacional aún sigue determinando su operatoria.

Al examinar la lógica del reconocimiento de derechos indígenas en el derecho internacional, he afirmado que ésta se funda en el liberalismo multicultural, en particular en la tríada cultura/identidad/territorio. Aunque este fundamento ha sido la piedra angular del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos indígenas, he querido llamar la atención sobre aquello que se pierde con esta fundamentación: la soberanía indígena sobre sus territorios y su cultura.

Con esto no quiero decir que el Convenio 169, la consulta previa, o en general el derecho internacional de los derechos humanos no sirvan nada más que para la domesticación de las reivindicaciones indígenas. Por el contrario, se trata de instrumentos que pueden resultar particularmente eficaces, especialmente en contextos de agresión y negación. Sin embargo, como toda opción, supone ciertas renuncias, concesiones y/o postergaciones, las que pueden ser necesarias en determinados contextos. Tener claridad sobre cuáles son los costos de las opciones que se toman en el transcurso de las reivindicaciones políticas, es indispensable para poder actuar estratégicamente.

Bibliografía.

Anaya, J.
(2000) Indigenous Peoples in International Law. Oxford: Oxford University Press.

Anghie, A.
(2004) Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law. Cambridge: Cambridge University Press.

(2016) Hacia un derecho internacional poscolonial. Derecho y Crítica Social, 2(1): pp. 71-99.

Berlin Conference.
(1909). General Act of the Conference of Berlin Concerning the Congo. The American Journal of International Law, vol. 3 N° 1: pp. 7-25. Disponible en:
https://www.jstor.org/stable/pdf/2212022.pdf (consultado el 27 de diciembre de 2016).

Brown, W.
(2007). Lo que se pierde con los derechos. En: Brown, W. y Williams P. La crítica de los derechos, Bogotá: Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Instituto Pensar.

Burchill, R.
(2009). Self-Determination. En: Alex Conte y Robert Burchill. Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee. 2a edición. Surrey: Ashgate.

Carpenter, K. A. y Riley, A.
(2014), Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights. California Law Review, 102: 173-234. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=2220573 (consultado el 26 de diciembre de 2016)

CIDH.
(1983). Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito. Disponible en: http://www.cidh.org/countryrep/miskitosesp/indice.htm (consultado el 28 de diciembre de 2016).

Engle, K.
(2011). On fragile architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the context of human rights. European Journal of International Law, 22(1): pp. 141-163.

Gajardo, J.
(2014a). Derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En: Hierro, L. (Coord.). Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto. Madrid: Marcial Pons: pp. 145-171.

(2014b). Nuevas perspectivas de los derechos de los grupos a partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Revista Tribuna Internacional, 3(5): pp. 43-64.

Kymlicka, W.
(1996): Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías. Madrid: Paidós.

Mantena, K.
(2010). Alibis of empire: Henry Maine and the ends of liberal imperialism. Princeton University Press.

Meza-Lopehandía, M.
(2013). El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En: Aylwin, José, Meza-Lopehandía, Matías., y Yáñez, Nancy. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago: LOM, pp. 337–439.

Povinelli, E.
(2002). The cunning of recognition. Indigenous Alterities and the Making of Australian Multiculturalism. Durham and London: Duke University Press

Raz, J.
(1988). The Morality of Freedom. Oxford: Clarendon Press.

Taylor, Ch.
(2001). El Multiculturalismo y la "política del reconocimiento". México: Fondo de Cultura Economómica.

Jurisprudencia

Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf (consultado el 29 de diciembre de 2016).

Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf (consultado el 29 de diciembre de 2016).

Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf (consultado el 29 de diciembre de 2016).

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C 146. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf (consultado el 29 de diciembre de 2016).

Corte de Apelaciones de Valdivia. Quechuyao Vasquez c. Intendente de Los Ríos. 18/10/2013, rol 1944-2015.

Länsman et al. v. Finland, Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994). Disponible en: http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws511.htm (consultado el 29 de diciembre de 2016).

Mabo v Queensland (No 2) ("Mabo case") [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1 (3 June 1992). Disponible en: http://www.7genfund.org/sites/default/files/helpful-resources/Mabo%20v%20Queensland%20(No%202)%20(%2522Mabo%20case%2522)%20%5B1992%5D%20HCA%2023.pdf (consultado el 26 de diciembre de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Quechuyao Vasquez c. Intendente de Los Ríos. 27/11/2013, rol 10945-2013.

MECANISMOS PARA GARANTIZAR LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UN CONTEXTO INTERCULTURAL

Wilfredo Ardito Vega[321]

Introducción

Los mecanismos comunitarios de administración de justicia buscan, mediante la realización del derecho a la justicia, el cumplimiento de otros derechos como la propiedad, la integridad física, la libertad y el derecho a una vida digna. Sin embargo, también es posible que afecten derechos fundamentales, como ocurre cuando las rondas campesinas, las comunidades campesinas y nativas, sancionan a los infractores mediante azotes y otros castigos físicos o cuando establecen normas que limitan la libertad individual, como cuando algunas comunidades impiden a las mujeres casarse con foráneos.

Para comprender mejor esta problemática debemos ingresar al debate sobre el carácter universal o relativo de los derechos humanos y desde allí plantear alternativas para que en estos mecanismos también se respeten los derechos fundamentales.

El relativismo cultural y los derechos humanos

Antecedentes: Evolucionismo, universalismo y resistencia

A mediados del siglo XX, un sector de antropólogos, denominados funcionalistas, señaló que las prácticas culturales de las sociedades tradicionales debían comprenderse desde una racionalidad distinta, con una función vital[322], fuera la necesidad de sobrevivir como grupo a un medio hostil, el respeto por la naturaleza o la afirmación de un rito de pasaje. Aún el asesinato de

[321] Catedrático de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, abogado, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex.

[322] Citado por Edgerton, p. 31.

niños y ancianos, el canibalismo[323], las mutilaciones o la opresión de las personas podían tener justificación en una cultura, a la que no debía juzgarse con patrones ajenos[324]. Era necesario reconocer que podían existir posiciones diferentes inclusive respecto a la vida o la dignidad de la persona[325].

Esta corriente antropológica resulta siendo la precursora del relativismo cultural, una posición que sostiene que no es posible juzgar a los miembros de una cultura desde parámetros ajenos a ellos. El relativismo se enfrentaba a una perspectiva etnocéntrica de la humanidad, que justificaba moralmente a los imperios coloniales y permitía una serie de medidas que actualmente calificaríamos de etnocidio[326].

En 1948, mientras se discutía el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, esta posición relativista se manifestó cuando la Asociación de Antropólogos de los Estados Unidos (AAA) rechazó la posibilidad de aceptar como universal una declaración planteada desde la perspectiva de los países de Europa Occidental y América[327], sosteniendo que era inaceptable pretender arribar a criterios que pudieran generalizarse para los diferentes pueblos y culturas del mundo:

Lo que es considerado un derecho fundamental en una sociedad, puede ser considerado como antisocial por otro pueblo, o por el

[323] Sebreli, p. 54-5. Edgerton, p. 25. cita a William Graham Sumner.
[324] Herskovitz, p. 8-9, citado por Merry, p. 32.
[325] Claude Levi-Strauss rechazaba la idea de una posible civilización mundial (Sebreli, p. 36) y señalaba que cada sociedad ofrece diversas opciones a sus integrantes, según sus posibilidades. No puede considerarse que existan opciones buenas o malas en sí mismas: simplemente son equivalentes (p. 45). No puede, por lo tanto, considerarse a algunos pueblos como más atrasados que otros, ni puede imponérseles el progreso que otros consideran haber alcanzado. Levi-Strauss sostiene que inclusive debería admitirse que las poblaciones que no lo deseen, no sean vacunadas (p. 81),
[326] En Australia y Canadá miles de niños indígenas fueron separados de sus padres, para ser educados en internados.
[327] Citado por Merry, p. 33. No sabemos si los antropólogos se referían a Estados Unidos o a todo el continente, pero su misma autodenominación como Asociación de Antropólogos Americanos demostraba una visión excluyente del concepto América.

mismo pueblo en un período distinto de su historia[328].

Actualmente, casi todos los países han aceptado la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la mayoría de los posteriores pactos y convenios sobre derechos humanos. Sin embargo, algunos autores sostienen que el sesgo occidental de estos documentos es muy marcado[329]. Otros han denunciado que detrás del discurso en favor de los derechos humanos existen concepciones neocoloniales o paternalistas que buscan justificar su intervención en los países más débiles[330].

Algunos gobernantes asiáticos y musulmanes se han manifestado públicamente contra la llamada "imposición del pensamiento occidental"[331]. Durante el régimen de Fujimori, desde el Perú se tuvo una posición similar: en varias intervenciones públicas el entonces canciller Fernando De Trazegnies, señaló que no podía haber un solo estándar de derechos humanos[332] y condenó la arrogancia de los países occidentales y las organizaciones internacionales de derechos humanos cuando pretendían juzgar a quienes piensan distinto. Los gobiernos posteriores del Perú han manifestado de manera permanente su respeto por los derechos fundamentales.

También existen también magistrados peruanos que han asumido el relativismo cultural, señalando que los valores que expresan la Constitución y las leyes peruanas no son universales. Ellos inclusive sostienen que el cumplimiento de los derechos humanos no debe ser exigido a los mecanismos comunitarios. Ellos consideran que

[328] American Anthropologist, 48, n. 4, 1947, p. 543, citado por Slack, p. 473 (traducción nuestra).
[329] Pollis y Schwab, p. 1.
[330] Merry, p. 35.
[331] Donnelly, p. 99.
[332] Sus intervenciones contradecían toda su anterior producción intelectual, que consideraba fundamental reconocer la existencia de derechos humanos por todas las culturas. Sorprendentemente, para un hombre de ascendencia occidental, niega la existencia de los derechos humanos, considerando que pueden existir diversas formas de percibir aquello que los occidentales denominan de esta manera. "No creo en una verdad absoluta y para siempre, llámese derechos humanos o lo que fuera. Creo, más bien, en diferentes perspectivas desde las cuales es posible ver las cosas. Sin perjuicio de que, como he señalado, ciertas perspectivas me parezcan mejores que otras". (Revista Ideele, 117, p. 45).

las autoridades no deben intervenir, inclusive si mantienen delitos graves en la impunidad, porque se estaría ante una manifestación de paternalismo. En la posición más extrema, interpretan el artículo 18, inciso 3 del Código Procesal Penal para señalar que el Estado no debe intervenir en ningún delito donde estén involucrados campesinos o nativos, aunque la misma población lo solicite.

Estos magistrados desconocen que, en la práctica, la población indígena peruana se encuentra en permanente contacto con el Estado y el Derecho. Inclusive fenómenos como las comunidades nativas y las rondas campesinas surgen por decisiones estatales.

En los últimos años, algunas organizaciones indígenas en América Latina han adoptado un discurso relativista[333], como algunos dirigentes indígenas amazónicos y aymaras del Perú, que sostienen que el derecho consuetudinario debe ser respetado aunque vulnere los derechos humanos, por cuanto éstos expresan valores foráneos[334].

Frente a las posiciones relativistas, la Declaración aprobada por la Conferencia de Viena de 1993 ratificó explícitamente el carácter universal de los derechos humanos (art. 4). En muchos instrumentos internacionales aprobados por las Naciones Unidas, se insta también a modificar las prácticas culturales vulneratorias de los derechos humanos[335]. Igualmente, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo reconoce a las poblaciones indígenas la facultad para ejercer su derecho consuetudinario, pero respetando siempre los derechos fundamentales[336].

[333] Merry, p. 35.

[334] Inclusive, el brutal asesinato del alcalde de Ilave fue calificado por algunos dirigentes aymaras como parte de una práctica consuetudinaria que debería ser respetada, simplemente por eso, porque era aymara.

[335] Por ejemplo, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer efectivamente señala la necesidad de enfrentar los patrones socioculturales, los prejuicios y las prácticas consuetudinarias que parten de la concepción de la mujer como inferior (Artículo 5, b.) El Plan de Acción de la Conferencia de Beijing fue también sumamente tajante en cuanto a la relación entre cultura y violencia hacia la mujer. Por ejemplo, en el párrafo 119 se manifiesta la vinculación entre la violencia hacia la mujer y las concepciones culturales que la justifican.

[336] Artículos 8.2 y 9.1.

A pesar de ello, ni la Conferencia de Viena ni los instrumentos internacionales resolvieron la discusión sobre cómo alcanzar un satisfactorio cumplimiento de los derechos humanos "universales" en sociedades donde existen tradiciones diferentes. Para solucionar este impasse, en los siguientes capítulos propondremos una distinción dentro del concepto de universalidad, señalando que se atribuye a tres situaciones diferentes: origen, validez y ejecución.

Origen universal u occidental

Algunos autores sostienen que en todas las culturas y sociedades podemos encontrar criterios mínimos referidos a los más importantes derechos humanos, como el respeto a la vida, la integridad física y la dignidad humana[337]. Sin embargo, un análisis empírico mas bien muestra el resultado contrario[338].

El derecho a la vida

A pesar que el derecho a la vida es normalmente considerado el más importante de los derechos humanos, no existe sobre él consenso a nivel universal. Ni siquiera hay acuerdo sobre en qué momento comienza o termina el derecho a la vida, lo cual se manifiesta en las polémicas sobre el aborto y la eutanasia. Además, sociedades tan distintas como los Estados Unidos, Japón, Cuba y Arabia Saudita permiten que se ejecute a una persona. Esta ausencia de consenso sobre el derecho a la vida dentro de las culturas amazónicas tradicionales del Perú, puesto que se admitía la muerte de personas en diversas circunstancias[339]. En primer lugar, mediante el infanticidio selectivo los padres daban muerte a los recién nacidos que tenían alguna discapacidad, porque probablemente no iban a sobrevivir y resultaba inútil que el grupo destinara a ellos sus escasos recursos[340]. Razones similares explican

[337] Merry, p. 34. Véase por ejemplo el trabajo de Renteln y especialmente Pollis y Schwab, p. 15.

[338] Donnelly realiza un detallado análisis en 2003, pp. 72-84 respecto la inexistencia de la noción de derechos humanos en las culturas mencionadas.

[339] Existen informes respecto a muertes de personas en la región aymara con fines rituales, pero no han sido confirmados.

[340] La disponibilidad de recursos naturales era sumamente escasa debido a la pobreza del suelo, pese a su apariencia exuberante. Hasta hace relativamente poco tiempo, sólo pequeños grupos de familias podían sobrevivir y se hacía necesaria la participación de todos sus miembros para obtener recursos.

la eliminación de mellizos y también de quienes se incorporaban a una familia numerosa. Otra medida para evitar que el grupo se extendiera excesivamente era el infanticidio femenino.

Otros casos de homicidio que se justificaban entre los indígenas amazónicos se relacionaban a la creencia de que las muertes repentinas se debían a la intención maligna de una tercera persona, que había empleado medios sobrenaturales. Ellos consideraban que la persona responsable de esta muerte, a quien en castellano denominaríamos "brujo", debía también morir, para así reponer el equilibrio que se había quebrado con el primer homicidio. Ante la ausencia de una autoridad judicial, la responsabilidad de matar al brujo estaba en los familiares de la supuesta víctima.

En algunos grupos nativos, se mataba a los niños pequeños, como si fueran pequeños brujos. En la actualidad, existiendo una mayor presencia del Estado que podría implicar un proceso por homicidio, todavía es factible que los padres del pequeño brujo prefieran no alimentarlo, para generar su muerte paulatinamente. En cuanto a los homicidios de brujos adultos todavía se producen[341].

El derecho a la integridad física

El derecho del individuo a no sufrir maltratos físicos tiene también una aceptación relativamente reciente en los países occidentales, pues dichos castigos físicos estaban presentes hasta hace poco tiempo en cárceles, internados y cuarteles.

En el caso de las culturas andinas del Perú, todavía la integridad física no es considerada un derecho absoluto. En algunas comunidades andinas se admite golpear a una persona en periódicas actividades de diversión o competencia, empleando látigos o piedras. Los participantes saben que, en caso de lesiones graves, no se procesará a los culpables. Aún se acostumbra en las zonas rurales del Cusco azotar a los niños pequeños durante la

[341] A mediados del año pasado, una anciana perteneciente al grupo asháninka fue quemada viva por un grupo de indígenas, incluido el jefe de la comunidad. En marzo fue asesinada otra mujer por un grupo de ronderos de La Libertad, que no eran indígenas, pero que sí creían en la brujería.

madrugada del Viernes Santo con el argumento que así ayudan a cargar con los sufrimientos de Jesús[342].

Está muy extendida la percepción que una persona, niño o adulto, puede merecer ser golpeada, si ha cometido una falta o ha desobedecido a la autoridad. Por lo tanto, aún es aceptado que los padres puedan golpear a los hijos, los maestros a los alumnos, los maridos a las mujeres, los padrinos a los esposos conflictivos. De igual manera, se acepta que las autoridades comunales o las rondas campesinas dispongan un castigo físico para un abigeo o un adúltero[343]. Los mismos Jueces de Paz de las zonas andinas tenían esta mentalidad[344].

El Derecho a la Igualdad

Con frecuencia se asume que las culturas indígenas son igualitarias y armónicas, ignorándose que pueden ser sumamente jerarquizadas[345] y muchas prácticas culturales permiten mantener esta situación de dominación, en especial convenciendo a los subordinados de su inferioridad[346]. La supuesta armonía puede ser mas bien una situación de dominación que los integrantes más débiles no están en condición de modificar.

[342] Los azotes a los niños eran practicados antes en toda la Sierra sur. "Nos daban también achicoria, porque era amarga", refiere un magistrado de Ayacucho. Otro recuerda que esa madrugada, en todo Huamanga se escuchaban los gritos de los niños azotados por sus padres o por algunos sirvientes.

[343] Sería un error asumir que la existencia de los castigos físicos puede explicarse porque los integrantes de estas culturas resisten mejor el sufrimiento o el dolor físico que las personas occidentales. Como en toda sociedad, indígenas y campesinos pueden verse afectados en su estabilidad física, emocional o psicológica.

[344] Los cursos de capacitación con Jueces de Paz que nosotros impartimos entre 1997 y 2004 permitían apreciar esta mentalidad que se trataba de una mentalidad muy arraigada. Un joven Juez de Paz de Ayacucho nos señaló: "Si no es por castigo físico, las personas no se corrigen". Algunos Jueces de Paz eran inclusive tolerantes frente a la violencia familiar: "Está científicamente probado que esos hechos hacen bien al matrimonio", señalaba un anciano Juez de Paz de Apurímac.

[345] Algunos grupos tienen diversas palabras para el acto de comer, según la posición jerárquica de la persona. Para los individuos considerados inferiores, se usa la misma palabra que cuando comen los animales (Mantovani, p.8).

[346] Edgerton, p. 102.

Esto es lo que sucede con las mujeres en diversos pueblos indígenas de América Latina[347], donde todavía se les considera destinadas a servir a los varones, quienes también deciden a cuál van a desposar sin reconocerles a ellas ninguna posibilidad de opinión. En las zonas rurales del Perú, la visión subordinada de la mujer se manifiesta también en la tolerancia de las autoridades comunales frente a la violencia familiar, de la cual ella misma es considerada responsable por su "desobediencia".

La subordinación de la mujer se expresa también en los casos de violación, en que muchas veces la agraviada no es ella misma, sino sus padres o su esposo, quienes son los que negocian una reparación con el agresor o su familia.

De acuerdo a las circunstancias, otras personas que se encuentran en esta situación de subordinación o pérdida de derechos pueden ser las personas solteras o infértiles, las parejas sin hijos o los hijos sin padres. Para todos ellos las redes comunitarias se vuelven más difíciles de cumplir[348]. Otra demostración de la ausencia del concepto de igualdad es la condición de los foráneos. Entre los indígenas amazónicos, las palabras que cada pueblo emplea para autodenominarse normalmente equivalen a "seres humanos" o "personas"[349]. En algunos casos, palabras para enemigo y foráneo suelen ser equivalentes. Por ello tradicionalmente, quienes no pertenecían al grupo eran personas sin derechos, que tradicionalmente podían ser asesinados[350]. La mejor forma de obtener respeto y honor era a través de estas actividades bélicas,

[347] Entre los q'eqchi's de Guatemala, la mayoría de las mujeres q'eqchi'es se encuentra segregada y no tiene ni siquiera la confianza para hablar con los varones, aún sean sus padres, hermanos y esposos, a los que inclusive tienen temor de mirar, debido a una mezcla de temor, subordinación y baja autoestima (Sub., p. 19-20).

[348] En una comunidad campesina, una pareja de ancianos se encuentra en situación de abandono, puesto que al no tener hijos, no pueden participar en el ayni o mecanismo de reciprocidad que asegura que normalmente cada familia pueda sembrar y cosechar con el apoyo de los vecinos (testimonio personal).

[349] Sebreli, p. 56 y Donnelly, p. 91 dan algunos ejemplos para grupos indígenas de diversos lugares del mundo.

[350] Benedict, 127. En un interesante análisis, ella sostiene también que esta misma percepción la desarrolló una sociedad considerada muy evolucionada como la Alemania nazi, p. 27.

matando tantos enemigos como fuera posible y raptando a las mujeres.

La justicia

En muchas culturas tradicionales, se considera que una persona merece una sanción aunque no haya tenido dolo o intención de hacer daño, especialmente cuando ha violado un tabú o faltado a un ritual.

Igualmente, no siempre está desarrollada la noción de responsabilidad individual, pudiendo ser sancionados los familiares del autor de un daño, aunque no hayan tenido mayor influencia en ello.

El rol del individuo en las sociedades no occidentales

En muchas otras sociedades, se han desarrollado concepciones sobre el valor de las personas alejadas del concepto de un ser humano autónomo, sujeto de derechos exigibles ante el Estado y la sociedad. Por ejemplo, las culturas antiguas, desde Grecia y Roma hasta el Tawantinsuyo, no consideraban derechos individuales para todos, sino ciertos privilegios para un pequeño sector de la sociedad. Ni siquiera religiones como el Cristianismo enfatizaban un concepto de "derechos", sino las obligaciones de los creyentes hacia los demás[351]. La esencia de los derechos humanos es la posibilidad del individuo de exigir el respeto de sus derechos, lo cual contradice una visión de la sociedad que enfatiza las obligaciones del individuo respecto al grupo.

Por ello no es verosímil considerar que los derechos humanos ya existían en las culturas no occidentales como tampoco existían en la cultura occidental[352]. Esta concepción no es un derivado automático de la conciencia humana, sino que corresponde a un momento específico de las sociedades occidentales, tras una serie de fenómenos, como el Humanismo, el Renacimiento, y el

[351] En esa lógica, mientras se discutía la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Gandhi sostuvo más bien la importancia de ser conscientes de las obligaciones del individuo, antes que de enfatizar sus derechos.
[352] Donnelly, 2003, pp. 78-9.

surgimiento del capitalismo, a todo lo cual se añade el apogeo del absolutismo europeo, cuando todos los poderes estaban concentrados en el monarca, pero comenzaba a desarrollarse la consciencia individual.

De esta manera, los individuos se convertían cada vez en más frágiles frente a un poder central y con el surgimiento de la Reforma Protestante ya no existía una sola noción de obligaciones morales. Por ello, se desarrolla la necesidad de normas mínimas a ser respetadas por todos, inclusive por las autoridades, para garantizar la convivencia humana y los derechos de los individuos. Así surge esta noción de derechos humanos que luego se va consolidando y modificando frente a los abusos que generaba la Revolución Industrial.

Si los derechos humanos surgen en un momento particular de la cultura occidental, ¿quiere decir que carecen de la posibilidad de beneficiar a los integrantes de otras culturas? Este punto merece una discusión especial.

La validez universal

Los derechos humanos como satisfacción de necesidades fundamentales

Los derechos humanos tienen validez para los individuos de todas las sociedades porque mediante ellos se logra que determinadas necesidades fundamentales se puedan garantizar[353].

Es verdad que hay concepciones religiosas que promueven el respeto de ciertos valores o que la reciprocidad al interior de una comunidad puede ayudar a que los ciudadanos satisfagan sus necesidades. Sin embargo, las migraciones y la urbanización han generado un debilitamiento gradual de las pequeñas comunidades. Las crecientes ciudades congregan a personas provenientes de diversas culturas, que pueden tener valores muy diferentes[354].

[353] Donnelly, 1982, p. 312.

[354] "No quisiera vivir en Lima", señala un joven chofer puneño ", porque quienes son como yo allí se convierten en delincuentes, borrachos o drogadictos y no quiero que me pase eso. Se aprecia entonces que fuera de los controles locales, muchos individuos se sienten frágiles (véase Mantovani, p.31).

Además, la complejidad se incrementa por la pluralidad religiosa, que elimina la existencia de referentes únicos en las zonas rurales.

Los cambios culturales se hacen visibles aún en los grupos indígenas amazónicos como se aprecia por los cambios en la situación de las mujeres. Sus actividades tradicionales como la artesanía y la agricultura son reemplazadas por productos de fuera, sobre los cuales ellas no tienen ningún control. Ellas tienen menos acceso a educación y a un trabajo remunerado, con lo cual su dependencia se ha incrementado. En algunos casos, las niñas enviadas a las nuevas escuelas sufren violaciones por parte de profesores, nativos o mestizos, que permanecen en la impunidad. Los padres prefieren entonces que sus hijas no estudien generándose un círculo vicioso.

En realidad, cuando un sector de la población vive en condición de desigualdad, las mismas medidas pensadas para mejorar su condición, como la educación obligatoria, pueden terminar perjudicándolo, si no se toman los correctivos adecuados. En este contexto, la situación de la mujer ha empeorado con esta occidentalización incipiente, por lo que la única forma de reforzar su posición es apelando a derechos fundamentales, aunque tengan un origen ajeno a la cultura tradicional.

Vivimos un tiempo en que se incrementan las posibilidades de los Estados para intervenir en la vida de los individuos[355] a través de instrumentos tecnológicos, administrativos y jurídicos sin precedentes[356]. En este contexto, los derechos humanos son la única posibilidad de proteger al individuo de los posibles abusos y no pueden restringirse al sector occidental de la población.

Los derechos humanos son normas racionales elaboradas en Occidente, pero que deben ser válidos para proteger a todos los individuos[357]. Son la única forma de proporcionar las prerrogativas que las culturas más tradicionales dan a algunos de sus integrantes y el resultado lógico del tránsito de una sociedad de status a una sociedad de ciudadanos.

[355] Dembour, p. 59.
[356] Donnelly, 2003, p. 92.
[357] Bidney, 1953, p. 694.

El origen externo de los derechos humanos no quita para nada su validez para la población indígena. De hecho, la mayoría de sociedades ha logrado avanzar significativamente a través de elementos externos[358]. Rechazar los derechos humanos debido a su origen occidental implicaría rechazar aportes tecnológicos como la electricidad, la computación o el agua potable[359].

Es verdad que la cultura es un derecho humano fundamental, pero no podemos tener una visión esencialista de los pueblos indígenas, considerándolos inmutables[360]. Debemos reconocer las múltiples influencias que tienen las culturas entre sí, frente a las cuales resultaría contradictorio plantear que los derechos humanos sean el único elemento occidental que las otras culturas no deben incorporar.

La cultura no debe ser percibida como alejada de la idea de cambio. Así como la cultura occidental ha realizado cambios muy visibles en la situación de la mujer y los niños, el respeto por el derecho a la vida o la integridad física, también muchas culturas tradicionales han cambiado. Los mismos indígenas señalan que "ya no hacen eso" al referirse a determinadas prácticas que asocian a tiempos peores como la cliterectomía o la poligamia practicadas por diversos grupos amazónicos. En muchos lugares del mundo han ido desapareciendo los castigos físicos a los niños, las iniciaciones dolorosas a los adolescentes de ambos sexos, el canibalismo, la selección de pareja a cargo de los padres, la esclavitud o servidumbre.

De otro lado, el solo hecho que una práctica cultural exista no quiere decir que sea buena o útil. Tampoco quiere decir que genere beneficios a quienes la ejecutan. Algunos fenómenos culturales son disfuncionales o autodestructivos, como el alcoholismo en las

[358] Donnelly, 2003, p. 63.

[359] Existen algunos antropólogos fundamentalistas que rechazan todo ello, pretendiendo que la población estudiada permanezca como una pieza de museo. Sin embargo, normalmente son los mismos pueblos indígenas quienes buscan incorporar aquellos elementos foráneos que sienten les serán más útiles.

[360] Cowen et al, p.3.

poblaciones indígenas[361], al punto que muchas personas pueden ser infelices, atrapados en su cultura[362]. Si esto no ocurre a todos sus integrantes, al menos puede ocurrir a los más débiles o vulnerables.[363]

Debemos señalar que también existen grupos de antropólogos que han aceptado esta concepción de cultura dinámica:

"Las personas y los grupos tienen un derecho genérico a desarrollar su capacidad para la cultura y producir, reproducir y cambiar las formas y condiciones de su existencia física, personal y social, en tanto dichas actividades no impliquen afectar la misma capacidad en otras personas (...)"[364]

La misma AAA rectificó sus posiciones anteriores, como se aprecia en su mensaje por los cincuenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

> "Desde hace tiempo la AAA ha estado, y debe seguir estándolo, preocupada cada vez que las diferencias entre los seres humanos se convierte en la base para la negación de los derechos humanos fundamentales, entendiendo por "humanos" en toda la amplitud de significados culturales, sociales, lingüísticos, psicológicos y biológicos"[365].

[361] Edgerton, p. 144. Probablemente en muchos lugares fue introducido como mecanismo para neutralizar a las poblaciones indígenas. Sin embargo, con frecuencia es percibido como "parte de la cultura" y lleva por lo tanto a serios problemas como la violencia, la delincuencia y las dificultades para el ahorro. En ocasiones, se pueden asumir a sabiendas conductas perjudiciales, porque satisfacen necesidades secundarias. Algunas poblaciones muy pobres de la sierra peruana gastan grandes cantidades de dinero en ostentosas fiestas patronales. El estilo de vida de los países desarrollados y a veces de los que desean serlo pueden terminar generando el cambio climático.

[362] Goldschmidt, p. 138.

[363] Edgerton describe el problema de la maladaptation, es decir la preservación de prácticas culturales dañinas para la supervivencia de una sociedad, como disminuir o dificultar la supervivencia de niños y mujeres, abstenerse de consumir recursos vitales por motivaciones rituales, engarzarse en guerras o conflictos violentos de manera permanente, explotar a un sector de la población Edgerton, p. 187.

[364] Merry, p. 39

[365] Citado por Merry, p. 39, traducción nuestra.

Logrando el cumplimiento de los derechos humanos

Una aproximación a los derechos humanos que reconozca la pluriculturalidad de una sociedad no puede plantear un necesario cumplimiento automático, sino promover que paulatinamente, los derechos humanos sean respetados.

Mientras tanto, es verdad que una persona no puede ser juzgada o sancionada si comete una infracción legal en base a sus propios patrones culturales. Esto es lo que tenemos en el derecho penal peruano bajo la forma del error de comprensión culturalmente condicionado (art. 15 del Código Penal). Esta limitación de responsabilidad no impide al Estado o a la comunidad internacional hacer explícita su posición cuando se vulneran los derechos de la persona.

Por lo tanto, habiendo concluido que los derechos humanos permiten satisfacer las necesidades fundamentales que tienen los integrantes de los pueblos indígenas frente al Estado y frente a sus propios mecanismos de administración de justicia, queda la pregunta sobre cómo se puede viabilizar dicho cumplimiento.

Se debe examinar las diferentes posibilidades, sin el temor de caer en el etnocentrismo al pretender imponer normas universales de derechos humanos, porque el verdadero etnocentrismo sería asumir que las únicas personas privilegiadas que pueden disfrutar de los derechos humanos son los occidentales. Sería peligroso un planteamiento que busque limitar la expansión de los derechos humanos asumiendo que a los indígenas no es necesario protegerles de los abusos y privaciones de sus derechos[366]. En estos casos, el relativismo cultural tiene consecuencias contrarias a las mismas personas cuya identidad cultural pretende defender.

Al respecto, mostraremos que existen diversas alternativas, que se están aplicando en diversos países latinoamericanos.

Establecimiento de límites irrestrictos

Todos los países latinoamericanos que han reconocido el pluralismo

[366] Dembour, p. 65.

jurídico en sus constituciones y leyes establecen como límite para la administración de justicia indígena el respeto por los derechos humanos, lo que también señalan los convenios internacionales. Sin embargo, es posible que existan dudas sobre cuáles derechos pueden ser restringidos, tomando en cuenta que el propio Estado lo hace cuando detienen o multa a los ciudadanos.

Algunos Estados han decidido enumerar qué conductas no deben llevarse a cabo. Ha sido el caso del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema sobre las rondas campesinas, que específicamente prohíbe los castigos físicos, las amenazas o la violación del derecho a la defensa[367].

Por su parte, la opción de la Corte Constitucional de Colombia ha sido establecer los límites mínimos que deben respetar las autoridades comunales, dentro de una posición recurrente de los magistrados colombianos que buscan maximizar la autonomía de los pueblos indígenas[368], es decir, asumir como principio fundamental su autonomía y restringirla solamente en los casos más excepcionales. En el año 1996, la Corte señaló que los indígenas pueden aplicar cualquier sanción, salvo la pena de muerte, la tortura y la esclavitud[369]. Por lo tanto, los únicos derechos que los indígenas están obligados a respetar son la vida, la integridad física y la libertad personal, en cuanto al derecho a no ser esclavizado. Para la Corte, no puede obligarse a los indígenas a respetar otros derechos como la libertad de religión, el derecho de propiedad o la libertad de movimiento[370]. De igual manera, se admiten penas de prisión mucho más elevadas que las que prevé el Código Penal colombiano, las mismas que se cumplen en cárceles estatales[371].

Aún más discutible ha sido la tolerancia de la Corte colombiana con prácticas culturales muy violentas, como los azotes o el cepo, asumiéndose que no dañan la integridad física y que tienen un rol

[367] Numeral 12.
[368] Sentencia T-349-96, acápite 2.2.
[369] Sentencia 349-96, sección 2.3.
[370] Sentencia SU-510-98, párrafo 59.
[371] Sentencia T-1294-05, sección 4.5.

purificador[372]. En otras polémicas sentencias, la Corte puso en riesgo la vida de menores de edad, al disponer que dos mellizos recién nacidos debían ser entregados al pueblo uwa, pese a que éste tenía como tradición matar a los mellizos[373].

Con el paso de los años, la Corte ha ampliado los derechos que se considera que deben ser respetados. Ha prohibido la sanción de expulsión de la comunidad y ha planteado que se respete el derecho a la defensa, lo cual implica de manera indirecta que se respete la presunción de inocencia, pero en general la Corte mantiene una visión esencialista y homogénea de las culturas originarias, sin considerar que dentro de un mismo pueblo indígena, existen conflictos y tensiones, así como diferentes percepciones sobre los derechos humanos y sobre el propio grupo.

Priorizar la condición de los más vulnerables

Al reconocer la facultad de los pueblos indígenas de administrar justicia, la reciente reforma a la Constitución de México ha precisado, además, que, entre los derechos humanos, deben reconocerse los derechos de las mujeres[374]. La Constitución del Ecuador del año 2009, recoge este punto, señalando también la obligación de respetar los derechos de niños, niñas y adolescentes[375]. Más adelante, esta misma Constitución señala que en la propia administración de justicia indígena, debe garantizarse la participación de las mujeres[376].

Creemos que la preocupación por garantizar que no queden impunes hechos de violencia hacia las mujeres, los niños y los adolescentes es el criterio que ha llevado en algunos países a que se retire por completo a los indígenas la competencia de aquellos delitos donde éstos sean los agraviados. Sin embargo, en este último caso el peligro es que la falta de acceso a la justicia estatal

[372] Sobre el cepo véase párrafo 2.4.1.2. de sentencia T-349-96. Sobre los azotes, véase párrafo 3.3.3. de sentencia T-523-97.
[373] Sentencia T-444-02.
[374] Artículo 2, II de la Constitución de México
[375] Artículo 57, inciso 10 de la Constitución del Ecuador.
[376] Artículo 171.

precisamente de dichos sectores vulnerables, termine manteniendo muchos de estos casos en la impunidad.

Deslinde de competencias

Desde hace mucho tiempo, antes que se planteara la noción de derechos humanos, el reconocimiento de la facultad de los pueblos indígenas de administrar justicia ha tenido como restricción evitar que puedan juzgar crímenes muy graves, que se reservan a las autoridades estatales. Se ha buscado de esta manera evitar que se puedan producir errores o arbitrariedades en la aplicación de las penas más severas.

Esta restricción se dispuso por el régimen español en América Latina, a través de las Leyes de Indias[377] y también ocurrió durante la colonización inglesa en Asia y África. En los Estados Unidos, en 1885 se promulgó la Ley de Crímenes Graves (Major Crimes Act), que coloca en competencia del Estado los delitos de homicidio, violación, asalto, incendio intencional, hurto y robo. Puede apreciarse que en este país inclusive afectaciones al derecho de propiedad son de competencia de las autoridades estatales.

En tiempos más recientes, la Ley Orgánica sobre Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela del año 2005, dispuso que se encuentran fuera de la competencia de los pueblos indígenas los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico ilícito de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión[378].

[377] Libro VI, Título VII, Ley xiii. Que declara la jurisdicción de los caciques. La jurisdicción criminal, que los caciques han de tener en los Indios de sus Pueblos, no se ha de entender en causas criminales, en q hubiera pena de muerte, mutilación de miembro u otro castigo atroz, quedando siempre reservada para Nos, y nuestras Audiencias, y Governadores la jurisdicción suprema, assi en lo civil, como en lo criminal, y el hacer justicia, donde ellos no la hizieren. (Leyes de Indias).

[378] Artículo 133.3

En el año 2010, Bolivia promulgó la Ley de Deslinde Jurisdiccional donde se establece exactamente las mismas restricciones para la jurisdicción indígena que aparecen en la norma venezolana señalando además, que la jurisdicción indígena no es competente para casos de homicidio, violación, violencia contra niños y adolescentes, derecho laboral, derecho minero y derecho civil cuando la contraparte sea el Estado[379].

En México, el Código Procesal Penal de Oaxaca excluye de la jurisdicción indígena los casos de homicidio, violación, violencia familiar, delitos contra menores de doce años, delitos agravados con resultado de muerte y asociación delictuosa[380].

En Nicaragua, la exclusión es más general, puesto que el Código Penal plantea que los indígenas solamente serán competentes para aquellos delitos cuyas sanciones no excedan a cinco años de prisión si fueran juzgados de acuerdo a la legislación estatal[381].

Nosotros creemos que, aunque algunas de estas restricciones se deben a una preocupación por la seguridad nacional, en la mayoría de casos es evidente que el Estado teme que queden impunes las violaciones de los derechos humanos, especialmente los de las mujeres, niños y adolescentes. Por ello es que se prohíbe específicamente la intervención en caso de violación (Estados Unidos, Bolivia, Oaxaca), violencia familiar (Bolivia y Oaxaca) o violencia contra niños y adolescentes (Bolivia y Oaxaca).

Por otro lado, la nueva Constitución de Bolivia y la reciente reforma a la Constitución de México no sólo hacen referencia al respeto a los derechos humanos, sino a las garantías individuales. Creemos que estas precisiones buscan proteger a los ciudadanos de la arbitrariedad, en el mismo sentido que la Corte Constitucional de Colombia y el Acuerdo Plenario del Perú plantean el derecho al debido proceso.

[379] Artículo 10, II.
[380] Artículo 414.
[381] Artículo 20.

Finalmente, otra forma de evitar que se afecten derechos fundamentales es restringir la competencia solamente a los integrantes de estos pueblos, como ocurre en Venezuela[382], Paraguay[383], Bolivia[384] y Nicaragua[385]. En el caso del Ecuador, la referencia que hace la Constitución a conflictos internos haría pensar que una comunidad solamente puede administrar justicia entre sus integrantes[386]. Se considera que de esta forma, se evita que una persona sea juzgada por criterios ajenos a su cultura. Sin embargo, este planteamiento implicaría debilitar a la justicia comunitaria frente a delitos que normalmente son cometidos por foráneos, como el abigeato.

Diálogo y acuerdos

Nuestra posición es que para promover el respeto por los derechos humanos y para realizar el deslinde en cuanto a la competencia de las autoridades indígenas y ronderas, es conveniente realizar numerosas actividades de diálogo que deben dirigirse a todos los integrantes de los grupos involucrados. No solamente los varones adultos, sino también los jóvenes y especialmente las mujeres, que deben ser incluidas de la manera más equitativa posible[387].

A nuestro entender, en el caso del Perú el diálogo no debe realizarse de manera general con todas las organizaciones que administran justicia, sino respetando las diferencias existentes entre las comunidades campesinas, las comunidades nativas y las rondas campesinas. De esta manera se puede lograr lo que An-naim denomina una legitimidad cultural para los derechos humanos[388]. Este esfuerzo implica esencialmente estar abierto al diálogo intercultural, evitando asumir que las otras concepciones

[382] Artículo 133.4

[383] Artículo 63 de la Constitución donde la voluntaria sujeción al derecho consuetudinario viene a ser parte del derecho a la identidad étnica de los indígenas.

[384] Artículo 9.

[385] Artículo 20.

[386] Artículo 171.

[387] Hay un precedente muy interesante en el Perú y es el proceso de diálogo para formar los alfabetos oficiales indígenas, en el que participan los diferentes sectores de la población.

[388] An-na'im, p. 431.

respecto a la vida y la dignidad humanas son bárbaras o primitivas.

De esta manera, podemos reconocer dentro de otras culturas la posibilidad de crear derechos, que pueden ser universales o tener una implicancia para un contexto cultural. No pretendemos que la cultura occidental pretenda decir a las demás lo que es bueno para ellos en todos los aspectos, pero sí que el más importante descubrimiento de la sociedad occidental, la importancia del individuo y sus derechos, son la herramienta más sólida para prevenir muchas agresiones contra la persona humana.

La revisión de las decisiones.
Las decisiones de una autoridad indígena no son infalibles. Por eso es importante garantizar mecanismos de revisión. Esto se ha establecido en Oaxaca y en Paraguay, donde la víctima o el imputado pueden acudir a la Justicia estatal si no están satisfechos con la decisión tomada. Es posible que esto sea una posibilidad para el condenado, pero siempre debería existir esta posibilidad para la víctima. Es posible plantear también que dentro del propio pueblo existan estas instancias, como ocurre dentro de las rondas campesinas.

Hay quienes sostienen que existe el peligro que se perciba una situación de subordinación de la justicia indígena a la justicia estatal. Nosotros consideramos que es una obligación del Estado garantizar derechos fundamentales.

Además, los mecanismos comunitarios de administración de justicia en el Perú son en buena medida el resultado de normas estatales como la Ley de Reforma Agraria y la Ley de Comunidades Nativas. Por lo tanto, es responsabilidad del Estado intervenir para salvaguardar los derechos fundamentales de aquellos cuya vida ha sido modificada por estas situaciones.

Sanción de violaciones a los derechos humanos
No es viable que quien, en nombre de la jurisdicción indígena vulnera derechos fundamentales, azotando o golpeando a una persona sea juzgado por las mismas instancias que dispusieron esta sanción. Por ello, las violaciones a los derechos humanos

cometidas en aplicación de la justicia comunitaria deben ser procesadas y sancionadas por las autoridades estatales.

Así lo establece la Ley de Deslinde Boliviana en lo referente a la pena de muerte[389], y también lo señala el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema del Perú, en general sobre las violaciones a los derechos humanos[390].

Reforma del propio sistema estatal.
Teóricamente, si el sistema estatal es más cercano para la población rural, es posible que los mecanismos comunitarios ya no sean necesarios o, en todo caso, que los ciudadanos de las zonas rurales tendrían una alternativa eficaz y cercana para resolver sus conflictos. Por ello es fundamental tomar en cuenta el acceso a la justicia como una prioridad de las autoridades estatales, enfrentando las barreras lingüística, económica, geográfica, cultural. Es urgente enfrentar las barreras burocráticas que las propias autoridades han impuesto como la exigencia de contar con DNI actualizado para ser atendido o el pago de los aranceles.

A esto se añade potenciar la labor de los Jueces de Paz quienes, al ser simultáneamente parte de la comunidad y del Poder Judicial, pueden promover directamente el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Consideraciones finales
El carácter occidental del origen de los derechos humanos, no les quita a estos su validez para otras personas, en cuanto permiten la satisfacción de necesidades humanas fundamentales, tomando en cuenta la posibilidad subjetiva de exigencia a cargo del individuo.

El desarrollo del Estado y de la economía de mercado lleva a una mayor fragilidad del individuo, ante lo cual la vigencia de los derechos humanos se convierte en un imperativo, especialmente los más vulnerables. Los derechos humanos son una garantía para todos los ciudadanos y deben tener vigencia en todo el territorio

[389] Artículo 6.
[390] Párrafo 12.

nacional, no solamente para los no indígenas.

Aunque la plena vigencia de los derechos humanos en las culturas tradicionales no es un proceso automático. Para lograrla es importante promover el diálogo intercultural, reconociendo que la mayoría de culturas no son totalmente homogéneas[391]. En realidad, las personas no están tan determinadas por su cultura como pretende el pensamiento relativista y muchas veces la intervención de un agente externo como el Estado puede ser muy bien recibida por una parte importante de la población, como ocurre con las mujeres.

De esta manera, el derecho a la cultura debe ejercerse de manera conjunta con los demás derechos humanos, sin que implique una autorización para vulnerarlos. Por eso, la cultura debe ser entendida como un producto histórico. Debe tenerse cuidado cuando la insistencia en un "derecho a la cultura" puede terminar implicando una visión estática, homogénea y tradicional de la misma[392].

El reconocimiento de la facultad de administrar justicia de las autoridades comunales o ronderas de ninguna manera debe implicar que el Poder Judicial o el Ministerio Público dejen de asumir su responsabilidad para promover los derechos humanos de todos los peruanos, especialmente de los más vulnerables. Por ello, tampoco puede plantearse que los mecanismos comunitarios enfrenten de problemas para los cuales no fueron creados, como delitos graves o complejos. Actualmente, delitos como narcotráfico, terrorismo o contrabando son juzgados solamente por la justicia estatal, como también ocurre con el homicidio doloso. Es importante llegar a un diálogo sobre temas como violación o violencia familiar, pero mal haría el Estado en plantear que determinados delitos son de su competencia si al mismo tiempo establece tales barreras que es imposible el acceso a la justicia de las víctimas.

[391] Dembour, p. 59
[392] Merry, p. 41; Samson, p. 228.

Por su parte, los mecanismos comunitarios deberán en todo momento respetar el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la justicia y a la defensa de las personas que procesen, así como las prácticas discriminatorias por cualquier razón, especialmente sexo, edad, lugar de origen, edad u orientación sexual. Las particularidades culturales no deben ser una justificación para la violación de los derechos humanos, sino el espacio concreto en el cual estos derechos deben encarnarse y afianzarse.

En los casos en que la víctima o el imputado no están de acuerdo con la forma cómo uno de los mecanismos comunitarios ha sancionado un delito, se debe permitir la posibilidad de acudir a la justicia estatal.

El criterio de fondo debe ser la atención a los ciudadanos más vulnerables, especialmente las mujeres de las zonas rurales. Su derecho a la justicia debe ser una prioridad tanto para la justicia comunitaria como para las autoridades estatales. No deben estas últimas confundir la necesidad de imparcialidad con una errónea neutralidad frente a las demandas de las víctimas de violencia y abuso.

Bibliografía

An-na'im, Abdullahi.
(1991). Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus. Filadelfia: University of Philadelphia Press.

Ardito, Wilfredo.
(1994). "¿Son los Derechos Humanos un concepto universal?" Lima: Desfaçiendo Entuertos Número 3-4.

(1997) The right to Self-Regulation: Legal Pluralism and Human Rights in Peru. En Journal of Legal Pluralism. Londres, No. 39.
(1999) Cambios y Perspectivas dentro del Derecho Consuetudinario Q'eqchi'. En Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal. Año 4, número 4. Buenos Aires.

(2000) El Rol del Individuo en la Sociedad Japonesa y sus Implicancias para el Pluralismo Jurídico Peruano. En Derecho y Sociedad, año XI, número 14. Lima.

(2006) ¿Cómo entender los Derechos Culturales? Cuestión de Estado, número 39. Revista especializada en temas políticos. Lima.

(2011) La Promoción del Acceso a la Justicia en las Zonas Rurales. Poder Judicial. Lima.

Baudet, Henry.
(1965) Paradise on Earth. Yale University Press.

Benedict, Ruth.
(1961) Patterns of Culture. Boston: Houghton Mifflin.

(1987) Raza: Ciencia y Política. México, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición.

Boas, Franz
(1965) The Mind of Primitive Man. Nueva York, The Free Press.

Brandt, Hans-Jürgen.
(1987) Justicia Popular. Nativos y Campesinos. Lima: Fundación Friedrich Neumann and Centro de Investigacioned Judiciales de la Corte Suprema.

Brandt, Hans-Jürgen y Rocío FRANCO (compiladores).
(2006) Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El Tratamiento de Conflictos. Un Estudio de Actas en 133 Comunidades. Lima: Instituto de Defensa Legal.

(2007) Normas, Valores y Procedimientos en la Justicia Comunitaria. Estudio Cualitativo en Comunidades Campesinas de Ecuador y Perú. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Cowan, Jane K.; Dembour, Marie-Benedict y Wilson, RICHARD A.

(2002) Culture and Rights, Antropological Perspectives. Editores Cambridge, Cambridge University Press, 2ª edición.

Dascal, Marcelo.
(1991) Cultural Relativism and Philosophy. North and Latin American Perspectives. Leiden: E. J. Brill.

Dembour, Marie-Benedicte.
(2002) Following the movement of a pendulum: between universalism and relativism. En Culture and Rights, Antropological Perspectives, editado por Jane K. Cowan, Marie-Benedict Dembour yRichard A. Wilson. Cambridge, Cambridge University Press, 2ª edición, pp. 56-79.

Donnelly, Jack.
(1982)Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions. En American Political Sciences Review, 76. pp. 303-16.

(1984) Cultural Relativism and Human Rights, En Human Rights Quarterly, 6, pp. 400-419.

(2003) Universal Human Rights in Theory & Practice. Cornell University Press. Ithaca, (2ª edición).

Donoho, Douglas Lee.
(1991) Relativism Versus Universalism in Human Rights: The Search for Meaningful Standards. En Stanford Journal of International Law, 27, pp. 355-391.

Edgerton, Robert B.
(1992) Sick Societies. Challenging the Myth of Primitive Harmony. Nueva York, The Free Press.

Eriksen, Thomas Hylland.
(2002) Between universalism and relativism: a critique of the UNESCO concept of culture. En Culture and Rights, Antropological Perspectives, editado por Jane K. Cowan, Marie-Benedict Dembour yRichard A. Wilson. Cambridge, Cambridge

University Press, 2ª edición, pp. 127-148.

Escribens, Paula, Diana PORTAL, Silvia RUIZ y Tesania VELASQUEZ.
(2008) Reconociendo Otros Saberes. Salud mental comunitaria, justicia y reparación. Lima: Demus.

Falk, Richard.
(1991) Cultural Foundations for the International Protection of Human Rights. En Human Rights in Cross-Cultural Perspectives (Ed. An-Ana'im, Abdullahi).

Franco, Rocío y María Alejandra GONZALEZ.
(2009) Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: Víctimas, Sujetos y Actores. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Goldschmidt, Walter.
(1966) Comparative Funcionalism. An Essay in Anthropological Theory.

Heise, Maria: TUBINO, Fidel; ARDITO, Wilfredo.
(1992) El Desafio de la Interculturalidad. CAAAP, Lima.

Herskovits, Melville.
(1972) Cultural Relativism. Perspectives in Cultural Pluralism. Nueva York: Random House.

Howard, Rhoda.
(1984) Evaluating Human Rights in Africa. Some Problems of Implicit Comparisons. En Human Rights Quarterly, 6, pp. 160-179.

(1991) Dignity, Community and Human Rights. En Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. Ed. An-Ana'im, Abdullahi.

Khushalani, Y.
(1987) Human rights in Asia and Africa En Third World Attitudes towards International Law

Kroeber, Alfred Louis.
(1965) Cultura y Sociedad. Buenos Aires, Libros básicos.

Malinowski, Bronislaw.
(1991) Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje. Barcelona, Ariel.

Mantovani, Giuseppe.
(2009) Exploring Borders. Understanding culture and psychology. Londres, Routledge.

Merry, Sally Engle.
(2002) Changing Rights, changing culture. En Culture and Rights, Antropological Perspectives, editado por Jane K. Cowan, Marie-Benedict Dembour yRichard A. Wilson. Cambridge, Cambridge University Press, 2ª edición, pp. 31-55.

Nader, Laura.
(1991) Harmony Ideology. Justice and Control in a Zapotec Mountain Village. Stanford University Press.

Paredes, Susel.
(2005) Invisibles entre sus Arboles Derechos Humanos de las Mujeres Indígenas Amazónicas en
el Perú: el Caso de las Aguarunas, Asháninkas y Shipibas. Lima, Flora Tristán.

Pagels, Eliane.
(1979) The roots and origins of Human Rights, En Human Dignity, the Internalization of Human Rights. Nueva York: Aspen Institute for Humanistic Studies.

Peña, Antonio.
(1998) Justicia comunal en los Andes del Perú. El caso de Calahuyo. Lima, PUCP.

(2005-2006) Communitarian law and justice based on people's identity: the aymara experience (law, justice, community and identity in poly-ethnic countries). Lovaina.

Pollis, A & Schwab.
(1979) Human Rights, a Western Approach with Limited Applicability. En Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives. New York: Praeger.
Renteln, Alison.
(1990) International Human Rights: Universalism versus relativism Newbury Park, California: Saga Publications.

(1985) The Unanswered Challenged of relativism and the consequences for human rights. En Human Rights Quarterly, 7 , pp. 514-540.

Samson, Colin.
(2002) Rights as the reward for simulated cultural sameness: the Innu in the Canadian colonial context. En Culture and Rights, Antropological Perspectives, editado por Jane K. Cowan, Marie-Benedict Dembour yRichard A. Wilson. Cambridge, Cambridge University Press, 2ª edición, pp. 226-248.

Sebreli, Juan José.
(1995) El Asedio a la Modernidad. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 8ª edición.

Sieder, Rachel.
(1996) Derecho Consuetudinario y Transición Democrática en Guatemala. Guatemala, FLACSO.

Slack, Alison.
(1988) In Female Circumcision, a Critical Appraisal. Human Rights Quarterly, vol 10.

Sub, María Luisa.
(1997) El Derecho a la Dignidad de Nosotras las Mujeres. En Nawaj li Tuqtuukil Usilal choq re Lintenamit. Wilfredo Ardito (ed.), Cobán, Artes Gráficas Verapaz.

¿DEBEN SER CONSULTADAS LAS CONCESIONES DE EXPLORACIÓN DE ENERGÍA GEOTÉRMICA? SUSCEPTIBILIDAD DE AFECTACIÓN Y TERRITORIO*

Cristóbal Carmona Caldera[393]

Introducción

Con fecha 7 de julio de 2014, el Ministerio de Energía (Ministerio) resolvió decretar procedente la Consulta Indígena (Res. Ex. 28/2014), de manera previa al otorgamiento de las concesiones de explotación de energía geotérmica Pampa Lirima 1, Pampa Lirima 2 y Pampa Lirima 3, en aplicación expresa del Reglamento de Consulta General –D.S. 66/2013 del Ministerio de Desarrollo Social (Reglamento)-. Dentro de una historia marcada por la reticencia de los órganos de la Administración y de los tribunales de justicia para hacer valer los derechos de los pueblos indígenas en el marco de la legislación sectorial –historia que puede ser epitomizada en un dictamen de Contraloría del año 2009, en donde, entre otras cosas, estimó que las concesiones eléctricas no revisten la naturaleza de "cuestión indígena" que deba ser consultada[394]-, la resolución del Ministerio de Energía puede ser leída como un hito positivo en varios sentidos, e incluso, como un avance –parcial, pero avance al fin y al cabo- en la implementación de los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT (Convenio).

* El presente artículo profundiza los temas revisados preliminarmente en la ponencia "Concesiones de exploración de energía geotérmica y derecho a consulta", expuesta en el Primer Congreso Internacional de Derecho Indígena, Universidad de Tarapacá, Derecho, sede Iquique, realizado los días 5, 6 y 7 de noviembre de 2014. En este sentido, quisiera prevenir que las conclusiones que se presentan al final del trabajo, deben tomarse antes como futuras líneas de investigación a desarrollar, que como conclusiones definitivas sobre el tema.

[393] Profesor cátedras Derecho Indígena y Derecho Internacional Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco, Chile.

[394] Contraloría General de la República, Dictamen Nº 70292 de fecha 17 de diciembre de 2009.

Con todo, la apertura de este proceso de participación enfatiza el hecho no menor que las concesiones de exploración, a pesar de la insistencia de las comunidades indígenas, no son consultadas. Las secciones que siguen son una crítica normativa a dicha situación, de forma tal que se espera dejar claro, al final del artículo, que la respuesta a la interrogante planteada en el título del trabajo, es afirmativa.

Ahora bien, en términos estrictamente normativos, es posible encontrar dos clases de respuestas para justificar el derecho a consulta en las concesiones de exploración de energía geotérmica, a saber, o porque se trata de medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, o porque se trata de autorizaciones expedidas por el Estado respecto de un recurso natural del subsuelo que es de su propiedad, pero que se ubica en territorio indígena. Ambas explicaciones remiten a sendos artículos del Convenio –arts. 6Nº1, a) y 15Nº2, respectivamente-, y si bien, como se analizará con cierto detalle a lo largo del presente trabajo, las dos son plausibles, la opción entre una u otra no es inocua.

En este orden de ideas, (I) comenzaré revisando la respuesta que se articula desde la norma general de consulta establecida en el art. 6Nº1 letra a), que es sobre la que también se basa la resolución de Consulta Indígena del Ministerio en Pampa Lirima[395], para luego (II) abocarme a la hipótesis contenida en el art. 15Nº2. Finalizaré (III) con unas breves reflexiones sobre las implicancias que puede tener la elección entre estas alternativas.

I

La consulta del art. 6 es, a estas alturas del acontecer jurídico nacional, una norma conocida. En ella se establece el deber general de los gobiernos de "[c]onsultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" (art. 6Nº1, a)). Como especifica el Nº2 del mismo artículo, éstas deberán "efectuarse de buena fe y de una

[395] Ministerio de Energía, Res. Ex. 28 de 7 de julio de 2014, Considerando 7º.

manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Teniendo en cuenta el objeto del presente trabajo, remitiré mi análisis al numeral primero del art. 6, que es el que contiene los elementos para determinar si es que normativamente debe o no realizarse la consulta.

Así, según se desprende de la lectura de dicho numeral, hay dos requisitos que se deben cumplir copulativamente para ello: (a) que se trate de una medida legislativa o administrativa –con lo que se excluyen las resoluciones judiciales-, y (b), que ésta sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas -lo que stricto sensu se entiende como el "criterio de procedencia"-. Visto lo anterior, en orden a responder la pregunta sobre la procedencia de este derecho de manera previa al otorgamiento de concesiones de exploración, se debe examinar si éstas cumplen con los requisitos antedichos. Considerando que la resolución del Ministerio en Pampa Lirima utilizó nominalmente –a través del D.S. 66/2013- como marco normativo el art. 6 del Convenio[396], me parece útil fundamentar la procedencia de la consulta en las concesiones de exploración, a través de un análisis crítico de dicha resolución; en otras palabras, examinaré si es que los parámetros que usó el Ministerio para fundamentar la consulta en las concesiones de explotación, hacen plausible asimismo la exclusión que hace respecto de las de exploración.

Valga la prevención, eso sí, que si acá utilizo el Reglamento General de Consulta, ello es solo por motivos heurísticos, pues el marco normativo bajo el cual estoy procediendo en este apartado, es siempre el artículo 6 del Convenio 169.

[396] Como expresamente lo establece el art. 1 de este reglamento, su objeto es "dar ejecución al ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas, el cual se realiza a través del procedimiento establecido en el presente instrumento por parte de los órganos señalados en el artículo 4° del presente reglamento, de acuerdo al artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado por el decreto supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, los tratados internacionales ratificados por Chile que versen sobre la materia que se encuentran vigentes y de conformidad a la Constitución Política de la República de Chile".

Comencemos, entonces, por el supuesto (a) identificado arriba, esto es, si es que el decreto que otorga las concesiones de energía geotérmica es una "medida administrativa". A primera vista, ello parece evidente, al ser un acto –decreto supremo- que emana de un órgano del Estado, el Ministerio de Energía. Sin embargo, uno de los debates que marcó tempranamente la implementación del derecho a consulta, fue precisamente qué tipo de medidas administrativas se entendían como actos "consultables" –recuérdese la definición que en este tópico contenía el ya derogado D.S. 124/2009 de Mideplan, en donde excluía explícitamente de la noción de "medida administrativa" a los "actos administrativos"[397] -. Por lo mismo, para justificar que se cumplía con este requisito, el Ministerio utiliza como parámetro el art. 7 del D.S. 66/2013:

> Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas (…)

Si bien este artículo contiene una definición restringida del concepto "medida administrativa", ésta sería lo suficientemente amplia para comprender los decretos por los cuales el Ministerio otorga las concesiones. Así, amparándose en el informe que remitió la Subsecretaría de Servicios Sociales (Subsecretaría) sobre la procedencia de la consulta[398], el Ministerio entiende que, como el inciso final del art. 20 de la Ley 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica (LCEG), permite que el decreto que otorga la concesión

[397] Art. 14, inciso 3º: "Medidas administrativas son las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados".

[398] MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Subsecretaría de Asuntos Sociales, Of. Ord. 3303 de 2 de julio de 2014.

de explotación pueda ser modificado, entonces éste es un acto administrativo "no reglado" en los términos del art. 7 del Reglamento.

Siguiendo este razonamiento del Ministerior, no habría duda que las concesiones de exploración de energía geotérmica cumplirían también con el supuesto (a) del art. 6Nº1 letra a) del Convenio –en su versión restringida del art. 7 del Reglamento-. Ello, por cuanto el mentado artículo 20 de la LCEG confiere la mentada facultad de modificación indistintamente para las concesiones "de exploración o de explotación".

Veamos ahora la construcción argumentativa del Ministerio en torno del supuesto (b), que es el que finalmente justificaría regímenes distintos para cada tipo de concesión. Recordemos que el "criterio de procedencia" de la consulta en la norma de consulta general, es que la medida "sea susceptible de afectar directamente" a los pueblos interesados. Sobre este supuesto, en la resolución en comento el Ministerio prescinde tanto de las razones que esgrime el informe de la Subsecretaría y como de los acotados (e ilegales) criterios que sobre este tópico contiene el art. 7 del Reglamento[399], prefiriendo fundar su decisión directamente en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago -confirmada por la Corte Suprema en enero del 2013-, por la cual se rechazaba la impugnación que hicieran comunidades atacameñas respecto de una serie de concesiones de exploración de energía geotérmica[400].

En ese caso, como relata la propia Res. Ex. 28/2014, la Corte, sin perjuicio de estimar improcedente la realización de consulta para las concesiones de exploración, previno que al momento del "otorgamiento de concesiones de explotación de energía geotérmica sobre territorio donde habiten comunidades originarias, se deberá

[399] Art. 7. "Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas (…) cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas".

[400] SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de 16 de noviembre de 2012, en causa rol 12.533-2012, caratulados "Cruz Plaza Antonio Y Otros / Ministerio De Energía", confirmada por la Corte Suprema con fecha 17 de enero de 2013, rol de ingreso a Corte 9527-2012, Considerando 9º.

dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, especialmente a lo referido a la participación de estas comunidades en la toma de decisiones que afecten los territorios".

Con esto, la resolución del Ministerio, a la vez que justifica su decisión de someter a consulta a las concesiones de explotación, refuerza la idea de que ésta no procede respecto de las de exploración. Sin embargo, una somera lectura de la remisión que hace la entidad gubernamental a la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, da cuenta que lo que realiza el Ministerio es simplemente eso, una "remisión" a la autoridad de la resolución judicial, pero sin referir cuál fue el razonamiento de la Corte para adoptar tal posición. El problema es que ésta tampoco explica de qué forma la concesión de explotación puede afectar a los pueblos indígenas. Lo que sí hace la Corte, es explicar por qué no procede este derecho frente a las concesiones de exploración, como se aprecia de una lectura de los considerandos 9º y 10º:

9°.- Que, por lo demás es necesario señalar que en la presente etapa de concesión de la exploración geotérmica, esto es, reconocer, registrar, inquirir o averiguar la existencia de energía contenida en el subsuelo -en el área concesionada de un máximo teórico de cien mil hectáreas de extensión- es imposible determinar si se afectarán determinadas comunidades indígenas o personas, lo cual de producirse será en una etapa posterior del proyecto en que será necesario realizar la evaluación medioambiental del proyecto por consiguiente, al no haber incurrido la autoridad administrativa en una acción u omisión ilegal o arbitraria el presente recurso deberá desestimarse.

Luego de este considerando, la Corte señala –como reproduce textualmente la Res. Ex. 28/2014-, que las concesiones de explotación se someten a un régimen distinto:

10°.- Que, sin perjuicio de lo que se ha resuelto en los dos números anteriores, se previene que para la suscripción de contratos y otorgamiento de concesiones de explotación de energía geotérmica sobre territorio donde habiten comunidades originarias se deberá

dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, especialmente a lo referido a la participación de estas comunidades en la toma de decisiones que afecten los territorios donde éstas habitan.

De esta forma, se podría concluir que el razonamiento que está detrás de la decisión del Ministerio, es que la consulta sería procedente en las concesiones de explotación, e improcedente en las de exploración, en base a que las primeras sí cumplirían con el requisito (b) identificado arriba y las segundas no lo harían. Empero, este razonamiento, en tanto se sustenta en la argumentación jurídica desplegada por la Corte en el considerando 9° citado, es incorrecto, por cuanto éste se basa en una serie de suposiciones erróneas acerca de las características (i) del derecho a consulta, (ii) de las concesiones de exploración de energía geotérmica y (iii) del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Contrario sensu, de una lectura correcta de estos elementos, se deriva que las concesiones de exploración sí serían susceptibles de afectar directamente a las comunidades –esto es, cumplen con el requisito (b) del art. 6 del Convenio- como explicaré a continuación:

i. Derecho a consulta y determinación de impactos. La Corte, se vio, refiere que "en el área concesionada de un máximo teórico de cien mil hectáreas de extensión- es imposible determinar si se afectarán determinadas comunidades indígenas o personas". Pues bien, se debe aclarar que el que sea "imposible determinar si se afectarán determinadas comunidades indígenas o personas" con las concesiones de exploración, no puede ser utilizado como pretexto para descartar la procedencia de la consulta, toda vez que –como lo explicita el art. 15Nº2 y explicaré con más detalle en el apartado (II)- uno de los fines de este proceso es precisamente el "determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida"; después de todo, la consulta permite que, en un marco de interculturalidad, se visibilicen las posibles consecuencias de que tendrán las decisiones gubernamentales[401]. Por ejemplo, bajo

[401] MEZA-LOPEHANDÍA, M., "Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", Anuario de Derechos Humanos 2010, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2010, p. 56.

la hipótesis de una solicitud de concesión en territorio diaguita, un proceso de consulta permitiría saber si es que dentro del área solicitada (o licitada) existen rutas de criancería utilizadas por los miembros de las comunidades.

Por lo demás, es cierto que las concesiones de exploración pueden abarcar un área máxima de hasta cien mil hectáreas (art. 7, Ley CEG), pero ello simplemente hace más imperativo el deber de consulta, por cuanto a partir de ésta se puede excluir del área finalmente concesionada aquella superficie solicitada que se superponga a alguno de los elementos del territorio indígena.

ii. Impactos de las concesiones de exploración. La Corte, replicando los argumentos del recurrido –el Ministerio de Energía- en el caso de marras, caracteriza la etapa de exploración, señalando que se trata de "reconocer, registrar, inquirir o averiguar la existencia de energía contenida en el subsuelo". Lo que parece no tener en cuenta el tribunal, es que precisamente esas actividades pueden significar una intervención directa y de magnitud considerable en territorio indígena. En efecto, como la misma Ley 19.657 describe, entre las operaciones que comprende este tipo de concesión, se incluye "la perforación y medición de pozos de gradiente y los pozos exploratorios profundos" (art. 6). Estas actividades no son inocuas. Piénsese, e.g., en la fase de exploración profunda, referida por la norma. Esta corresponde a la etapa final de un proyecto de exploración de energía geotérmica e implica –por cada pozo- la construcción de una plataforma que puede tener 1 hectárea de superficie, en donde se ubica una torre de perforación de una altura que va entre los 40 y 50 metros de altura aproximadamente. A ello habría que sumar, entre otras cosas, las instalaciones de apoyo requeridas para implementar dicha infraestructura, la utilización de caminos y las demandas de agua asociadas a la perforación[402].

[402] Para una descripción pormenorizada de las actividades que implica la etapa de perforación profunda, puede revisarse la Consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, de Energía Andina S.A. respecto de pozos de perforación geotérmica de mayor diámetro, en el complejo volcánico Tinguiririca, de 15 de diciembre de 2010.

Adicionalmente, se debe considerar que para realizar estas actividades, la Ley 19.657 confiere al concesionario –entre otros derechos, como los de aprovechamiento de las aguas subterráneas alumbradas durante la exploración (art. 27)- una serie de servidumbres de ocupación y tránsito sobre los predios superficiales donde se encuentre ubicada la extensión territorial cubierta por la concesión (art. 26), las que, según Contraloría, al ser servidumbres legales o forzosas, se podrían constituir en tierra indígena sin la necesidad de contar con la autorización de CONADI –exigida por el art. 13 de la ley 19.253[403]-. Los impactos que pueden provocar este tipo de gravámenes no son menores. Recuérdese que en el Proyecto "Sondajes de Prospección Paguanta", el impacto que finalmente "gatilló" el proceso de consulta en la evaluación ambiental, fue el derivado de la servidumbre minera de ocupación y tránsito de la ruta Alto Casiri, que restringía el acceso de la Comunidad Indígena de Cultane al pueblo del mismo nombre, para sus celebraciones religiosas[404].

iii. Concesiones de exploración y SEIA. Por último, la Corte de Apelaciones de Santiago, luego de señalar que en la etapa de exploración no es posible determinar si las comunidades se verán afectadas, dice que esto "de producirse será en una etapa posterior del proyecto en que será necesario realizar la evaluación medioambiental del proyecto". Pues bien, lo que señala la Corte es erróneo, y es que a pesar de que existan impactos ambientales de magnitud producto de las actividades de exploración, ellas no serán evaluadas ambientalmente.

En efecto, como ya he explicado, al menos la sub fase de exploración profunda supone una intervención de gran magnitud sobre el predio sirviente, siendo claramente susceptible de causar impactos ambientales; no obstante ello, al no corresponder a ninguna de las tipologías de proyectos o actividades contenidas

[403] Para Contraloría, la norma del art. 13 de la Ley Indígena se refiere a los gravámenes voluntarios y no a aquellos de carácter legal. Véase Dictamen N° 13.575, de 18 de abril de 2000 y el ya referido Dictamen Nº 70.292 de fecha 17 de diciembre de 2009.

[404] SEA Región de Tarapacá, Res. Ex.148/2013, de 6 de diciembre de 2013.

en el art. 10 de la Ley 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) –art. 3 del D.S. 40/2012-, a estos proyectos no les corresponde ingresar al SEIA, en ninguna de las fases de exploración. La única hipótesis que haría que actividades de la magnitud de los pozos de exploración profunda fueran evaluadas ambientalmente, sería si éstas se realizan en áreas colocadas bajo protección oficial (parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas, etc.), de acuerdo a lo dispuesto en el art. 10 letra p), de la Ley 19.300.

De esta forma, es claro que la sentencia –y con ello la resolución del Ministerio de Energía en Pampa Lirima- descarta la procedencia de la consulta respecto de estas concesiones de manera infundada y arbitraria. En sentido contrario, del examen realizado se puede concluir que las concesiones de exploración, al igual que las de explotación, tienen asociadas una serie de actividades que implican una intervención de magnitud en el o los predios sirvientes, y que no obstante ser susceptibles de causar impactos ambientales severos, estos no serán evaluados ambientalmente –salvo, según se vio, que se realicen en un área colocada bajo protección oficial-. Por ello, y considerando además que uno de los fines de la consulta es la detección participativa de impactos cuando haya "susceptibilidad" de que estos acaezcan, las concesiones de exploración de energía geotérmica, de acuerdo a los términos del art. 6 del Convenio, sí debiesen ser consultadas.

II

Veamos ahora el segundo marco explicativo por el cual se puede responder afirmativamente a la pregunta enunciada en el título: el artículo 15Nº2 del Convenio.

A diferencia de la norma de consulta general contenida en el art. 6, la del art. 15Nº2, al ser catalogada como "programática" y haber sido homologada a una serie de instituciones de derecho interno por del Tribunal Constitucional[405], fue simbólicamente

[405] SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAl (STC) de 4 de agosto del 200, Rol 309/2000, considerando 70º y 71º.

desprovista de su eficacia jurídica directa: en la opinión general, las obligaciones/derechos ahí establecidos debían ser objeto antes de reforma legal que de aplicación judicial. Esta tendencia incluso ha sido reforzada –aunque por razones estratégicas- por los propios pueblos indígenas, quienes, al momento de judicializar el derecho a consulta –como se observa en causa que resolvió la sentencia recién revisada-, han utilizado antes la norma del art. 6Nº1 que la del art. 15Nº2.

Por lo anterior, y para cumplir el objetivo de esta sección, se me presenta como necesario (i) detenerme primero en la interpretación sostenida por el TC, (ii) para luego proceder al análisis del art. 15Nº2.

III

En el párrafo anterior, mencioné que el art. 15.Nº2 había sido "desprovisto simbólicamente" de su eficacia jurídica directa por la interpretación realizada a su respecto por el Tribunal Constitucional. Hablo de una privación "simbólica", ya que la ratio descidendi de nuestro TC –a diferencia de, por ejemplo, la de la Corte Constitucional de Colombia o del Tribunal Constitucional del Perú- no tiene un efecto vinculante[406], lo que implica que los órganos del Estado no estarían obligados por la misma y quizás solo podría servir –como lo sugirió Nogueira en alguna oportunidad- como "criterio auxiliar para la aplicación del derecho"[407]. No obstante lo anterior, tanto los órganos de la Administración del Estado como los tribunales de justicia se han servido profusamente de esta interpretación. Esto, a mi parecer, es una conducta errada, por cuanto una sucinta revisión de la interpretación muestra que la lectura que hace el TC es, en el mejor de los casos, infundada, cuando no derechamente arbitraria.

[406] Agradezco al profesor Iván Díaz de la Universidad Católica de Temuco, por darme claridad sobre este asunto.
[407] NOGUEIRA ALCALÁ, H.. El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinmoamérica y sus evoluciones. Santiago: Librotecnia, 2009, p. 508.

Las restricciones de las que fue objeto la norma del art. 15Nº2 tuvieron un doble cariz: por un lado, se le aplicó la distinción que introdujo el Tribunal entre normas autoejecutables (self-executing) y no autoejecutables (non self-executing); por otro, el Tribunal realizó una "interpretación neutralizadora" de este derecho. Aun cuando funcionan en niveles diversos en lo que se refiere a la estructura argumentativa la sentencia –la primera como ratio decidendi y la segunda como obiter dicta-, ambas coinciden en privar de efectos al derecho en análisis.

La distinción entre autoejecutabilidad y no autoejecutabilidad de las normas del Convenio es ya de sobra conocida, por lo que no me detendré mayormente en ella. Solo me gustaría subrayar cómo el TC, mientras por un lado declara "autoejecutable" o de "aplicación directa" al derecho a consulta del art. 6Nº1 letra a), tanto "por los términos perentorios en que se encuentra redactada" como porque "está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional"[408], decide que la norma del art. 15Nº2 es "programática" o no autoejecutable, sin el más mínimo conato de análisis del contenido y precisión de dicha norma[409]. Dicha interpretación es, por lo menos, injustificada. Pero incluso bajo el ambiguo criterio que utiliza el Tribunal para decidir sobre la autoejecutabilidad de una norma -i.e., "lo imperativo de los términos de redacción"-, no veo de qué manera el texto del art. 15.2 "los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados", fallaría en cumplir con dicho criterio. Ante ello, no se puede sino concordar con Vázquez en que este tipo de distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables:

> is particularly likely to lead judges astray. Because nations negotiating treaties rarely, if ever, select the wording of a treaty with the question of legislative implementation in mind, judges who draw conclusions about this question from treaty text are very likely attributing to the words a meaning that was not intended by the parties (…) virtually all treaties, no

[408] STC de 4 de agosto del 200, Rol 309/2000, Considerando 7º.
[409] Íd., Considerando 70º.

> matter how phrased, permit but do not require either direct or indirect judicial enforcement[410].

Con todo, es cuando el Tribunal Constitucional homologa la norma del art. 15Nº2 con una serie de normas de derecho interno, que el derecho a consulta termina siendo completamente "neutralizado"[411]. Tal interpretación comienza en el Considerando 70º de la sentencia, cuando luego de catalogar a la norma del art. 15Nº2 como "programática", señala que, por lo demás, "una situación similar" se contempla en el art. 17 del Código de Minería (CM); en el párrafo siguiente agrega "que los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna", dando como ejemplo los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300 -que regulan la Participación Ciudadana dentro del SEIA- y los artículos 10°, 11° y 34° de la Ley Indígena -que establecen la forma de constitución de las comunidades indígenas y el deber de los órganos del Estado de "escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas"-. Finalmente, en el Considerando 71º, el Tribunal cierra esta interpretación declarando:

> Que por otro lado, el Código de Minería contempla un claro procedimiento judicial para constituir las concesiones mineras, el que garantiza que todos los interesados pueden ser escuchados frente a una violación de sus derechos.

Todos estos procedimientos, es obvio, no tienen parangón alguno con la consulta. El artículo 17 del CM enumera una serie de casos en donde se requiere el permiso de ciertas autoridades políticas

[410] VAZQUEZ, C. M., "Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties", Harvard Law Review, Vol. 122, 2008, pp. 635 y ss.

[411] Una interpretación de este tipo, es aquella en la que un tribunal, por una interpretación forzada del derecho nacional, crea una relación de adecuación entre el derecho interno y la norma convencional, lo que implica finalmente una "neutralización" del contenido sustantivo de esta última norma. NOGUEIRA ALCALÁ, H., "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011", Estudios Constitucionales, Año 10, Nº 2, 2012, pp. 95 y 96.

para ejecutar labores mineras en determinados lugares de interés público, histórico o científico, de las cuales solo el gobernador tiene la obligación de "oír" al SEREMI de Vivienda y Urbanismo antes de otorgar el permiso para ejecutar labores mineras dentro de una ciudad o población (art. 17Nº2, CM). En lo que concierne a las normas de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, a estas alturas no hay duda alguna –ni para los tribunales[412] ni para la Administración[413]- que los procedimientos de participación ciudadana en el marco del SEIA no dan cumplimiento a la consulta. Por otro lado, en lo que se refiere al art. 34[414] de la Ley Indígena, el Tribunal Constitucional había declarado ya a comienzos de la misma sentencia, que existía una "diferencia esencial" entre la consulta y otras normas del ordenamiento jurídico, entre las que nombraba explícitamente el mentado art. 34 . Por último, el procedimiento judicial de constitución de concesiones mineras, es –nada más ni nada menos- un procedimiento judicial, de carácter sumario, con posibilidades de oposición restringidas a causales taxativas (art. 61 CM) y cuyos sujetos activos solo pueden ser otros titulares de pedimentos o manifestaciones.

Como es evidente, en este caso, la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el derecho a consulta contenido en el art. 15Nº2 es simplemente arbitraria y, por lo mismo, no podría siquiera ser utilizada como criterio hermenéutico auxiliar por los órganos de la Administración, ni por los tribunales de justicia.

IV

Habiendo descartado ya la validez de la interpretación del TC sobre el artículo 15Nº2, me centraré ahora en el análisis de éste como marco normativo para analizar la procedencia del derecho

[412] SCS de 4 de enero de 2011, Rol 6062-2010, caratulados "Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región", que confirma la SCA de Valdivia de 10 de agosto de 2010, en causa Rol 243-2010.

[413] Al decretar el Servicio de Evaluación Ambiental, el primer proceso de Consulta Indígena en la evaluación ambiental del proyecto "Línea de Arranque y Subestación eléctrica Neptuno" y al incorporar expresamente el Ministerio del Medio Ambiente, la Consulta Indígena en el Nuevo Reglamento del SEIA (art. 85, DS 40/2012).

[414] STC de 4 de agosto del 200, Rol 309/2000, Considerando 7º.

a consulta previa a las concesiones de exploración de energía geotérmica.

Jurídicamente hablando, esta norma presenta diferencias de relevancia con aquella del art. 6. Recuérdese que, en lo que se refiere al derecho a consulta[415], el art. 15Nº2 señala:

> En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Como se puede notar, por tratarse de una norma que regula una situación específica, el art. 15Nº2 delimita con mayor claridad (a) frente a qué tipo de medidas y (b) bajo qué circunstancias, procede la consulta.

Respecto del supuesto (a), este artículo acota su ámbito de aplicación a las "autorizaciones" que otorga el Estado para la exploración[416] y explotación de los recursos naturales de su propiedad. Se trata de medidas a partir de las cuales la autoridad constituye a favor de un particular derechos de uso y goce exclusivo sobre bienes de dominio público, pero manteniéndose la titularidad pública del bien. Es importante

[415] Pues además este artículo contiene en su frase final el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios que se deriven de la explotación de los RRNN y a una indemnización justa por el daño causado.

[416] El Convenio, a diferencia de la legislación ambiental nacional (Cfr. Art. 3.i.1, DS 40/2012) homologa "prospección" con "exploración". Así, por ejemplo, el Comité Tripartito se refirió al art. 15.2 señalando que éste establece "la obligación del Estado de consultar con los pueblos indígenas y tribales que pudieran ser afectados antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos del subsuelo ubicados en territorios indígenas". OIT. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, 282.ª reunión, noviembre de 2001, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT , Ecuador, GB.282/14/2.

destacar que esta norma, a diferencia de la del art. 6, no distingue respecto de la naturaleza jurídica de las autorizaciones -si son de carácter legislativo, administrativo o judicial-; por ende, en nuestro país, éstas comprenderían desde los derechos de aprovechamiento de agua hasta las concesiones mineras[417]. De igual forma, considerando que la energía geotérmica en Chile es un recurso natural que pertenece al Estado, susceptible de ser explorado y explotado previo otorgamiento de una concesión (art. 4, Ley 19.657), es claro que los decretos supremos que otorgan las concesiones de exploración, corresponden al tipo de autorizaciones que establece el supuesto de hecho de la norma en comento.

En lo que se refiere al supuesto (b), permítaseme volver brevemente a la sentencia citada en la sección (I), que fuera utilizada por el Ministerio para fundamentar la consulta ante las concesiones de explotación. En ésta, luego de estimar improcedente la consulta respecto de las concesiones de exploración, la Corte de Apelaciones de Santiago declara en su considerando Décimo:

[417] Para un útil análisis de los recursos naturales que de acuerdo a la legislación nacional deben ser subsumidos bajo este artículo véase HERVÉ, D. y PÉREZ CORREA, S., "Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales", en CONTESSE, J. (Ed.), El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, pp. 84 y ss. Ahora bien, a pesar de que los autores logran identificar las áreas a las que se aplica el art. 15.2, se limitan a mencionar que dichos procedimientos debiesen ser modificados para dar cumplimiento al Convenio. Con esto, reproducirían sin mayor reflexión la premisa de que este artículo es programático. Por ende, concuerdo con la crítica de Yáñez formulada sobre dicha posición: "Es importante considerar que el Convenio 169, en particular el precepto en análisis [art. 15.2], no puede ser catalogado como simplemente programático, toda vez que su normativa, como todas las reglas de derechos humanos, engendra obligaciones negativas y positivas al mismo tiempo y no por ello pierden su carácter de derechos fundamentales. Por tanto, el Estado está obligado a abstenerse de actuar cuando la obligación es de tipo negativo, y a adoptar medidas concretas de exigibilidad de derechos cuando se le imponen obligaciones positivas, pero no es dable colegir de estas circunstancias que el Estado no tenga responsabilidades asociadas a una obligación de índole positiva". YÁÑEZ, N., "Comentario a 'Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales'", en CONTESSE, J. (Ed.), Íd., p. 108.

Que, sin perjuicio de lo que se ha resuelto en los dos números anteriores, se previene que para la suscripción de contratos y otorgamiento de concesiones de explotación de energía geotérmica sobre territorio donde habiten comunidades originarias se deberá dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, especialmente a lo referido a la participación de estas comunidades en la toma de decisiones que afecten los territorios donde éstas habitan.

Pues bien, aun cuando el tribunal yerra en su juicio respecto de las concesiones de exploración y equivoca la(s) norma(s) aplicable(s) a la situación que describe, la verdad es que al identificar al "otorgamiento de concesiones de explotación de energía geotérmica sobre territorio donde habiten comunidades originarias" como supuesto de hecho que da lugar a la consulta –así, sin mayor explicación-, utiliza precisamente el razonamiento contenido en la norma del artículo 15. En efecto, a diferencia de la "susceptibilidad de afectación directa", el art. 15Nº2 establece que se deberá consultar a los pueblos interesados "antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras". De esta forma, el Convenio establece una regla objetiva: que los recursos naturales sobre los cuales el Estado otorga concesión se encuentren en "tierras" de los pueblos indígenas, concepto que, de acuerdo al art. 13.2 del Convenio, comprende también al "territorio", esto es, "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera". En este caso, se debe destacar que el Convenio no requiere un grado de afectación, ni algún tipo de relación "tradicional" de los pueblos indígenas con esos recursos; basta, de nuevo, que estos se encuentren en terrenos que los pueblos indígenas ocupen o utilicen de alguna manera.

Se pueden mencionar al menos dos razones que explican este criterio. La primera, tiene que ver con que el derecho a consulta, para justificar su procedencia, no requiere que hayan sido determinados de manera previa y cierta los impactos que el proyecto o actividad pueda producir a los pueblos indígenas, ya

que, como se explicó antes, justamente una de las finalidades de este derecho es –lo dice expresamente el art. 15Nº2- el "determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida". Los procedimientos de consulta, explicó en su momento el Relator Especial James Anaya, son verdaderos "canales que permiten a los pueblos indígenas contribuir activamente a la evaluación previa de todos los posibles efectos de la actividad propuesta"[418].

Por lo demás, como lo ha indicado correctamente Faundes[419], esto se encuentra alineado con el que las procesos de consulta deban servir como "mecanismos" que permitan a los pueblos indígenas "establecer sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios" (art. 32Nº2, Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI)). En efecto, si los pueblos indígenas no pueden participar en la determinación de si un proyecto puede afectar sus intereses y en qué medida, "mal podrían tomar las decisiones pertinentes en el marco de su desarrollo (autodeterminación) y las consultas no podrían servir como 'auténticas vías de diálogo y negociación'[420]. Esto cobra mayor relevancia cuando se trata de la utilización de los recursos naturales presentes en territorio indígena, por cuanto en esta situación los pueblos indígenas no solo tienen el derecho a participar en los beneficios derivados de la explotación de dichos recursos, sino también –en cuanto así lo decidan en virtud a su derecho a la libre determinación- debiesen

[418] HUMAN RIGHTS COUNCIL (HRC), Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, 6 de julio de 2012, A/HRC/21/47, párr.. 66. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia: "[d]e lo que se trata este procedimiento es de que sea la comunidad étnica la que, en un ámbito de interlocución con las autoridades y con los responsables de los proyectos, valore la afectación que cierta medida puede causar sobre sus territorios, sobre su integridad cultural o sobre cualquier aspecto de su cosmovisión". SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (SCC) T-698/2011. Véase también Sentencia T-880 de 2006 y Sentencia T- 547 de 2010.

[419] FAUNDES, J. J., "La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación del Convenio Nº169 de la OIT y el deber de Consulta", Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Nº 233-234, Año LXXXI, 2013, p. 209.

[420] Ibíd.

tener la prioridad -sobre cualquier otra iniciativa de empresas terceras- para la extracción de los mismos[421].

Finalmente, se debe mencionar que el que una de las finalidades de la consulta sea la de determinar participativamente la afectación, además de ser jurídicamente obligatorio, obedece a un imperativo lógico: si la consulta es aplicable –como ha precisado también Anaya- "siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad"[422], entonces es obvio que su procedencia no pueda depender de una afectación determinada exclusivamente por aquellos "otros individuos de la sociedad" –el titular del proyecto, los organismos del Estado con competencia ambiental, el Ministerio de Energía, el juez, etc.- que precisamente no pueden percibir dicha afectación; piénsese, a manera de ejemplo, en sitios de significación cultural mapuche como un menoko o un kuel[423]. Por ello, la existencia, naturaleza y magnitud de ésta debe ser determinada con la participación de los propios pueblos indígenas.

Empero, se dijo, esta primera razón es una característica compartida por las diversas clases de consulta. La segunda razón que explica la existencia de una regla objetiva de procedencia en la norma del art. 15.Nº2 es, en cambio, particular de dicha norma y, en definitiva,

[421] HRC, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, 1 de julio de 2013, A/HRC/24/41, párr.. 12 a 16.

[422] HRC, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, de 15 de julio de 2009, A/HRC/12/34, párr. 43.

[423] De manera correcta, López Vyhmeister y Mohr identifican esta situación como una en donde se inmiscuye una lógica antropológica dentro del campo del Derecho, en el sentido que "aquello (una medida legislativa o administrativa) que no afecta a una persona o grupo de una determinada cultura sí puede afectar a una persona o grupo que provenga de una cultura distinta y viceversa, debido a que presentan diferentes referentes cognitivos (…) [d]e tal manera es que no se percibirán los actos externos de un mismo modo"; sin embargo, al proponer como alternativa solo un "peritaje antropológico" como herramienta para determinar si se consulta o no, no alcanzan a ver que precisamente es la consulta la herramienta correcta para determinar participativamente la afectación. Cfr. LÓPEZ VYHMEISTER, R. y MOHR AROS, T., "Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?", Revista de Derecho (U. Austral), Vol. XXVII, Nº 1, 2014, pp. 111 y 115.

es lo que sustenta la diferencia con el criterio de procedencia del artículo 6Nº1. En términos simples, esta diferencia se explica por los impactos que, por regla general, tienen las industrias que se basan en la explotación de recursos naturales, sobre los territorios y la cultura indígena. Como lo ha planteado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), "[l]a aprobación por los Estados de planes de inversión o desarrollo o de explotación de los recursos naturales frecuentemente afecta a la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar sus tierras y otros recursos naturales presentes en sus territorios tradicionales"[424]. En consecuencia, lo que hace el Convenio es establecer una presunción referente a la afectación que produce este tipo de actividades, sea porque derechamente existirá por parte de éstas un uso de recursos que los pueblos indígena utilizan de alguna otra manera –v.gr., cuando se otorga una concesión marítima sobre un espacio marítimo o borde costero utilizado por comunidades lafkenche-, o porque esas actividades, aun cuando no se centren en la utilización de recursos con los cuales las comunidades tengan una relación especial, de igual forma impactarán a otros recursos naturales que sí son de importancia para los pueblos indígenas –v.gr., lo que sucede con los impactos sobre tierras y aguas indígenas que se producen por las servidumbres, concesiones y expropiaciones requeridas de la extracción de recursos minerales-[425].

Bajo estas premisas, entonces, basta que dentro o en la cercanía del área de la concesión de exploración exista algún elemento –tierra indígena, ADI, grupos humanos indígenas, sitios de significación cultural, etc.- que permita inferir la existencia de un "territorio

[424] CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2010, p. 93.

[425] En igual sentido, la Corte IDH falló que la afectación al pueblo Saramaka que derivaba de las concesiones de exploración y explotación otorgadas por el Estado de Surinam se daba, tanto por la extracción de los recursos naturales que son necesarios para la subsistencia del pueblo Saramaka, como por la de aquellos –como el oro- con los que si bien los Saramaka no tienen una relación tradicional, su extracción sí afectaría otros recursos naturales críticos para su supervivencia física y cultural. CORTE IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 144-155.

indígena", para que se esté ante la circunstancia contenida en el art. 15Nº2 del Convenio y, por ende, sea obligatorio para el Ministerio de Energía abrir un proceso de Consulta Indígena, previo a la dictación del decreto supremo respectivo.

V

Comentando una sentencia en la que se rechazaba un recurso de protección que fuera incoado por comunidades mapuche contra una concesión de exploración de energía geotérmica, por haberse otorgado ésta sin consulta[426], Bermúdez y Hervé llamaban la atención sobre el hecho "que ni los recurrentes ni la Corte recordaran lo dispuesto por el artículo 15.2 del Convenio 169 que expresamente señala que procede la consulta tanto para prospección como la explotación de los recursos naturales de titularidad del Estado en tierras indígenas"[427].

La observación es a todas luces pertinente. Como se ha visto en estas páginas, tanto los marcos normativos dados por el artículo 6 como los fijados por el art. 15 del Convenio 169, hacen obligatoria la consulta previa al otorgamiento de concesiones de exploración. Ambos, asimismo, son jurídicamente aplicables. No obstante ello, las propias comunidades han optado solo por la utilización de la norma general de consulta del art. 6 en desmedro de aquella más específica contenida en el art. 15Nº2. Lo anterior sería una respuesta –aunque esto es solo una hipótesis- a la interpretación del Tribunal Constitucional, y al uso que han hecho de la misma los órganos del Estado; paradójicamente, su abandono estratégico en tribunales ha profundizado la idea de que dicha norma es, en esencia, no autoejecutable.

Ahora bien, es cierto que la opción por la utilización del art. 6 no es arbitraria, por cuanto ésta presenta diversas ventajas: no

[426] SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 16 de noviembre de 2012, en causa rol 9431-2012, caratulados "Comunidad Indígena Huenchullan/ Ministerio de Energía", confirmada por la Corte Suprema con fecha 17 de enero de 2013, rol de ingreso a Corte 9526-2012.

[427] BERMÚDEZ, J. y HERVÉ, D., "La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas", Anuario de Derecho Público 2013, UDP, 2013, Santiago, p. 252.

hay duda sobre su "autoejecutabilidad", sus supuestos de hecho –a diferencia de, por ejemplo, lo que sucede con las concesiones mineras- permiten abarcar teóricamente las concesiones de exploración de energía geotérmica, ha sido eficaz en otros procedimientos –v.gr., el SEIA, la concesión de inmuebles fiscales por Bienes Nacionales y, ahora, en las concesiones de explotación de energía geotérmica-, etc. En este sentido, la norma general de consulta ha resultado una valiosa herramienta que ha permitido al menos ralentizar la instalación de proyectos de inversión en territorio indígena, lo que, en un país con una política económica como la chilena, no es poco.

Sin embargo, dado que los supuestos jurídicos de ambas normas no son idénticos, la subsunción de las actividades de energía geotérmicas dentro de la hipótesis del art. 6 Nº1 no es pacífica; ésta deja siempre de lado algo importante. En términos normativos, la pérdida es evidente: cuando uno de los debates jurídicos más relevantes actualmente en temas de consulta, está dado por el qué significa "susceptibilidad de afectación directa" y la institucionalización restringida que se hizo de dicho criterio en los reglamentos respectivos, la utilización del art. 6 ocluye la "regla objetiva" del art. 15Nº2, que requiere la sola circunstancia de que los recursos naturales existan en territorio indígena, para hacer obligatoria la consulta.

Junto con ello, eso sí, hay algo más de fondo que, estimo, se está invisibilizando con la utilización de la norma del art. 6. Y es que ésta, recuérdese, tiene un carácter eminentemente procesal: nos habla acerca de qué tipo de medidas (administrativas o legislativas) y ante qué situaciones (susceptibilidad de afectación) procede la consulta; de cuáles son sus legitimarios activos (los pueblos interesados a través de sus instituciones representativas) y pasivos (los gobiernos); nos señala la oportunidad para hacerla (de manera previa), de qué forma (procedimientos adecuados,

buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias) y con qué fin (llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento). Pero, en ningún momento se hace mención a los derechos sustantivos de los pueblos indígenas y su protección. Con ello, el proceso de consulta se termina transformando en un fin en sí mismo, en una obligación "de medio" y no "de resultado", de tal forma que –como se estipula en el artículo 3 del Reglamento-, su "objeto" se entiende cumplido aun cuando no se haya podido cumplir su "objetivo".

Aldo Mascareño mencionó en alguna oportunidad, que una de las paradojas de los derechos culturales es que mientras posibilitan la defensa de lo propio, al mismo tiempo lo transforman en algo ajeno[428]. De manera similar, y tal como se puede observar de los casos de los últimos dos o tres años de judicialización del derecho a consulta en Chile, por más que la apelación a este derecho haya posibilitado retrasar las iniciativas de inversión en territorios indígenas, al mismo tiempo su práctica también "diluye y desplaza los reclamos colectivos y los torna, al menos parcialmente, en observaciones procedimentales"[429] -como refería Rodríguez Garavito a propósito de Colombia-. ¿Fue intempestivo o no el término de la consulta? ¿Puede ser una organización territorial sujeto de consulta? ¿Es la concesión de uso gratuito un acto formal no reglado? ¿Se ha explicitado razonablemente una afectación? ¿Cumplió el proceso con los principios de la consulta? Son éstas las preguntas que finalmente reemplazan aquellas más de fondo como por ejemplo, si finalmente, y bajo qué medidas, podría ser compatible un proyecto de energía geotérmica con el tipo de desarrollo que una determinada comunidad quiere llevar adelante en su territorio. Tiene razón, entonces, Rodríguez Garavito cuando señala que la práctica de la consulta produce un "desplazamiento" de las controversias sustanciales por los

[428] MASCAREÑO, A., "Algunas veces subir es bajar. Paradojas de los derechos culturales", en ETTE, O. y NITSCHACK, H. (eds.), Trans*Chile. Un acercamiento transreal. Frankfurt: Iberoamericana-Vervuert Verlag.

[429] RODRÍGUEZ GARAVITO, C., Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012, Bogotá, p. 23.

debates procesales[430]. De igual forma, Anaya había criticado ya, en su informe de 2012, la tendencia a centrar la atención en la consulta y el consentimiento, lo que terminaba desdibujando la comprensión sobre el marco de derechos humanos pertinente para discernir las condiciones en que las industrias extractivas pueden operar legítimamente en los territorios indígenas[431].

A diferencia de la norma del artículo 6, la del artículo 15Nº2, por sus propias características jurídicas, presenta directamente y con nitidez el nudo que supone la realización de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas y su (in)compatibilidad con los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, entre otros, a la propiedad, a su integridad cultural y a establecer sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo. Recuérdese, además, que precisamente uno de los fundamentos de la regla objetiva de procedencia, es la presunción que derechos sustantivos fundamentales de los pueblos indígenas que pueden verse afectados por la explotación y extracción de los recursos naturales.

Por esto, y sin obviar en absoluto las ventajas estratégicas que puede traer para las comunidades la norma del artículo 6, me parece que, a estas alturas, la utilización de la norma del artículo 15Nº2 es un camino que no solo merece ser explorado por las comunidades, sino que –y principalmente- directamente implementado por el Estado.

[430] Íd., pp. 56-61.
[431] HRC, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, 6 de julio de 2012, A/HRC/21/47, párr. 48.

Bibliografia

BERMÚDEZ, J. y HERVÉ, D., "La jurisprudencia ambiental reciente: tendencia al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas", Anuario de Derecho Público 2013, UDP, 2013, Santiago,

CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2010, p. 93.

FAUNDES, J. J., "La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación del Convenio Nº169 de la OIT y el deber de Consulta", Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Nº 233-234, Año LXXXI, 2013

HERVÉ, D. y PÉREZ CORREA, S., "Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales", en CONTESSE, J. (Ed.), El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

HRC, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, 1 de julio de 2013, A/HRC/24/41, párr.. 12 a 16.

HRC, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, de 15 de julio de 2009, A/HRC/12/34, párr. 43.

HRC, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, 6 de julio de 2012, A/HRC/21/47, párr. 48.

HUMAN RIGHTS COUNCIL (HRC), Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, 6 de julio de 2012, A/HRC/21/47.

LÓPEZ VYHMEISTER, R. y MOHR AROS, T., "Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?", Revista de Derecho (U. Austral), Vol. XXVII, Nº 1, 2014.

MASCAREÑO, A., "Algunas veces subir es bajar. Paradojas de los derechos culturales", en ETTE, O. y NITSCHACK, H. (eds.), Trans*Chile. Un acercamiento transreal. Frankfurt: Iberoamericana-Vervuert Verlag.

MEZA-LOPEHANDÍA, M., "Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", Anuario de Derechos Humanos 2010, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.. El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinmoamérica y sus evoluciones. Santiago: Librotecnia, 2009.
NOGUEIRA ALCALÁ, H., "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011", Estudios Constitucionales, Año 10, Nº 2, 2012.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C., Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012, Bogotá.

VAZQUEZ, C. M., "Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties", Harvard Law Review, Vol. 122, 2008.

YÁÑEZ, N., "Comentario a 'Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales'", en CONTESSE, J. (Ed.), El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

Normas

Convenio Nº 169 de la organización internacional del Trabajo.
Ley Indigena de Chile Nº 19.253.

Jurisprudencia

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen Nº 70292 de fecha 17 de diciembre de 2009.

Dictamen N° 13.575, de 18 de abril de 2000
Dictamen Nº 70.292 de fecha 17 de diciembre de 2009.

MINISTERIO DE ENERGÍA, Res. Ex. 28 de 7 de julio de 2014, Considerando 7º.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Subsecretaría de Asuntos Sociales, Of. Ord. 3303 de 2 de julio de 2014.

SEA Región de Tarapacá, Res. Ex.148/2013, de 6 de diciembre de 2013.

SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, de 16 de noviembre de 2012, en causa rol 12.533-2012, caratulados "Cruz Plaza Antonio Y Otros / Ministerio De Energía", confirmada por la Corte Suprema con fecha 17 de enero de 2013, rol de ingreso a Corte 9527-2012, Considerando 9º.

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (SCC) T-698/2011. Véase también Sentencia T-880 de 2006 y Sentencia T- 547 de 2010.

SENTENCIA DE LA CORTE IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 144-155.

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 16 de noviembre de 2012, en causa rol 9431-2012, caratulados "Comunidad Indígena Huenchullan/ Ministerio de Energía", confirmada por la Corte Suprema con fecha 17 de

enero de 2013, rol de ingreso a Corte 9526-2012.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAl (STC) de 4 de agosto del 200, Rol 309/2000, considerando 70º y 71º.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAl de 4 de agosto del 200, Rol 309/2000, Considerando 7º.

SENTENCIA CORTE SUPREMA de 4 de enero de 2011, Rol 6062-2010, caratulados "Faumelisa Manquepillán y otros C/ COREMA XIV Región", que confirma la SCA de Valdivia de 10 de agosto de 2010, en causa Rol 243-2010.

SENTENCIA CORTE SUPREMA de 4 de agosto del 200, Rol 309/2000, Considerando 7º.