

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

XI CURSO INTERDISCIPLINARIO EN DERECHOS HUMANOS

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OPTAR AL CERTIFICADO ACADEMICO

DEL XI CURSO

TEMA : LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS:
SISTEMA DE PROTECCION CONSTITUCIONAL PERUANO

NOMBRE: MERCEDES MANUELA MANRIQUEZ ROQUE

ASESORA LEGAL DE LA CONFEDERACION DE NACIONALIDADES
AMAZONICAS DEL PERU - CONAP

LIMA - PERU

1993

*Dejen de podar mis hojas y quitar mi pala
Basta de ahogar mis creencias y cortar mi raíz
Basta de matar mis cantos y callar mi voz
Basta de arrancar mis pulmones y sofocar mi razón
No se seca la raíz de quien tiene semillas
Regadas en la tierra para botar...*

*Eliane Potiguara
Indígena del Brasil.*

*A pesar que nos han matado los blancos
A pesar que nos han exterminado sin contemplación
A pesar que niegan nuestra existencia de Pueblos
Nosotros los Indígenas seguimos viviendo
Nuestras manos siguen abiertas y tendidas
Para compartir la armonía y la Paz con
los que nos quieren acabar...*

*César Sarasara A.
Indígena del Pueblo
Aguaruna del Perú.*

INDICE

INTRODUCCION

1. ORIGEN Y DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
2. CONCEPTUALIZACION: ¿DERECHOS HUMANOS O DERECHOS FUNDAMENTALES?
3. SISTEMA DE PROTECCION CONSTITUCIONAL PERUANO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS
 - 3.1. CONSTITUCION DE 1920
 - 3.2. CONSTITUCION DE 1933
 - 3.3. CONSTITUCION DE 1979
 - 3.4. CONSTITUCION DE 1993
4. DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS: SISTEMA DE PROTECCION CONSTITUCIONAL PERUANO

INTRODUCCION

Resulta relevante abordar el presente tema en un contexto de evidente expansión de los sistemas de protección de los Derechos Humanos pero también de sistemática violación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas dentro del marco de la estructura jurídico-política de los Estados Uninacionales. Los Derechos Humanos tienen diversas formas de protección legal como bien distingue Carlos Chipoco, al señalar que un tipo de protección es la que desarrolla la legislación doméstica es decir la protección legal nacional que se realiza a través del Derecho Constitucional, Penal e incluso Civil y otro tipo de protección de los Derechos Humanos es el que desarrolla el Derecho Internacional a través del sistema universal y de los sistemas regionales.(1)

El Derecho Constitucional está íntimamente ligado al origen y evolución histórica de los Derechos Humanos cuya incorporación a la historia del constitucionalismo se da con la primera generación de Derechos Humanos que tienen su origen en los procesos constitucionales provocados por la revolución americana y la revolución francesa, mientras la segunda generación surge de la Constitución Mexicana de Querétaro en 1917 y la Constitución de Weimar (Alemania) en 1919.(2)

Es importante remarcar que apartir de la Constitución de Weimar y específicamente después de la Segunda Guerra Mundial son numerosas las Cartas Constitucionales que empiezan a establecer un marco de Derechos Fundamentales que conjugan los derechos individuales con los derechos económicos, sociales y culturales; consagrándose la Constitución en un nexo de interdependencia entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales tal como lo señala Antonio Pérez :

" El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales . Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad. Sin que quepa considerar estas tres cuestiones como compartimentos estancos, habida cuenta de su inescindible correlación."(3)

Nos proponemos realizar un reflexión legal y teórica sobre la el Origen y Desarrollo Constitucional de los Derechos Humanos. Se dará especial énfasis al "Sistema de Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas" expuestos en los Textos Constitucionales del Perú durante el Siglo XX; Asimismo, enfocaremos el "Sistema de Protección Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas".

La naturaleza del trabajo escogido nos obligará a ser bibliográfico-descriptivos pero paralelamente también analíticos mediante la confrontación entre los Derechos Humanos, su Positivación y los Derechos Indígenas aún no Positivados. Esto no significa restringir la protección de los Derechos Humanos a su mera positivación pues estamos convencidos que el aspecto legislativo

es un primer paso que debe estar acompañado de mecanismos que garanticen su implementación y vigencia real dentro de la construcción de una cultura democrática. Finalmente, en el desarrollo del trabajo se irán aportando algunos elementos que a partir de la experiencia Constitucional Peruana, nuestro modesto conocimiento y el campo de nuestra lucha diaria con las Nacionalidades Amazónicas del Perú nos atrevemos a formular para la afirmación de la "Defensa de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas".

1. ORIGEN Y DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

El proceso de afirmación Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos tiene sus antecedentes en la Escuela Clásica de la teoría de los derechos naturales. Cabe aquí destacar la tarea de Vitoria y Las Casas, quienes al defender los derechos personales de los habitantes de los nuevos territorios descubiertos y colonizados por la Corona de España, sentaron las bases doctrinales para el reconocimiento de la libertad y dignidad de todos los hombres.(4)

Asimismo, paralelamente al desarrollo de la doctrina iusnaturalista encontramos en las "Cartas Medievales Inglesas de Derechos" importantes aportes de positivación de los Derechos Fundamentales que después llega a la cultura europea y sobre todo norteamericana. Estas Cartas o Declaraciones fueron:

1. La Carta Magna del Rey Juan Sin Tierra de 1215
2. La Petición del Parlamento de 1628 al Rey Carlos I

3. El Habeas Corpus de 1679

4. La Declaración de Derechos o "Bill of Rights" exigida por el Parlamento a William y Mary, príncipes de Orange, en 1689, para acceder al trono de Inglaterra.

Con respecto a la recepción de la tradición inglesa por parte de las colonias norteamericanas afirma Alfredo Vásquez:

" Esta tradición inglesa fue la matriz de donde surgieron declaraciones semejantes en las antiguas colonias de Norteamérica. Entre ellas Bill of Rights de Virginia del 12 de junio de 1776, que recoge muchas de las doctrinas de 1215, 1628 y 1689 de Inglaterra. Se advierte en efecto, esa transculturación jurídica (...), cuando establece que "todos los hombres por naturaleza son igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos fundamentales (...)" "(5)

En efecto, la Declaración Americana de la Independencia del 4 de julio de 1776, los artículos de la Confederación del 15 de noviembre de 1777 y finalmente, la Constitución Federal del 17 de setiembre de 1787 constituyen actos fundamentales inspirados en los principios de la libertad individual y la garantía de los derechos esenciales de la persona humana. Con ellos pasaban al nuevo mundo las costumbres políticas inglesas fundadas en la libertad.(6)

Pero más trascendente será la influencia directa de la tradición británica sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de Francia (la misma que fue parte de la primera Constitución francesa de 1791 y después de la Constitución de 1793). Declaración que al recoger también las ideas del pensamiento teórico liberal

del siglo XVIII, universaliza los principios de libertad, igualdad y los derechos individuales en el mundo; rompiendo con el régimen monárquico absolutista. Apartir de ese momento las Declaraciones de Derechos se incorporan a la historia del constitucionalismo.(7)

Posteriormente, la crisis del Estado liberal durante el siglo XIX con la aparición del capitalismo industrial van a poner en cuestión los clásicos derechos individuales y políticos ante las nuevas demandas de derechos económicos y sociales. Este proceso va a encontrar en el pensamiento crítico de Marx y Engels, expresado en el "Manifiesto Comunista" de 1848 un impulso sustantivo pues coincidimos con Antonio Pérez, en que este Manifiesto se convirtió en la Carta de los nuevos derechos que requerian protección jurídica, entre ellos el derecho al trabajo, a sus frutos y a la seguridad social.(8)

Asimismo, no se puede dejar de mencionar a la Encíclica "Rerum Novarum" del Pontífice León XIII de 1891 que al consagrar la defensa de la "Dignidad Humana" sobre la base de la defensa de los derechos económicos y sociales básicos salario digno, vivienda, alimentación contribuyó al desarrollo de los derechos económicos y sociales. Al respecto, sostiene Carlos Chipoco, que "por un lado, la igualdad de los hombres en su dignidad humana llevó a León XIII a afirmar la existencia de derechos Económicos y

Sociales; por otro, sus dudas sobre la razón frente a la ética lo llevaron a cuestionar la democracia con sus reglas de mayorías y minorías".(9)

A partir de entonces, se inicia todo un Movimiento por el Constitucionalismo Social (Revolución Mexicana, Revolución Rusa, Primera Guerra Mundial) que se va a plasmar en las Constituciones de Francia de 1848, de la URSS de 1918 y 1936, de México de 1917 y de Weimar de 1919; instituyéndose los dos últimos Textos Constitucionales en fuente de inspiración de las Cartas que van a empezar a incorporar las reivindicaciones económicas, sociales y culturales dentro del Sistema de Derechos Fundamentales hasta hacerlos indispensables del Constitucionalismo Moderno. En este contexto se inscriben las Constituciones de 1920 y 1933 del Perú, las mismas que empiezan a tratar estos temas.

Con los "Derechos Sociales" en opinión de Rubio y Bernal, se ubica al hombre en su dimensión social, constitucionalizándose los derechos llamados de la vida social:

"... el derecho acepta paulatinamente al hombre como un ser de naturaleza social, inmerso en la sociedad e identificada en ella a través de un conjunto de relaciones inseparables de la vida misma y del modo como un hombre asume y realiza su condición humana. La familia, el trabajo, la educación, la alimentación, la igualdad de los sexos son tomados como elementos que objetivan un fin concreto: la vida humana como fenómeno colectivo. La vida en sociedad y los derechos que de ella emergen pasan a convertirse en objeto de derecho, en cuanto éste los incorpora al mundo de su normatividad y los constitucionaliza para regular la vida en sociedad, más allá de los intereses individuales."(10)

Sera después de la Segunda Guerra Mundial que con mayor fuerza los Derechos Fundamentales pasan a ser un elemento insustituible de la democracia; consagrándose en Constituciones como la francesa de 1946, la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, la Constitución de Grecia 1975, de Portugal 1976, de España de 1978. Tendencia que también está presente en las Constituciones Latinoamericanas y entre ellas la Constitución de 1979 del Perú y en su última Constitución de 1993, pero con graves retrocesos que a propósito de los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas serán señalados en su oportunidad.

Es con la Carta de las Naciones Unidas de 1946, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y con los posteriores Tratados Internacionales que se concreta la universalización e internacionalización de los Derechos Humanos. En la actualidad el Derecho Internacional de los Derechos Humanos comprende un conjunto de Declaraciones y Convenciones Universales y Regionales por lo cual puede afirmarse que estos derechos hacen parte integrante de las obligaciones de los Estados en el plano internacional, cualquiera sea la naturaleza y el alcance de la normatividad exclusivamente nacional.(11)

Este reencuentro con el "Origen y Desarrollo Constitucional de los Derechos Humanos" nos da elementos teóricos y legales sobre la íntima correspondencia entre la Doctrina

de los Derechos Humanos y el Constitucionalismo, cuya positivación en la casi totalidad de las Cartas Constitucionales del mundo han generado un Sistema de Protección Constitucional de los Derechos Humanos; cumpliendo una función sustantiva para la legitimidad de un sistema democrático, pues sin Derechos Humanos no hay Democracia y sin Democracia no hay Derechos Humanos. Recordamos en este momento la declaración categórica vertida por el Dr. Pedro Nikken en el XI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos "Un régimen que abandona los Derechos Humanos deja de ser democrático."

De esta manera, los Derechos Fundamentales se constituyen en la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana: en su estricta dimensión individual (Estado Liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de la solidaridad, componente social y colectivo de la vida humana (Estado Social de Derecho). (12)

En consecuencia, los Derechos Fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos -acción positiva de los poderes públicos- y, al mismo tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas, garantías de la libertad individual y de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad. (13)

2. **CONCEPTUALIZACION: ¿ DERECHOS HUMANOS O DERECHOS FUNDAMENTALES?**

Cuando queremos determinar qué se entiende por Derechos Humanos o Derecho Fundamentales encontramos en la doctrina que no existe un terminología uniforme pues depende en gran medida del enfoque que cada autor utilice. Pero cabe hacer mención que la mayoría de las veces son empleados como sinónimos; así es como para Antonio Truyol, " decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico_espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados" (14)

La utilidad de la distinción entre " Derechos Humanos y Derechos Fundamentales" deseamos puntualizar en este capítulo para lo cual recogemos el planteamiento que asume Antonio Pérez, cuando siguiendo a la doctrina más aceptada toma como criterio distintivo el diferente grado de concreción positiva de estas dos categorías; señalando que los derechos humanos son los consagrados en las declaraciones y convenios internacionales abarcando incluso aquellas necesidades humanas aún no positivadas y los derechos fundamentales son los derechos consagrados constitucionalmente:

" En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término "derechos humanos" aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los "derechos fundamentales". **Los Derechos Humanos** suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de **los Derechos Fundamentales** se tiende aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y suelen gozar de una tutela reforzada." (15)

Ciertamente resulta significativa la constitucionalización de los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales toda vez que la Constitución es el fundamento jurídico positivo supremo de un sistema normativo, con mandato imperativo respecto de las funciones tuitivas y coactivas del Estado. De este fundamento supremo se deriva el derecho de toda persona a exigir al Estado la protección de los Derechos Fundamentales, constituyéndose su cumplimiento en el presupuesto básico de todo Estado democrático, como antes ya indicáramos.

Sin embargo, cabe resaltar que la protección de los Derechos Humanos trasciende el Derecho Estatal como bien lo afirma Antonio Cançado, "debido a que en la actualidad se ha generalizado el consenso en torno a la internacionalización de su protección, jurídicamente viabilizada por la coincidencia de objetivos entre el derecho internacional y el derecho interno en lo que concierne a la protección de la persona humana". (16) Pero cuya materialización es todavía un reto y una aspiración en el mundo.

Creemos, que esta delimitación entre "Derechos Humanos y Derechos Fundamentales" es útil por sus consecuencias jurídico prácticas, pues a partir de la adopción de estas dos categorías conceptuales; en primer lugar, analizaremos como están positivados los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas en las Constituciones del Perú del siglo XX y su positivación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En segundo lugar, determinaremos el rol fundamental de la Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (que incluyen las demandas indígenas aún no contenidas en los instrumentos internacionales) y el Derecho Constitucional (los derechos efectivamente instituidos) para un auténtico avance normativo y práctico del reconocimiento y protección de los derechos individuales y colectivos de los Pueblos Indígenas. Finalmente, estableceremos la importancia del Diálogo Intercultural para una auténtica afirmación de los Derechos Humanos.

3. SISTEMA DE PROTECCION CONSTITUCIONAL PERUANO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

Constitucionalmente el Perú se ha definido como un Estado Nación negando las diferentes entidades socio_culturales Andinas y Amazónicas que la componen. Cuando hablamos de Estado Nación establecemos la dominación de un sector dominante sobre otro que no es homogéneo, esto ocurre en países pluriculturales como el nuestro donde la falta de reconocimiento de la pluralidad y las diferencias ha

llevado a que un sector domine al otro. Esto es que una minoría homogenice a una mayoría. Este proceso de negación histórica viene desde la colonización Europea del siglo XVI donde se constata la confrontación de dos concepciones distintas del mundo y del hombre. Por un lado, la Europea representada por España en cuya formación y pensamiento el Cristianismo había contribuido, y por el otro se hallaba América cuyas características étnicas eran completamente diversas.

La historia nos da cuenta de tres Proyectos Políticos que marcan la relación entre los Pueblos Indígenas y el Estado Peruano, que consideramos importante mencionar brevemente:

1. Durante el Periodo Pre Moderno, el Proyecto Colonial, asimiló a los Ayllus, adaptándolos a su mecanismo administrativo, cuidando de no atacar ni su estructura, ni sus costumbres mientras no implicarían un peligro inminente para el régimen colonial o para el credo católico. (República de Españoles_República de Indios).(17) Los indios eran libres pero tenían un status legal peculiar, por el cual debían vivir en Reducciones, para asegurar su catequización, el cobro del tributo y el servicio personal.
2. Durante el Periodo Moderno, distinguimos dos Proyectos: El primero, se inicia desde la Independencia de 1821 hasta el año 1919, donde se buscó la asimilación de los Pueblos Indígenas al resto de la población no indígena, suprimiéndose por Decretos todas las

barreras impuestas por la colonia entre "indios y no_indios" ; eliminándose la Propiedad Comunal Indígena, tal como lo señalará el connotado constitucionalista José Pareja:

" Si la **Emancipación** fué un positivo adelanto en materia política no lo fué en lo que se refiere a la justicia social. Careció de un programa agrario. **Imbuída de liberalismo, atacó en nombre de sus postulados a las Comunidades. Se consideraron a éstas como rezagos coloniales, como instituciones que convenia eliminar.**"(18)

Así tenemos que, desde la perspectiva liberal para ser libres los hombres tienen que ser iguales y en esta igualdad de todos ante la ley no hay indígenas sino peruanos. Se pensó que las diferencias acabarían por desaparecer formándose una sola Nación homogénea bajo un solo Estado.

El segundo, es el que tiene lugar con el Movimiento Indigenista de 1920 hasta la actualidad, en el cual se constata que el proceso de homogeneización continúa, pero a los criterios integracionistas se suma el reconocimiento y el respeto a las peculiaridades de las Comunidades Indígenas.

Estos cambios surgen del cuestionamiento a la igualdad jurídica frente a la desigualdad real, ante la influencia del Movimiento Constitucionalista Social que emerge de la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919. Innovaciones que se incorporan en la Constitución Política de 1920, se confirman en la Constitución Política de 1933, tienen un tratamiento más orgánico e integrado en

la Constitución de 1979 y sufren un retroceso en la Constitución de 1933 recientemente aprobada mediante Referendum del 31 de octubre .

3.1. CONSTITUCION DE 1920

La Constitución de 1920, en el Título II y III de las "Garantías Nacionales" y de las "Garantías Individuales" respectivamente bajo el principio de la igualdad de todos ante la ley (Art.17) estableció un conjunto de derechos y libertades individuales generales como: la protección al honor y la vida salvo por crimen de homicidio calificado y por traición a la patria; la libertad laboral, de conciencia, de tránsito, de reunión, de prensa, entre otros; y constitucionalizó el Habeas Corpus como mecanismo de protección de la libertad individual.

Con relación específica a los Derechos Individuales de los Pueblos Indígenas constatamos que el Art.22 garantizó su libertad personal "No hay ni puede haber esclavos en la República". Con respecto a la libertad individual el Dr. Javier Prado Presidente de la Comisión de Constitución declaraba que las garantías individuales tienen gran amplitud. Consideraba que es esencial suprimir cualquier posibilidad de esclavitud en el país, por lo que propuso adicionar el precepto que nadie nace esclavo con la declaración que " no se reconoce pacto ni imposición que prive de la libertad individual", lo que es esencial tratándose de la raza indígena (19), quedando incorporado.

Siguiendo una corriente ideológica que ubica a los Indígenas en situación de tutelados el Texto Constitucional no les concedió el derecho de sufragio, porque en el fondo se les percibía como personas menores de edad, sin capacidad para elegir porque no sabían leer ni escribir, negándose de esta manera todo derecho político a los Indígenas, (Art. 66) "Gozan de derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que saben leer y escribir...". Así también se les negó el derecho a la afirmación de su identidad étnica-cultural.

El Título IV de las "Garantías Sociales", contempló los derechos relativos a la salud, al trabajo, a la educación y a la propiedad; pero sólo dedicó dos Artículos (58 y 41) a los derechos colectivos Indígenas. El Art. 58, donde se reconoció la existencia legal de las Comunidades Indígenas, rectificando cien años de omisión con las legislaciones liberales desde los Decretos de Bolívar de 1824 y 1825 que ordenaron su disolución hasta las Constituciones anteriores que al silenciarlas las pusieron tácitamente al margen de la ley.

Si bien estamos ante una de las reformas más trascendentales de la Constitución de 1920 debemos indicar que por un lado, otorgó status constitucional a las Comunidades Indígenas en tanto entidades comunales pero no en su condición de "Pueblos"; por otro, se percibe una concepción proteccionista en el Art. 58:

" El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades.

La Nación reconoce la existencia legal de las Comunidades de Indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden."

El Art.41 sancionó la propiedad comunal de las Comunidades Indígenas, sin garantizar su integridad pues dejó librada a la Ley las condiciones para su transferencia:

" Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de Comunidades de Indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley."

De este modo, consideramos que se volvió al sistema proteccionista del régimen colonial, pero sin el tributo, ni el servicio personal. Proteccionismo que estaba acompañado de una negación de los derechos de las Comunidades Indígenas a la educación (sólo podían haber escuelas en las capitales de distrito y no se tenía en cuenta ni la ubicación geográfica ni la especificidad cultural de las Comunidades) y a la participación política como entidad colectiva.

3.2. CONSTITUCION DE 1933

La Constitución de 1933 en el Título II de las "Garantías Constitucionales." Capítulo I de las "Garantías Nacionales y Sociales" y Capítulo II de las "Garantías Individuales"; así como en el Título III de la "Educación" bajo el mismo principio de la igualdad jurídica (Art.23) confirmó los derechos individuales y sociales establecidos en la Constitución de 1920; relativizó aún más el derecho a la vida

mediante la aplicación de la pena de muerte en su forma más extensa para los delitos de traición a la patria y homicidio calificado y otros que señale la ley; acentuó mejor los derechos de libertad laboral, prensa, conciencia, reunión, salud, educación, propiedad; incorporó la protección al trabajo, la negociación colectiva, la protección de la familia, la defensa de la infancia entre otros; y amplió la acción de Habeas Corpus para la protección de los derechos individuales y sociales.

En cuanto a los Derechos Individuales específicos de los Pueblos Indígenas se les continuó negando tanto el derecho al sufragio, (Art. 86) como el derecho a su afirmación étnica-cultural; en una clara marginación política y discriminación cultural.

La Constitución de 1933, a diferencia de la Constitución de 1920 dedicó un Título específico a las Comunidades Indígenas (XI) cuyos artículos perfeccionaron y ampliaron los contenidos consagrados en la anterior Constitución.

El Art. 207 estableció un avance en el status constitucional de las Comunidades Indígenas pues se le reconoció no sólo su existencia legal sino también su personería jurídica, es decir su plena capacidad jurídica por el hecho de su existencia:

"Las Comunidades de Indígenas tienen existencia legal y personería jurídica"

Asimismo, se garantizó la integridad de la propiedad de las Comunidades Indígenas(Art.208);se consagró la imprescriptibilidad, inenajenabilidad e inembargabilidad de la propiedad de las tierras comunales(Art.209); se expresó el propósito del Estado de dotar de tierras a las Comunidades que no las tengan en cantidad suficiente (Art. 211);se fijó la autonomía de las Comunidades Indígenas frente a los Consejos Municipales (Art.210);y el Estado se obligó a dictar una legislación especial Indígena (Art. 212)

Cabe mencionar,que en el Debate de la Constituyente el Señor Arca Parró manifestó que había llegado el momento no sólo de establecer el régimen legal sino analizar el régimen de la propiedad propendiendo a socializarla. Señaló que había que poner límite al acaparamiento de la propiedad territorial para dar paso a un sistema colectivo.Hizó ver que la propiedad tenía un carácter feudal y que debía tenerse en cuenta el postulado de la Revolución Mexicana de que las "tierras corresponden a quien las cultiva".(20)

En la misma óptica,el Señor Victor Andrés Belaunde consideró de justicia dar tierras a las Comunidades Indígenas que no las posean, y al mismo tiempo limitar el latifundio improductivo como medida agraria que se venía planteando hace muchos años;en efecto agregó que desde 1789 se pensó limitar la propiedad privada y de dotar de tierras a los Indígenas; pero las Cortes de Cadiz pretendieron darle sentido individualista y Bolívar siguió esa tradición y

terminó diciendo "Hagamos una Constitución justiciera y dejemos que el Estado dé tierras suficientes a los Indígenas que no las tengan, tomándolas de los latifundios o de las tierras del Estado"(21)

De lo expuesto, sostenemos que efectivamente en el plano Normativo Constitucional se continuó reconociendo a las Comunidades Indígenas como sujeto de derechos, pero dentro de una concepción tutelar, donde el problema Indígena era visto como una cuestión agraria, en el cual no había una redefinición de la concepción misma del Estado Nación, no se reconocía la diversidad cultural, y no se otorgaban derechos políticos.

3.3. CONSTITUCION DE 1979

En la elaboración de la Constitución de 1979 es posible advertir muchas influencias según Domingo García que consideramos de utilidad destacar para efectos de tener como referencia el contexto en que se inscribe la Constitución de 1979 en el momento de su formulación:

- a. En el plano político, el reciente pasado desarrollado por el gobierno militar; además los gobiernos de Belaunde (1963-1968) y de Bustamante y Rivero (1945-1948).
- b. En el plano ideológico, las reformas sociales de la década del 60 y la presencia de un Estado interventor. Hay también la influencia de las Constituciones de España de 1978, de Italia de

1947, de Alemania de 1949, y de Venezuela de 1961; así como de las normas internacionales del sistema de protección universal y regional de los Derechos Humanos (22).

Debemos señalar, que una de las épocas de importante innovación legislativa que posteriormente es incorporada en la Constitución de 1979 tiene lugar durante la década del 60 y 70; esta innovación se gesta con la Ley de Reforma Agraria No 15037 de 1964, la Ley de Reforma Agraria DL No 17716 de 1969, el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas del Perú DS No 37-70-A de 1970, la Ley de Comunidades Nativas y Promoción Agropecuaria de las Regiones de Selva y Ceja de Selva DL No 20653 de 1974, y la Ley de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva DL No 22175 de 1978. Leyes que cambian la conceptualización de las Comunidades Indígenas por "Comunidades Campesinas" de origen Andino y "Comunidades Nativas" de origen Amazónico.

Es así como, la Constitución de 1979 en el Título I de los "Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona" consagra los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales, recogiendo gran parte de la normatividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, colocando como centro de la sociedad y del Estado a la persona humana:

" La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla" (Art. 1)

Al respecto, compartimos la crítica de Rubio y Bernaldes:

"...debió hacerse una declaración inicial que no pusiera al individuo simplemente como centro de la sociedad y del Estado, sino que le diera sus adecuadas dimensiones a la vez individuales y sociales, estableciendo que todos y cada uno de los derechos le pertenecen no sólo en cuanto individuo, -sino también en cuanto miembro que actúa en el todo social, en sus diferentes facetas: sociales, laborales, políticas, etc."(23)

Sin embargo, no se puede dejar de reconocer el avance significativo en lo que respecta a la protección de los derechos individuales de la persona humana (el derecho a la vida recupera su primacía y la pena de muerte sólo es aplicable en caso de traición a la patria) y en lo relativo a la libertad y seguridad personales plasmados en el Título mencionado.

De otra parte, se mantiene el principio de la igualdad jurídica incidiendo que se trata de una igualdad "sin discriminación" por razones de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Así también, en el Título I se integran de un modo más orgánico los derechos económicos y sociales: Familia; Seguridad Social y Bienestar; Educación, la Ciencia y la Cultura; Trabajo, Derechos Políticos, entre otros.

En otro punto: se establece las Acciones de Habeas Corpus y Amparo como garantías constitucionales que cautelan la libertad individual, y los demás derechos reconocidos constitucionalmente (Art. 295); se otorga jerarquía constitucional a los Tratados relativos a Derechos Humanos, cuya modificación se rige por el procedimiento de reforma

constitucional; y mediante la disposición 16ta. se ratifican constitucionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62 referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con relación a los derechos individuales específicos de los Pueblos Indígenas (Campesinos y Nativos) tenemos que, por un lado, se revierte la tradición constitucional que les negaba el derecho al sufragio (Art. 65) para lo cual como todo ciudadano peruano deben reunir tres condiciones: Ser mayor de 18 años, estar inscrito en el Registro Electoral y estar en el goce de su capacidad civil; por otro, se mantiene la negación del derecho a la afirmación y respeto de su identidad étnica-cultural como persona humana.

La Constitución de 1979 regula los derechos económicos, sociales y culturales de las Comunidades Indígenas básicamente en el Título III Del Régimen Económico Capítulo VIII de las "Comunidades Campesinas y Nativas" lo cual es impropio pues el problema de los Pueblos Indígenas no sólo es económico, además es político, social y cultural. Aunque cabe hacer mención que otros derechos se enfatizan también en otros Capítulos del Texto Constitucional.

En el Capítulo VIII al igual que en la Constitución de 1933 se reconoce la existencia legal y personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas, pero se avanza en términos de reconocer niveles de autonomía:

" Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece..." (Art. 161)

Se trata pues de un reconocimiento legítimo de las Comunidades, pero sin una redefinición del concepto y de la estructura jurídico-política del Estado.

En el ámbito de los derechos culturales de las Comunidades Indígenas, el Estado se obliga a respetar y proteger sus tradiciones, así como a promover la superación cultural de sus integrantes. Esto último debemos entenderlo como la promoción de la cultura de las Comunidades y no como el paso obligado de la cultura tradicional a la cultura occidental como lamentablemente ocurre en la realidad, en un grave atentado a éste derecho fundamental.

Asimismo, el Estado se obliga a preservar las manifestaciones de las culturas nativas (Art. 34); garantiza el derecho de las Comunidades a recibir educación primaria en su propio idioma (Art. 35) y se estipula que son de uso oficial el Quechua y el Aymara, y que las demás lenguas aborígenes integran también el patrimonio cultural de la nación. (Art. 83)

Respecto a los derechos económicos de las Comunidades Indígenas, el Estado asume la obligación de promover su desarrollo integral y fomentar las empresas comunales y Cooperativas, (Art.162); y se establece como en la Constitución de 1933 los principios de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad de las tierras comunales (Art.163).

Debemos agregar que el principio de inalienabilidad de las Tierras comunales se relativiza, cuando se promueve su venta mediante Ley fundada en el interés de la Comunidad y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas (Art.163).

Consideramos que, esta excepción al principio de inalienabilidad pone en riesgo la integridad del territorio comunal ante el fuerte impacto de las colonizaciones, el proceso de aculturación y el fracazo de las políticas agrarias en el país. Finalmente, se prohíbe el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.

Por otra parte, la Constitución de 1979 dentro de una concepción de Estado social de derecho legitima el proceso de Reforma Agraria iniciado durante el gobierno militar, mediante su constitucionalización en el Capítulo VII del "Régimen Agrario" del Título III del Régimen Económico;

donde se otorga prioridad al desarrollo del sector agrario (Art. 156); se garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en todas sus modalidades individual y colectiva, directamente conducida por sus propietarios, y se establece que las tierras abandonadas revierten al Estado para su adjudicación a campesinos sin tierras (Art. 157); se estipula que es el Estado con participación de los agricultores, el que ejecuta la política agraria (Art.158) y se consagra a la Reforma Agraria como el instrumento de la transformación de la estructura rural y promoción del hombre del campo.(Art.159)

En definitiva, estamos frente a una Constitución que si bien avanzó en el reconocimiento de importantes derechos individuales y colectivos de las Comunidades Indígenas no resuelve el problema de la articulación de las diferencias en un Nuevo Modelo Constitucional de Sociedad que pasa por la redefinición de la estructura jurídico-política del Estado, donde se respete el pluralismo jurídico y la diversidad cultural.

3.4. CONSTITUCION DE 1993

El mundo después del fin de la Guerra Fria y de la Bipolaridad vive un reordenamiento mundial donde existen intentos por constituir un bloque neoliberador ante la caída de las prácticas socialistas. Este proceso definitivamente tiene influencia en los países del tercer mundo; cuya crisis de

legitimidad por la desigual distribución de la riqueza y el incumplimiento de los derechos sociales está generando un corriente ideológica de retroceso, limitación y negación de estos Derechos Fundamentales.

Se acusa al Estado Bienestar de ser el generador de la crisis económica mundial que pone en peligro las Democracias. Sin embargo, este cuestionamiento no es nuevo, pues al tratar sobre "el Origen y Desarrollo Constitucional de los Derechos Humanos" hemos podido verificar que la constitucionalización de los derechos sociales ha sido un proceso de fuertes confrontaciones políticas y sociales (la Revolución Mexicana, la Revolución Rusa y la Primera Guerra Mundial).

En este contexto descrito, se inscribe la Nueva Constitución aprobada mediante Reférendum del 31 de Octubre del 1993 (SI 52.1 % , NO 47.8 % , según los últimos datos extra-oficiales) Carta que formaliza constitucionalmente un retorno a las ideas políticas y económicas del Estado Liberal de Derecho (Neoliberalismo) donde el Estado no interviene para cumplir las demandas sociales, **no existe sectores prioritarios** y la sociedad queda sujeta al "libre juego de la oferta y la demanda". En consecuencia, se intenta debilitar el Estado Social de Derecho y con él los Derechos Fundamentales.

Recordemos parte de las Exposiciones del Señor Carlos

Torres y Torres Lara Presidente de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático - CCD en las principales ciudades del país y Foros Universitarios sobre los cambios introducidos en la Nueva Constitución:

" No es posible en un mundo competitivo, e integrado e internacionalizado avanzar bajo el principio de que el Estado debe asumir la solución de casi todos los problemas sociales. Ahora es necesario fomentar la idea de la acción propia y la ayuda mutua de los ciudadanos, para resolver los problemas sociales, dejando a cargo del Estado sólo la atención de las necesidades fundamentales.(...).(....) el mundo es liberal en materia económica. Por tanto el Perú no puede pretender establecer para mañana o para los próximos años, un nuevo sistema económico diferente a todo el mundo."(24)

" Somos un país en creación camino a convertirse en un país mestizo. 500 años de descubrimiento no han sido suficientes para lograr la integración. No se ha resuelto el problema porque una cultura no ha podido absorber a la otra. No somos un país mestizo pero debemos llegar a ello imponiendo lo que cada cultura tiene. Nuestra integración ha sido lenta pero debemos reconocer que somos actualmente un país múltiple, de varias culturas que deben respetarse para lograr la integración dentro de 200 años más."(25)

En este orden de ideas, la Nueva Constitución Política en el Título I de la "Persona y de la Sociedad" Capítulo I de los "Derechos Fundamentales de la Persona" empieza negando los principios y valores anteriores y superiores a la sociedad y al Estado; la persona humana deja de ser el fin supremo de la sociedad y el Estado pues ahora es más importante la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad que la persona misma; y se elimina todo rol del Estado en cuanto a la persona humana (Art.1):

" La defensa persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"(26)

La Constitución de 1993 si bien confirma gran parte del Catálogo de Derechos Individuales de la Constitución de

1979, debemos indicar que ante la incapacidad del Estado y de la sociedad para lograr por si misma la Pacificación se produce un retroceso sustantivo respecto a la "defensa de la vida" mediante la ampliación de la pena de muerte a los casos de terrorismo (Art. 140), cuando el primer derecho que un Estado debe garantizar es el derecho a la vida en tanto la persona humana es la razón de su existencia.

Por otro lado, se mantienen " la igualdad ante la ley" (Art.2 inc. 2); los derechos de libertad y seguridad personales; los derechos sociales y económicos (Capítulo II) cuyo contenido y alcance se enuncian de manera imprecisa en unos casos y en otros se deja librado a la ley su precisión lo que los hace depender de la intención de cada gobierno de turno; y las Acciones de Habeas Corpus y Amparo con la incorporación de la Acción de Hábeas Data.

Por último, indicamos nuestra crítica respecto a la eliminación del Art.105 de la Constitución anterior que otorgaba Jerarquía Constitucional a los preceptos contenidos en los Tratados de Derechos Humanos.

Ahora, sobre los Derechos Individuales específicos de los Pueblos Indígenas (Campesinos y Nativos) se mantiene el derecho de sufragio como a todo ciudadano en el goce de su capacidad civil (Art.31) y se produce una proposición innovadora que afirma su derecho a la identidad étnica y

cultural Art.2 inc. 19:

" Toda persona tiene derecho:

A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete..."

Pero si la perspectiva del Modelo de Sociedad que se aspira es lograr la integración hasta convertirnos en un país totalmente mestizo condenando a los Pueblos Indígenas a su desaparición dentro de 200 años más creemos que no hemos avanzado hacia un verdadero diálogo intercultural y de afirmación del pluralismo jurídico-cultural de nuestro Estado.

En cuanto a los Derechos Colectivos, la Nueva Constitución integra los Capítulos VII del Régimen Agrario y VIII de las Comunidades Campesinas y Nativas de la Constitución de 1979 en un sólo Capítulo VI del "Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas" dentro del mismo Título III del Régimen Económico; reiterando el reconocimiento de la existencia legal y personería jurídica de las Comunidades (Art.89); pero a la vez limitando y eliminando un conjunto de derechos sobre la propiedad de la tierra que fueron conquistas del Movimiento Campesino-Indígena Peruano, entre ellos:

- a. Se suprime los Principios de Inalienabilidad e Inembargabilidad de las tierras comunales al establecer el Art.89 su libre disponibilidad. Se argumenta que la Protección consagrada en las Constituciones de 1933 y

1979 han impedido el desarrollo de las Comunidades y que es necesario incorporarlas al Mercado mediante la liberalización de la propiedad de las tierras; olvidándose que muchas de las Comunidades Campesinas y Nativas ya están actuando en el mercado y es necesario que Constitucionalmente el Estado asuma obligaciones concretas para equilibrar la desigualdad en las relaciones sociales y económicas. Creemos que es importante introducir mejoras para su desarrollo integral, modernizarlas pero sin incorporar elementos que puedan conducir las a su destrucción, además no es suficiente con reconocer el derecho de la propiedad de las tierras se requiere también garantizar su integridad como base de la identidad étnica-cultural de los Pueblos Indígenas (Cosmología-Hombre-Territorio)

- b. El Principio de Imprescriptibilidad de las tierras comunales ha sido relativizado al incorporarse la figura del "Abandono" como causal de la pérdida de la propiedad comunal (Art. 89). El problema central está en cuáles serán los criterios que se emplearán para determinar el "Abandono" sobre todo tratándose de las tierras de las Comunidades Nativas cuyas prácticas productivas se realizan en función al descanso periódico de los suelos, por la naturaleza ecológica del ecosistema amazónico.
- c. Las tierras declaradas en "Abandono" pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta y se elimina

la preferencia de la adjudicación a los campesinos sin tierras (Art.88)

- d. Asimismo, se elimina la obligación concreta del Estado de promover el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas, y el fomento de las empresas comunales y cooperativas. (Art. 162. Const. 79)
- e. Se limita el carácter prioritario del Sector Agrario. el Estado no asume una responsabilidad específica respecto al desarrollo de la actividad agraria y desaparece la Reforma Agraria como instrumento de transformación de la estructura rural y de promoción integral del hombre campo.

Con relación a los derechos culturales se precisa que el "Estado respeta la identidad cultural de las comunidades Campesinas y Nativas" (Art.89), garantiza la educación básica bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. y **promueve la integración nacional** (Art.17)

Respecto a los derechos políticos señalamos que en la Nueva Constitución se perdió la oportunidad de que el Estado avanzará en el reconocimiento de derechos políticos de participación y representación a las Comunidades Campesinas y Nativas como entidades colectivas en las diferentes instancias de Gobierno Nacional, Regional y Local.

Finalmente, sobre el reconocimiento de la existencia del Derecho Consuetudinario y los Procedimientos de Administración de Justicia se avanza en el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las Comunidades Campesinas y Nativas; pero se condiciona su ejercicio al apoyo de las Rondas Campesinas, lo cual creemos puede originar fuertes conflictos sociales como de hecho ya ocurren por la distinta naturaleza cultural y política de las Rondas Campesinas respecto a las Comunidades Campesinas y Nativas.

Actualmente, en el Perú existen Rondas Campesinas Autónomas cuyo origen viene de la tradición histórico-cultural de las Comunidades Campesinas, creadas como mecanismos de defensa y orden interno de la Comunidad, pero también hay Rondas Campesinas Militarizadas creadas con motivo de la generalización de la violencia política que afecta a nuestra sociedad desde hace 13 años. Esta es una realidad que debió tenerse en cuenta en la redacción del Art. 149.:

" Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial"

En nuestra opinión, creemos que la Ley puede perfeccionar los vacíos e imprecisiones del Art. 149 y puede coadyuvar a la articulación de las prácticas jurídicas de las Comunidades con la Doctrina de los Derechos Humanos en un diálogo intercultural que afirme la vigencia y práctica de

los Derechos Humanos, sin asumir posiciones extremas del relativismo cultural radical ni del universalismo radical.

"Una versión radical del relativismo cultural podría sostener que la cultura es la única fuente de validez de un derecho moral o de una norma. El universalismo radical, por el contrario, podría mantener que la cultura es irrelevante para juzgar la validez de los derechos morales y las normas, que serían universalmente válidos."(27)

En este sentido, compartimos el planteamiento de Allison Dundes, de que es posible construir una alternativa a la universalidad de los derechos basada en la transculturalidad, a través del hallazgo empírico de derechos que coincidan en diversos tipos de sociedades.(28)

En suma, consideramos que el Sistema de Protección Constitucional establecido en la Nueva Constitución Política es al igual que en las Constituciones de 1920, 1933 y 1979 continúa manejando los mismos paradigmas respecto de los Pueblos Indígenas a quienes se les niega su condición jurídica de "Pueblos" con una identidad étnica, cultural y política preexistente y aún vigente; no se les garantiza un real reconocimiento Consuetudinario de sus Territorios que incluya facultades políticas de autogobierno más allá del ámbito comunal; priman más los objetivos Integracionistas del Estado Uninacional a través de la Constitucionalización de un "Derecho Comunal" (Comunidades Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas) desarrollado desde la Constitución de 1920, aunque tiene muchos límites que cuestionamos, pensamos también que ha permitido hasta hoy espacios jurídicos de asunción de Derechos Fundamentales a los Pueblos Indígenas; que deben ser profundizados camino hacia

un Nuevo Modelo Constitucional de Sociedad Democrática basada en la articulación de las Diferencias, las Autonomías y el Pluralismo Jurídico-Político en la Estructura y Funcionamiento del Estado (Estado Multinacional). En pocas palabras debemos ingresar a la Post-Modernidad construyendo la Unidad en la Diversidad; y un primer paso hacia la Unidad deberá ser la Ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

4. DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

La reflexión legal y teórica sobre el "Origen y el Desarrollo Constitucional de los Derechos Humanos" y el análisis del Caso Peruano sobre los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas nos permite afirmar, en primer lugar la importancia del Movimiento Constitucional Social en la evolución de los Derechos Humanos, cuya universalización e internacionalización se concreta con la Declaración Universal de 1948 y tiene un desarrollo posterior con el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ambos de 1966. En segundo lugar, que los Derechos Humanos han pasado de ser una cuestión propia y casi exclusiva del Derecho Constitucional de cada Estado a un plano en el que coexisten la regulación interna con la internacional. En tercer lugar, es evidente la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitucionalización de los derechos consagrados tanto en el sistema de protección universal como regional.

Ahora bien, recordando las dos categorías conceptuales que hemos adoptado sobre la distinción entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, donde los Derechos Humanos comprenden los derechos positivados en las Declaraciones y Convenios, así como las exigencias básicas que no han alcanzado un status jurídico-positivo; mientras los Derechos Fundamentales aluden a los derechos reconocidos y garantizados en la mayor parte por la Normativa Constitucional. En el presente Capítulo, nos proponemos mostrar la positivación internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y los Derechos Indígenas que debiendo ser objeto de positivación y protección no lo han sido todavía; asimismo, el rol fundamental de la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno para el avance normativo y práctico de los Derechos Indígenas y por último la importancia del "Diálogo Intercultural" para la afirmación y evolución del concepto de Derechos Humanos.

En la Legislación Internacional encontramos pocas Declaraciones y Convenciones que dan un tratamiento específico a los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas; en efecto, desde la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), se ha desarrollado un sistema de protección internacional de los Derechos Humanos Universales de todo ser humano sin distinción que comprende la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), La Convención Suplementaria

sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960) entre otros; los mismos constituyen un sistema de protección general de los derechos de los Pueblos Indígenas en tanto personas individualmente consideradas y en tanto personas pertenecientes a la comunidad social, pero no afirman a los Pueblos Indígenas como sujetos de Derechos Colectivos.

Cabe remarcar que, el Único Instrumento Internacional sobre los Derechos específicos de los Pueblos Indígenas es el Convenio 107 sobre "Poblaciones Indígenas y Tribuales" aprobado por la Organización Internacional del Trabajo-OIT en 1957;el mismo fue criticado por su carácter paternalista, asimilacionista e integracionista lo que llevó a su revisión y posterior enmienda mediante la aprobación del Convenio 169 sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes"(1989) cuyos articulados se centran en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, y no incorpora derechos políticos como la Autodeter-

minación; pues la OIT cumple sólo objetivos económicos y sociales.(29)

Actualmente, el nuevo Convenio 169 de la OIT esta siendo ampliamente debatido por los Pueblos Indígenas; es el caso de la Segunda Reunión Cumbre de Pueblos Indígenas realizada en México (Octubre de 1993) donde los Delegados Indígenas reconocen que el Convenio 169 representa un paso positivo hacia el reconocimiento internacional de ciertos derechos indígenas y aporta un entendimiento más amplio de sus necesidades; aunque no establece plenamente todos sus derechos (30).

Al respecto, menciona Rigoberta Menchú, que el Art.1, "3" limita seriamente los derechos de los Pueblos Indígenas en el plano del Derecho Internacional:

" 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 "

No obstante lo anterior, piensa que el Convenio en mención es un primer paso para establecer mejores relaciones entre los Pueblos Indígenas y los Estados (31).

Asimismo, después de 11 años de estudio el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Sub-Comisión sobre la Prevención de la Discriminación y para la Protección de Minorías de la ONU ha terminado el proceso de redacción del "**Proyecto de Declaración Universal sobre los Derechos**

de los Pueblos Indígenas"; y lo ha recomendado a la Sub-Comisión para su consideración en su 46o. periodo de sesiones de 1994.

Los Pueblos Indígenas señalan que el Proyecto de Declaración constituye el mejor esfuerzo realizado hasta la fecha para asegurar el reconocimiento internacional de los derechos indígenas, pero indican también que no es un reflejo auténtico de estos derechos ya que ellos no han aprobado dicho Documento. (32)

Por otra parte, expresan sus críticas al sistema de aprobación porque si bien el Grupo de Trabajo recibió e integró sus contribuciones en el Texto no se les permite presentar enmiendas en la fase actual del proceso de redacción; (33) en consecuencia, existe una preocupación que en las diferentes instancias al que deberá ser presentado el Proyecto de Declaración se desnaturalize su contenido fundamental, por lo cual demandan se mantengan los términos: **PUEBLOS INDIGENAS, AUTODETERMINACION, TERRITORIOS, Y PROPIEDAD INTELECTUAL.** (34)

Finalmente, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos de la OEA ha aprobado en su 83o periodo de sesiones (Marzo de 1993) el "Informe sobre la Primera Ronda de Consultas sobre el Futuro Instrumento Legal Interamericano sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas"; en una

iniciativa por reconocer y garantizar a nivel Interamericano los Derechos Humanos Individuales y Colectivos de los Pueblos Indígenas.

La Legislación Internacional de los Derechos Humanos, la experiencia constitucional de los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Perú y las Demandas de las Organizaciones Representativas de los Pueblos Indígenas del Mundo; nos indica que existen Derechos Indígenas que deben ser reconocidos y garantizados a nivel del Derecho Internacional y del Derecho Interno de los Estados y que no lo han sido todavía; algunos están en proceso de aprobación como el Proyecto de Declaración de la ONU, otros están en proceso de elaboración como el Instrumento Legal de la OEA y en el caso peruano están en proceso de retroceso, limitación o negación. Al respecto, los Derechos Indígenas que deben ser reconocidos y garantizados básicamente son:

- a. El reconocimiento de los Pueblos Indígenas como sujetos de Derecho Internacional y Derecho Interno.
- b. El Derecho a la Libre Autodeterminación en el marco jurídico-político de los Estados.
- c. El Derecho al control jurídico-político, económico y cultural sobre sus Territorios Ancestrales articulado a un Nuevo Modelo Constitucional de Sociedad Democrática (redefinición del Estado Nación).
- d. El Derecho al Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia en un diálogo intercultural con la Doctrina de los Derechos Humanos.
- e. El Derecho a la Participación y Representación Política en la estructura jurídico-política de los Estados.
- f. El Derecho a la Propiedad Intelectual.
- g. El Derecho a un Sistema de Protección Estatal que frente a la igualdad jurídica busque la igualdad real en la sociedad.
- h. El Derecho a la Conservación de su Medio Ambiente y al Desarrollo Sustentable.

Creemos que, la falta de reconocimiento y garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Derecho internacional y el Derecho Interno, es una forma más de violación sistemática de sus Derechos Humanos; en este sentido compartimos las afirmaciones acertadas del distinguido Antropólogo Dr. Rodolfo Stavenhagen:

"La violación de los Derechos Humanos de los grupos indígenas no se manifiesta solamente por las carencias de orden material y los procesos de despojo y explotación de los que son víctimas, que han sido extensamente documentados (...), sino también porque se les ha negado sistemáticamente la posibilidad de poder conservar y desarrollar sus propias culturas..." (35)

"Es cada vez más evidente que la vigencia y efectividad de los Derechos Humanos individuales universales entre los Pueblos Indígenas pasa por el reconocimiento de sus Derechos Etnicos Colectivos." (36)

Desde este punto de vista, consideramos que en un mundo cada vez más interdependiente y globalizado la interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno de los Estados, ha de cumplir un rol fundamental en el avance normativo y práctico de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, pues el fenómeno de la universalización e internacionalización de los Derechos Humanos no es un proceso concluido sino un asunto abierto al futuro. (37)

Ahora, Héctor Gros, señala que "el adelanto en el proceso de universalización de la idea de los derechos del hombre es paralelo al progreso cumplido en cuanto al concepto y al contenido de los llamados Derechos Humanos." (38) Es decir,

que los Derechos Humanos en función a las necesidades humanas (individuales y/o colectivas) han ido evolucionado y siguen evolucionando abriendo nuevos espacios de consenso y entendimiento entre los seres humanos. Este proceso lo encontramos en los Derechos de la Primera, Segunda y Tercera Generaciones sin que signifique cada uno de ellos unidades independientes, pues constituyen un todo integral, indivisible e interdependiente.

Nosotros pensamos que los Derechos Humanos que reivindican los Pueblos Indígenas no responden a nuevas exigencias humanas, se trata de demandas históricas que tienen su origen en la colonización europea del siglo XVI, en la constitución de los Estados Nacionales que han generado una estructura jurídico-política que niega su existencia como entidades colectivas y por tanto su derecho a ser reconocidos como sujeto de derechos individuales y colectivos.

En estas circunstancias, creemos que se impone la necesidad de un "Diálogo Intercultural" para la afirmación y evolución de los Derechos Humanos donde se dejen de lado todos aquellos paradigmas (Soberanía de los Estados, Seguridad Nacional, Unidad Nacional, Derecho Positivo) que hasta hoy no han permitido una incorporación real de los valores de los Pueblos Indígenas en el concepto y contenido de los Derechos Humanos. Se trata pues, de no asumir las posiciones

extremas del relativismo radical ni del universalismo radical; al respecto coincidimos con la afirmación de August Monzoni:

" para que este consenso responda a un verdadero diálogo, debe aceptarse como punto de partida que la idea de derechos humanos (de humanitas o dignidad humana) forma parte del patrimonio ético común de la humanidad y, a la vez, toda cultura y visión del mundo encierra elementos valiosos cuya pérdida afectaría a toda la familia humana.- Los enfoques etnocéntricos en general y occidentalistas en particular resultan, por tanto, inadmisibles. Ello no significa que la tradición occidental o, propiamente, las diversas tradiciones religiosas, filosóficas y políticas surgidas o desarrolladas en occidente -no sólo el liberalismo- carezcan de relevancia histórica o de virtualidad actual en punto a los derechos humanos. Su presencia, junto a las demás tradiciones, resulta indispensable de cara al diálogo. "(39)

En conclusión, estamos convencidos que la apuesta por un "Diálogo Intercultural" entre los Estados, la Comunidad Internacional y los Pueblos Indígenas es también una apuesta por la contrucción de nuevas relaciones humanas camino hacia un Mundo Post_Moderno basado en la articulación y armonía de las diferencias y el pluralismo jurídico_político, cuyo Núcleo Básico son los Derechos Humanos. Sólo así, afirmaremos la Cultura de los Derechos Humanos.

"LOS PUEBLOS INDIGENAS DEMANDAN UN ORDEN MUNDIAL MAS SENSIBLE A LA DIVERSIDAD CULTURAL Y POR ENDE A SUS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS, ACUDAMOS A ESTE LLAMADO"

CONCLUSIONES

1. El origen y desarrollo constitucional de los Derechos humanos proporciona elementos teóricos y legales que demuestran la íntima correspondencia entre los Derechos humanos y el Constitucionalismo que se expresa en la generación de un Sistema de Protección Constitucional de los Derechos Humanos, cuyo práctica es el presupuesto básico de todo Estado Democrático.
2. El Movimiento Constitucional Social contribuyó significativamente en la evolución de los Derechos Humanos cuya universalización e internacionalización se concreta con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y tiene un desarrollo posterior con los Convenios Internacionales de Derechos Humanos.
3. Los Derechos Humanos han pasado de ser una cuestión propia y casi exclusiva del Derecho Constitucional de cada Estado a un plano en el que coexisten el Derecho Interno con el Derecho Internacional.
4. Es evidente la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitucionalización de los derechos consagrados tanto en el Sistema de Protección Universal como Regional.
5. El Sistema de Protección Constitucional Peruano establecido en las Constituciones de 1920, 1933, 1979 y en la Nueva Constitución 1993 continua manejando los mismos paradigmas respecto de los Pueblos Indígenas a quienes se niega su condición jurídica de "Pueblos", no se garantiza un reconocimiento real de sus "Territorios" que incluya

facultades políticas de autogobierno más allá del ámbito comunal.

6. Desde la Constitución de 1920 priman los objetivos integracionistas del Estado Uninacional a través de la constitucionalización de un "Derecho Comunal"; aunque con muchos límites ha permitido hasta hoy espacios jurídicos de asunción de Derechos Fundamentales a los Pueblos Indígenas.
7. El "Derecho Comunal" desarrollado por el Estado Peruano debe profundizarse camino hacia un Nuevo Modelo Constitucional de Sociedad Democrática basada en la articulación de las diferencias, las autonomías y el pluralismo jurídico-político en la Estructura y Funcionamiento del Estado. (Estado Multinacional)
8. La Legislación Internacional ha desarrollado un sistema de protección universal de los Derechos Humanos de todo ser humano, el mismo constituye un sistema de protección general de los Derechos humanos de los Pueblos Indígenas pero no afirma su condición de sujeto de Derechos Colectivos: **PUEBLOS INDIGENAS, AUTODETERMINACION, TERRITORIOS, JURISDICCION Y PROPIEDAD INTELECTUAL.**
9. La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno es fundamental para el avance normativo y práctico de los Derechos Humanos de los Pueblos indígenas.
10. La afirmación de la cultura de los Derechos Humanos pasa por la puesta en práctica de un "Diálogo Intercultural" entre los Estados, la Comunidad Internacional y los Pueblos Indígenas camino hacia un Mundo Post-Moderno que construya la Unidad entre la Diversidad, cuyo núcleo básico son los "Derechos Humanos".

N O T A S

- (1) CHIPOCO, Carlos. Ensayos sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. En Defensa de la Vida. Lima, CEP 1992. p.62
- (2) CHIPOCO, Carlos. op. cit. p.183
- (3) PEREZ LUNO, Antonio E. Los Derechos Fundamentales. Madrid, TECNOS. 1991. P.19
- (4) PEREZ LUNO, Antonio E. op. cit. p.31
- (5) VASQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. Los Derechos Humanos como Normas Universales "Juris Gentium" En Derechos Humanos en las Américas. OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1984. p.7-8
- (6) VASQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. op. cit. p.8
- (7) PEREZ LUNO, Antonio E. op. cit. p.37
- (8) PEREZ LUNO, Antonio E. op. cit. p.38
- (9) CHIPOCO, Carlos. op. cit. p.52
- (10) RUBIO Marcial y Enrique BERNALES. Constitución y Sociedad Política. Lima, Mesa Redonda. 1983. p.25
- (11) VASQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. op. cit. p.17-18
- (12) PEREZ LUNO, Antonio. op. cit. p. 20
- (13) Ibid. loc. cit.
- (14) Citado por Marco G. Monroy Cabra. Los Derechos Humanos. Bogota, TEMIS. 1980. p.1
- (15) PEREZ LUNO, Antonio. op. cit. p.46
- (16) Citado por Antonio Cançado Trindade. La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos. En El Juez y la Defensa de la Democracia. Un Enfoque a partir de los Derechos Humanos. San José. IIDH. p.241.
- (17) PAREJA PAZ-SOLDAN, José. Comentarios a la Constitución Nacional. Tesis. Dr. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica del Perú. 1989. p.218
- (18) PAREJA PAZ-SOLDAN, José. op. cit. p.221
- (19) PAREJA PAZ-SOLDAN, José. Las Constituciones del Perú. Madrid. Ediciones Cultura Hispánica. 1964. p. 281.
- (20) Citado por Atilio Sivorichi. Derecho Indígena Peruano. p.107
- (21) Citado por Atilio Sivorichi. Derecho Indígena Peruano. P.110

- (22) GARCIA BELAUNDE, Domingo. Esquema de la Constitución Peruana. Lima, Ediciones J.V. 1992. p.40
- (23) RUBIO Marcial y Enrique BERNALES. op. cit. p.35
- (24) CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO. Proyecto de Constitución Política del Perú. En El Peruano. Lima, 1 de Julio de 1993. p.3
- (25) CONFERENCIA. El Proyecto Constitucional en Debate. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 4 de Octubre de 1993.
- (26) Ver Art. 1 de la Constitución de 1979
- (27) Citado por Carlos Chipoco. op. cit. p.68
- (28) Citado por Carlos Chipoco. op. cit. p.66
- (29) El Perú Ratificó el Convenio 107 por Resolución Legislativa No 133467 de 1960, actualmente está en proceso la Ratificación del Convenio 169.
- (30) Resolución sobre Instrumentos, Mecanismos, Organismos Internacionales y Participación Indígena. En Informe Final: Segunda Reunión Cumbre de Pueblos Indígenas. México, del 4 al 8 de Octubre de 1993.
- (31) Discurso Inaugural de Rigoberta Menchú Tum. En Camino al Decenio, ante la Segunda Reunión Cumbre de Pueblos Indígenas. En Servicios Informativos. ALAI. Quito, No 180. 1993. p.2
- (32) Resolución sobre Instrumentos, Mecanismos, Organismos Internacionales y Participación Indígena. En Informe Final: Segunda Reunión Cumbre de Pueblos Indígenas. México, del 4 al 8 de Octubre de 1993.
- (33) Ibid. loc. cit.
- (34) Primera Resolución de la Cumbre de los Pueblos Indígenas para la Organización de las Naciones Unidas. En Informe Final: Primera Cumbre de Pueblos Indígenas. Guatemala del 24 al 28 de Mayo de 1993. p.33.
- (35) STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina. México. El Colegio de México y el IIDH. 1988. p.9
- (36) STAVENHAGEN, Rodolfo. Derechos Humanos y Derechos Indios. En La Visión India. Tierra, Cultura, Lengua. Derechos humanos. MUSIRO. Leiden, Holanda. 1989. p.16
- (37) GROS ESPIELL, Héctor. Derechos Humanos. Lima, Cultural Cuzco. 1991. p.16
- (38) GROS ESPIELL, Héctor. op. cit. p.17
- (39) MONZONI ARAZO, August. Derechos Humanos y Diálogo Intercultural. En Derechos Humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos. Madrid, TECNOS. 1992. p.118-119

BIBLIOGRAFIA

- BALLESTEROS, Jesús. Derechos Humanos. Conceptos, Fundamentos, Sujetos. Madrid: TECNOS, 1992. 242 p.
- CARBONNIER, Jean. Derecho Flexible. Para una Sociología Rigurosa del Derecho. Madrid:TECNOS, 1974. 367p.
- CARBONNIER, Jean. Sociología Jurídica. Madrid: TECNOS, 1982. 25p.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO. Proyecto de Constitución Política del Perú. En El Peruano. Lima 1 de Julio de 1993.
- CONVENIO 107 Sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales. Ginebra: OIT, 1974. 12 p.
- CONVENIO 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Lima: OIT, 1989. 26 p.
- CHIPOCO, Carlos. Ensayos sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. En Defensa de la Vida. Lima: CEP, 1992. 231 p.
- DIEZ PICAZO, Luis. Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho. Barcelona: Ariel, 1973. 327 p.
- DOCUMENTO PARA DISCUSION. Los Derechos de los Pueblos Indígenas. IIDH, 10 p.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo. Los Derechos Humanos como Ideología. En Derecho. PUC. Lima, No 36. Diciembre de 1982.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo. Esquema de la Constitución Peruana. Lima: EIRL, 1992. 227 p.
- GARCIA, Domingo y Walter GUTIERREZ. Las Constituciones del Perú. Lima: Ministerio de Justicia, 1993. 622p.
- GROS ESPIELL, Héctor. Derechos Humanos. Lima: Cultural Cuzco, 1991.
- INFORME DEL CUARTO TRIBUNAL RUSSELL sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Américas. Conclusiones. Rotterdam, 1980. 73 p.
- INFORME FINAL. Primera Cumbre de Pueblos Indígenas. Guatemala, del 24 al 28 de Mayo de 1993. 43 p.
- GONZALEZ VOLIO, Lorena. El Juez y la Defensa de la Democracia. Un Enfoque a partir de los Derechos humanos. San José: IIDH, 1993 549 p.
- INFORME FINAL. Segunda Reunión Cumbre de Pueblos Indígenas. México, del 4 al 8 de Octubre de 1993. 14 p.

- INFORME, de la Primera Ronda de Consultas sobre el Instrumento Legal Interamericano de Derechos de las Poblaciones Indígenas. Washington: Organización de los Estados Americanos CIDH, 1993. 51 p.
- LERNER, Natán. Minorías y Grupos en el Derecho Internacional: Derechos y Discriminación. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1991. 227 p.
- MENCHU TUM, Rigoberta. Discurso Inaugural. En Camino al Decenio, ante la Segunda Reunión Cumbre de Pueblos Indígenas. En Servicios Informativos ALAI, Quito. No 180, Octubre de 1993.
- MONROY CABRA, Marco G. Los Derechos Humanos. Bogota: TEMIS. 1980. 371 p.
- MUSIRO, La Visión India. Tierra, Cultura, Lengua, Derechos Humanos. Holanda: Centro Arqueológico. Universidad de Leiden. 1989. 505 p.
- NIETO LOAIZA, Rafael. Instrumentos Básicos en Derechos Humanos. San José: IIDH, 1992.
- OBIETA CHALBAUD, José A. De. El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos. Madrid: TECNOS, 1985. 251 p.
- PAREJA PAZ-SOLDAN, José. Comentarios a la Constitución Nacional. Tesis. Dr. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica del Perú. Lima, 1939. 221 p.
- PAREJA PAZ-SOLDAN, José. Las Constituciones del Perú. Madrid: Cultura Hispánica, 1954.
- PAREJA PAZ-SOLDAN, José. Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979. 4a. ed. Lima: EDDILI. 2v.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. Los Derechos fundamentales. Madrid: TECNOS, 1991. 230 p.
- PROYECTO de Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En Servicios Informativos. ALAI, Quito. No 180, Octubre de 1993.
- RAMELLA, Pablo A. Los Derechos Humanos. Buenos Aires: DEPALMA, 1980. 340 p.
- RUBIO, Marcial y Enrique BERNALES. Constitución y Sociedad Política. Lima: Mesa Redonda, 1983. 671 p.
- SIVIRICHI, Atilio. Derecho Indígena Peruano.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina. México: El Colegio de México y el IIDH. 1988. 383 p.

STAVENHAGEN, Rodolfo y Diego ITURRALDE. Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. México: El Instituto Indigenista Interamericano y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990. 388 p.

VASQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. Los Derechos Humanos como Normas Universales. "Juris Gentium". En Derechos Humanos en las Américas. OEA. Comisión Interamericana de Derechos humanos. 1984.

VERDU, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Madrid: TECNOS, 4v.