



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

**DIPLOMADO  
PLURALISMO JURÍDICO Y DERECHOS INDÍGENAS**

**UNIDAD 01. PLURALISMO JURÍDICO Y SISTEMAS  
JURÍDICOS INDÍGENAS**

**2015**

## **Academia de la Magistratura**

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

---

### **CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA**

Dr. Josue Pariona Pastrana  
**Presidente del Consejo Directivo**

Dra. Zoraida Avalos Rivera  
**Vicepresidenta del Consejo Directivo**

---

Dr. Ramiro Eduardo de Valdivia Cano – Consejero

Dr. Javier Arévalo Vela – Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde – Consejero

Dr. Jorge Luis Cáceres Arce – Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos – Consejero

---

**Dra. Frezia Sissi Villavicencio Ríos - Directora General**

**Abog. Bruno Novoa Campos - Director Académico**

El presente diplomado “PLURALISMO JURÍDICO Y PAUTAS DE COORDINACIÓN”, ha sido elaborado por la Dra. Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, con el apoyo de Carlos J. Elguera Alvarez, para la Academia de la Magistratura, en marzo del 2014. Este programa del Diplomado toma como base la experiencia exitosa de la Diplomatura de Estudio Internacional en Pluralismo Jurídico y Derechos Indígenas ejecutada por el IDS y la PUCP en el 2011.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION**

**LIMA – PERÚ**

## UNIDAD I: PLURALISMO JURÍDICO Y SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS

En esta Unidad los/as participantes desarrollan las siguientes competencias:

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<b>1. Investigación-acción:</b> Aprenden a identificar los problemas de conflictos de interlegalidad que reciben en los juzgados o fiscalías.	Aprenden a analizar y presentar los hechos relevantes de los conflictos de interlegalidad que se dan en los casos que ven cotidianamente los/as participantes.	Desarrollan una nueva mirada y valoración de los conflictos que les llegaban, sin estereotiparlos como casos delictivos; sino como conflictos entre valores de sistemas diversos.
<b>2. Sistemas jurídicos indígenas</b> Aprenden sobre cómo funcionan sistemas jurídicos indígenas, cuáles son sus autoridades, procedimientos, valores, normas y formas de hacer justicia.	-Aprenden a escuchar y analizar otros sistemas de justicia que provienen de pueblos indígenas. -Aprenden a preguntar e interactuar con autoridades indígenas.	-Aprenden a valorar los sistemas jurídicos indígenas. -Se abren al diálogo intercultural y entre sistemas jurídicos.
<b>3. Marco conceptual sobre monismo y pluralismo jurídico.</b> Aprenden herramientas conceptuales sobre el monismo y pluralismo jurídico.	Aprenden a manejar herramientas metodológicas para analizar situaciones de monismo y pluralismo jurídico.	Se cuestionan premisas del monismo jurídico y se abren al pluralismo.
<b>Lecturas obligatorias:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack. Capítulo 1. p. 11- 45. (Versión de Libro impreso) (<a href="http://alertanet.org/antrop-ryf-dc.htm">http://alertanet.org/antrop-ryf-dc.htm</a>, pero cabe precisar que a esta versión del Portal Alertanet le faltan los puntos 2.3 y 2.4)</li> <li>OIT (2011): Módulo de formación para la aplicación de los derechos indígenas. Documento de trabajo elaborado para la OIT por Yrigoyen Fajardo, Raquel. Lima: OIT. Unidad 2. ¿Quiénes son titulares de los derechos indígenas?</li> </ul>		

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<b>Lecturas complementarias:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Convenio 169 de la OIT (<a href="http://pro169.org/html/es/">http://pro169.org/html/es/</a>).</li><li>• Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (<a href="http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html">http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html</a>).</li><li>• Berraondo, Mikel, coord. (2006): Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto. Disponible en: <a href="http://www.fundacionhenrydunant.org/documentos/Comunicacion09/Manual_Pueblos_Indigenas_y_DDHH.pdf">http://www.fundacionhenrydunant.org/documentos/Comunicacion09/Manual_Pueblos_Indigenas_y_DDHH.pdf</a></li><li>• Díaz Polanco, Héctor (2006): Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia. México: Siglo XXI. (p. 22-48).</li><li>• Bonilla, Daniel et al. (2007): Pluralismo Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.</li><li>• Santos, Boaventura De Sousa (1991): Estado, Derecho y luchas sociales. Bogotá: ILSA. Capítulo 1, VI.1. El problema del pluralismo jurídico. (p. 63-72).</li><li>• Wolkmer, Antonio Carlos (2001): Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. Sao Paulo: Editora Alfa Omega.</li><li>• Estatuto de las Rondas Campesinas del Perú.</li></ul>		

## UNIDAD I

# PLURALISMO JURÍDICO Y SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS



Unidad

1

## PLURALISMO JURÍDICO Y SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS

### 1. MARCO TEÓRICO- CONCEPTUAL<sup>1</sup>

En los países donde existen pueblos indígenas o grupos con una identidad propia (étnica, religiosa, local, gremial) hay un gran debate sobre cómo denominar y cómo tratar jurídicamente a los sistemas de autoridades, normas y procedimientos mediante los cuales dichos pueblos y grupos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues son diferentes al sistema estatal.

Aquí aparecen las categorías de “costumbre”, “usos y convenciones”, “usos y costumbres”, “formas tradicionales de resolución de conflictos”, “derecho consuetudinario”, “derecho indígena”, entre otras. Estas categorías se adscriben a determinadas posiciones teóricas, las cuales a su vez suponen ciertas formas de valorar tales sistemas normativos no estatales y a los grupos humanos que se regulan por los mismos. Igualmente, el uso de cada categoría implica ciertas consecuencias políticas. El objeto de las siguientes líneas es presentar los marcos más relevantes desde los cuales se ha buscado calificar dichos sistemas normativos, sus supuestos teóricos y valorativos, y las consecuencias políticas de tales calificaciones.

#### 1.1. La concepción “monista” del Derecho.

La doctrina jurídica instituida con el llamado “derecho moderno”, establece un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica. Es lo que se llama el “**monismo jurídico**”, esto es, que a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa. Dentro de este concepto, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. La idea de la identidad Estado-Derecho proviene de la teoría jurídica positivista formulada originalmente por Hans Kelsen<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Basado en: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (1999): Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack. Capítulo 1. p. 11- 45. (Versión de Libro impreso) (<http://alertanet.org/antrop-ryf-dc.htm>, pero cabe precisar que a esta versión del Portal Alertanet le faltan los puntos 2.3 y 2.4)

<sup>2</sup> Ver: Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho. (Hay varias ediciones. En castellano, se puede revisar la de EUDEBA: Buenos Aires, 1982).



Su marco histórico es el proceso de centralización del poder político en el Estado y la especialización de las formas de control social.

Dentro de la perspectiva teórica del monismo legal sólo se puede llamar “derecho” al sistema normativo estatal, a las normas producidas por el Estado o por los mecanismos que él indique. El sistema de división de poderes consagra tal principio al sancionar que es el poder u órgano legislativo el único facultado para producir las normas generales que rijan la vida de los ciudadanos, el poder u organismo judicial para administrar justicia de modo exclusivo (producir normas de carácter concreto), y el Ejecutivo, el órgano que gobierna dentro del imperio de la ley. Aparte de dichos poderes, nadie tiene facultad para producir normas que regulen la vida social, administrar justicia y organizar el orden público. De otra parte, el sistema de garantías liberal, también se ha construido bajo esa idea, con los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso e imperio de la ley. Desde este marco, las normas no producidas por el Estado no obligan la obediencia ciudadana. En el caso de la “costumbre”, ésta sólo es admisible a falta de ley y nunca en contra de ella.

Aparejada a la identidad Estado-Derecho está la idea del “Estado-Nación”. La legitimidad política del Estado se basa en el supuesto de que es la organización jurídico-política de una Nación. El significado dado a “Nación” es el de un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión. Así, se entiende que es legítimo que el Estado tenga un solo sistema normativo porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión, cultura.

En países pluriculturales, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo de “Estado excluyente”. En este modelo, la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa. Pero, a pesar de la proscripción oficial de la diversidad, ello no necesariamente ha significado la desaparición empírica de los distintos idiomas, culturas o sistemas legales. Los aparatos estatales han tendido a reprimirlos, desaparecerlos o cooptarlos y aquellos han debido aprender a adaptarse y reutilizar instituciones creadas por el Estado para mantenerse vivos. Los sistemas “no oficiales” han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal y subordinación política, adquiriendo formas clandestinas y marginales.

Esto ha pasado en muchos países que, como Guatemala, tienen un importante componente indígena. El Estado construido después de la

Independencia, no representa la diversidad cultural, lingüística, religiosa ni legal que existe en la realidad. De otra parte, las categorías jurídicas elaboradas por el monismo jurídico con base en la idea del Estado-Nación (en el entendido de un solo pueblo con una sola cultura) no están pensadas para poder explicar la existencia empírica de sistemas normativos diferentes al estatal y que corresponden a culturas diferentes a la consagrada oficialmente.

Tanto a nivel general, como en Guatemala en particular, se ha buscado entender, describir y calificar a los sistemas normativos no estatales, en la medida que su realidad se impone, utilizando categorías conceptuales creadas por la doctrina jurídica. En este esfuerzo se han utilizado varios términos. En los Acuerdos de Paz se habla del “derecho consuetudinario”. En la propuesta de reforma constitucional que aprobó Congreso se dice “derecho consuetudinario indígena”. Y en la propuesta de reforma constitucional que hicieron los pueblos indígenas se habla de “derecho indígena”. Durante el debate previo a la formulación de la propuesta de reforma constitucional se utilizaron también los términos de “usos y costumbres”, “formas tradicionales de resolución de conflictos”, etc.

A continuación se señala algunos de los términos utilizados para denominar los sistemas normativos indígenas, así como los alcances y límites de dichos conceptos.

- a) **La “costumbre”.** Este término se define en oposición a la ley escrita y general producida por el Estado. Alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad. La idea que está en la base es la concepción “monista” del derecho que identifica Derecho con Estado y asume que en un Estado sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido, el estatal. Los demás sistemas normativos no son vistos como tales sino como prácticas puntuales. La doctrina distingue tres tipos de “costumbres” con relación a la ley: a) a falta de ley, b) conforme a ella, c) contra ella. La ley permite las costumbres de los dos primeros tipos y pueden constituir fuente del derecho. En cambio, si una práctica jurídica o costumbre es *contra legem* incluso puede configurar delito y ser castigada. (En la legislación guatemalteca el concepto de “la costumbre” como fuente del derecho está consagrado en la Ley del Organismo Judicial).
- b) La utilización del término “**usos y costumbres**” tiene una raíz colonial. Durante el proceso de imposición colonial se discutió si los indígenas tenían autoridades legítimas, normas arregladas a la “ley divina y natural” y si eran capaces de autodeterminarse o, si por el contrario, tenían costumbres salvajes, autoridades tiranas, y eran incapaces de autogobernarse. Las



“Informaciones” toledanas concluyeron lo segundo para poder justificar la guerra contra los indios, los “justos títulos de la Corona” y la legitimidad de la imposición colonial en Las Indias, para responder al cuestionamiento que hiciera en su momento Fray Bartolomé de Las Casas. Por ello, sólo se permitió los “usos y costumbres” indígenas que no violasen la “ley divina y natural”, no afectasen el orden económico-político colonial ni la religión católica. Igualmente se permitió a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios pero sólo para los casos entre indios y de carácter menor; los casos mayores debían pasar al corregidor español. En la actualidad se sigue utilizando el término, por lo general para referirse a los sistemas normativos indígenas o populares a los que no se reconoce como derecho o sistema jurídico sino que se les da un estatuto inferior.

- c) La sociología alemana, con Max Weber<sup>3</sup>, utiliza el término **“usos y convenciones”** para referirse a prácticas sociales con un nivel de institucionalización menor al de la norma legal. Weber estudió el proceso de institucionalización del derecho moderno, y encontró que antes de que una regla social se convirtiese en norma jurídica, por lo general era una norma que tenía respaldo social. A tales reglas las llamó “usos y convenciones” pues su práctica no estaba garantizada por la coacción estatal sino por una sanción social difusa. Weber no estaba estudiando una situación de pluralismo jurídico o coexistencia simultánea de sistemas, sino el proceso de conformación de las normas del derecho estatal moderno. Sin embargo, algunos autores han utilizado este término para situaciones de co-existencia del derecho estatal con sistemas indígenas o populares calificando a los segundos como meros “usos y convenciones” al decir que no habían llegado a institucionalizarse como el derecho estatal. Esta es una perspectiva que no respeta el marco en el que fue creado el concepto.
- d) El término **“derecho consuetudinario”** viene de una categoría del derecho romano, la *“veterata consuetudo”*. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por la categoría “derecho” se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término “costumbres”, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. Sólo que la palabra “consuetudinario” fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos.
- Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado éste término en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización, o incluso en

<sup>3</sup> Ver: Weber, Max (1974): Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica.

países independientes con presencia de población indígena donde se encuentra un sistema políticamente dominante y otros subordinados. De una parte, se denomina “el derecho” (sin adjetivos), al derecho central, estatal, imperial, escrito o codificado. Y se llama “derecho consuetudinario” a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente en los pueblos conquistados o políticamente subordinados. Un ejemplo del uso de este término dentro de tal concepción es el Convenio 107 de la OIT de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales en Países Independientes, posteriormente reemplazado por el Convenio 169. Como consecuencia de tal concepto, el Convenio 107 sancionaba el modelo de subordinación política al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las “políticas de integración” a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas.

**En síntesis, desde el marco del “monismo jurídico”** sólo es “derecho” (sin adjetivos) el producido por el Estado y sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido dentro de un Estado. Además, tal derecho debe ser escrito, de aplicación general y especializado (diferente de la moral y la religión). Toda otra norma o sistema normativo no producido por el Estado, es visto como mera costumbre, como una práctica aislada, que a veces puede estar “mezclada” con reglas morales y religiosas. Los sistemas normativos no estatales, al no estar formalizados como el estatal, son vistos como sistemas atrasados, pre-modernos, que deben superarse para posibilitar la civilización de las poblaciones igualmente “atrasadas” y su integración al Estado y al derecho nacional. Las costumbres son admisibles como “fuente” del derecho a falta de ley que regule la misma materia y nunca en contra de ella. Si una costumbre se opone o está en contradicción de lo que prescribe o prohíbe una ley estatal, debe ser reprimida. Si se trata de un sistema al que se pueda llamar “derecho consuetudinario” sólo es admitido de modo limitado, pues deberá someterse a la ley estatal y mantenerse políticamente subordinado.

Como se ha señalado, el marco del monismo jurídico genera problemas teóricos, valorativos y políticos. La idea de que sólo es derecho el del Estado y lo demás meras costumbres, limita cualquier estudio de sistemas normativos no estatales.

El término “costumbre” o usos y costumbres 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 aisladas, sino que tienen un eje cultural que las articula a modo de sistema y tienen sistemas de normas, autoridades y procedimientos por los cuales regulan su vida social,

resuelven conflictos y organizan el orden interno (originalmente respondían a todo un sistema cultural, normativo y político) y, 2) su enorme capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condiciones de persecución y deben responder a necesidades y demandas sociales cambiantes. En términos valorativos, por lo general el uso del concepto “costumbres” va asociado a una subvaloración de los indígenas, a los que se busca sujetar a tutela y control. En términos políticos, se propone la represión o criminalización de prácticas indígenas que están contra la ley (*contra legem*).

Esto también pasa con la categoría “derecho consuetudinario” definida desde el marco del monismo jurídico. En términos teóricos, el derecho consuetudinario no tiene el mismo estatuto que el derecho estatal, aunque pueda tener igualmente normas, autoridades y procedimientos propios, así como reglas para cambiar reglas. La palabra “consuetudinario”, además, fosiliza a los sistemas jurídicos no estatales bajo el prejuicio de que son estáticos en el tiempo mientras que el derecho estatal o central sí aparece con capacidad de cambio. Por ello, algunos utilizan como sinónimo de consuetudinario la palabra “tradicional” y de ahí, no pocas veces se pasa a los calificativos de sistemas “atrasados”, no modernos, primitivos o inferiores. En el nivel valorativo, se considera a los indígenas y sus sistemas como “inferiores”. En términos políticos, esta categoría no cuestiona la situación del sistema subordinado y hasta justifica esta subordinación dado el supuesto carácter “local” o “atrasado” del derecho consuetudinario y sus usuarios. Igualmente, ha justificado que se practique con sus usuarios políticas civilizadoras, que se les imponga el progreso, y su “integración” a los “estados modernos” (como pasó con el Convenio 107 de la OIT). Es decir, a nivel político la consecuencia del uso de tal término, es la admisión de un sistema de tutela y control, donde la decisión de los límites del derecho consuetudinario se ubica de fuera de los pueblos indígenas y sin tener en cuenta su perspectiva cultural.

Desde el marco del monismo legal se suele hacer una interpretación estrecha del principio de igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica, que ha llevado a negar el respeto de la diferencia cultural. El derecho a la diversidad cultural, a la propia identidad, al uso del propio idioma, a la práctica de la propia vida cultural y de la propia religión, también es un derecho consagrado universalmente, entre otros, por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU<sup>4</sup>. El derecho a la igualdad evita la discriminación y permite el acceso de todos a las mismas oportunidades y derechos económicos y políticos, para el desarrollo personal y colectivo, pero no impide ni menos puede reprimir el derecho a la diferencia cultural.

<sup>4</sup> Hay una serie de tratados internacionales referidos al derecho de la diversidad cultural que se puede aplicar los pueblos indígenas. Ver compilación que presenta el apartado sobre “Violaciones a los derechos de Existencia, integridad e Identidad Cultural de los Pueblos Indígenas del Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico-CEH, capítulo II. Guatemala: CEH-UNOPS. 25.2.1999.

Bajo la idea de que no se puede poner en juego la “seguridad jurídica” se ha impuesto a diversos grupos culturales el sistema jurídico creado para y por un solo grupo cultural. Ello produce una enorme inseguridad jurídica entre los miembros de los pueblos o grupos culturales políticamente subordinados. Al no reconocerse el derecho indígena, sus usuarios no tienen la seguridad de ser juzgados por el mismo, dentro de su propio idioma y cultura, pues el derecho estatal pretende el monopolio de la administración de justicia y la producción jurídica. Es decir, la posibilidad de garantizar la seguridad jurídica a todos los individuos y grupos dentro de un Estado donde hay diversidad cultural, es, justamente, permitiendo la vigencia de los diversos sistemas normativos, con reglas para las situaciones de interculturalidad. Así, todo individuo y grupo tendrá la certeza de que podrá ser juzgado dentro su propia cultura e idioma, bajo las reglas que conoce y en cuyo marco se ha socializado, respetando a su vez la diversidad cultural.

La lógica monista no sólo ha afectado la seguridad jurídica sino también los derechos de la población no representada culturalmente en el derecho oficial. El decir que sólo es válido el sistema estatal, ha dado lugar a la criminalización de las prácticas culturales opuestas a las consagradas legalmente (como uniones conyugales tempranas calificadas de estupro-, uso o manejo de plantas prohibidas en leyes antinarcóticos, prácticas religiosas y culturales llamadas “brujería”, etc.). Igualmente, se ha reprimido a las autoridades de los otros sistemas por usurpación de funciones (por actuar como jueces sin serlo), abuso de autoridad, encubrimiento de delito, secuestro, lesiones, coacciones, etc. (por detener, juzgar, aplicar sanciones, etc.). Además de la afectación de derechos individuales y colectivos, la lógica monista ha incrementado la distancia entre ciudadanos y Estado, y la deslegitimación del Estado. Los miembros de pueblos indígenas y de grupos culturales diferentes a la cultura oficial, no se sienten representados por el Estado y ven como ilegítima su actuación represiva.

### 1.2. El pluralismo legal

Ante la incapacidad teórica del monismo jurídico para explicar y analizar sistemas normativos diferentes al estatal, así como por los supuestos valorativos y las consecuencias políticas que tiene, cabe recurrir a la perspectiva teórica del “pluralismo jurídico”. El “pluralismo jurídico o legal”, a diferencia del monismo legal, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. En términos genéricos se llama sistema jurídico “derecho” o a los sistemas de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social y resolver conflictos. También incluye normas que establecen cómo se crean o cambian las normas, los procedimientos, las instituciones y

autoridades.

El pluralismo de sistemas normativos puede tener su origen en una situación colonial (por la presencia de un derecho indígena o pre-colonial y un derecho impuesto), en períodos de revoluciones o cambios modernizantes (por la pervivencia del derecho anterior a la revolución o reforma junto con el nuevo); en situaciones de presencia de comercio transnacional (la *lex mercatore*, con sus propias reglas frente a los derechos nacionales); en países independientes con población indígena; en países modernos o post-coloniales, con población inmigrante o desplazada en barrios marginales de las ciudades; o por la agrupación de colectivos con base en criterios culturales, gremiales, raciales, religiosos, territoriales o de otra índole, que han creado una normativa propia que los regula en varias esferas de la vida social y les permite resolver sus conflictos<sup>5</sup>.

Una situación de pluralismo jurídico significa la co-existencia de varios sistemas normativos, estén o no reconocidos legalmente dentro del Estado o del espacio geopolítico en el que existan. Por lo general, cuando no existe este reconocimiento legal por el poder político dominante, el o los sistemas no reconocidos son subvalorados y potencial o realmente perseguidos y reprimidos. Ello obliga a tales sistemas a clandestinizarse y adaptarse para poder sobrevivir. Cuando la relación entre sistemas es tensa y hasta violenta, la percepción de los ciudadanos es que el Estado y su sistema legal son ilegítimos porque no los representan e incluso los reprimen.

El reconocimiento legal es el primer paso para una articulación democrática de los distintos sistemas normativos que co-existen en el mismo espacio geopolítico. En la última década, varios países latinoamericanos, como Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), han reconocido constitucionalmente el carácter pluricultural de la Nación y el Estado. En consecuencia, también han reconocido la existencia y derechos de los pueblos y comunidades indígenas, oficializando sus idiomas, y promoviendo el respeto y desarrollo de sus culturas, formas de organización social, sus costumbres, trajes, religión, etc. Igualmente, han reconocido el derecho indígena o consuetudinario, a fin de iniciar procesos de coordinación o compatibilización entre ambos sistemas, desde una perspectiva de diálogo democrático y no de represión.

Desde este marco, el término más adecuado para hablar de los sistemas normativos indígenas o de otros grupos sociales, es el de derecho u orden jurídico en la medida que tales sistemas tengan capacidad para regular la convivencia

<sup>5</sup> Ver: Sousa Santos, Boaventura de (1991): Estado, Derecho y Luchas Sociales. Bogotá: ILSA (p.63 y ss). También Sousa Santos, Boaventura de (1994) "Entrevista". En: Desfaciendo Entuertos, N° 3-4 (pp. 27-31), así como la literatura de toda la tradición pluralista

social, resolver conflictos y organizar el orden interno, con reglas propias para darse sus propias autoridades y cambiar las normas.

Convenios Internacionales y normas constitucionales de varios países han utilizado el término “derecho consuetudinario” para referirse a los sistemas normativos indígenas superando la perspectiva integracionista y el marco del monismo legal. Ello ha obligado a la Academia a reconceptualizar dicho término, para poder aprovechar las ventajas de su uso jurídico: a) De una parte, se ha quitado de la definición la idea de que describe sistemas o prácticas inmutables a lo largo del tiempo, reconociéndose su carácter cambiante. b) De otra, se le ha despojado de la connotación de que los sistemas que califica son atrasados, tradicionales, no modernos o incluso inferiores. Y, c) finalmente, se deja de convalidar la subordinación política a la que se ha sometido históricamente a los sistemas no-estatales, pues no tiene porqué ser una condición permanente o para el futuro. Con esta reconceptualización es que cabe utilizar tal categoría e interpretar jurídicamente las normas nacionales e internacionales que emplean dicho término.

La superación de la concepción monista del término “derecho consuetudinario” y de los planteamientos integracionistas se ha traducido en nuevos cuerpos normativos como el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, así como en las reformas constitucionales mencionadas, que utilizan el término “derecho consuetudinario” (Perú) o “costumbres” (Ecuador, Bolivia) para referirse a los sistemas normativos indígenas desde un marco de respeto de la diversidad cultural.

### 1.3. Sobre la definición del derecho en el marco pluralista.

En el marco del pluralismo ha habido mucha discusión sobre la definición de derecho y qué requisitos debe haber para considerar a un sistema de normas o prácticas como derecho. Esta discusión, con raíces en el viejo colonialismo hispano, ha sido recorrida posteriormente por la antropología social inglesa, la etnología francesa, la sociología jurídica alemana, las escuelas norteamericanas, y más recientemente por varias corrientes en Latinoamérica<sup>6</sup>.

La pregunta eje es ¿cuándo se puede calificar de jurídica a una norma?. Desde la tradición jurídica positivista se hace una clara distinción entre las normas. Hans Kelsen, en su “Teoría Pura del Derecho”<sup>7</sup> distingue tres tipos de normas o sistemas normativos: a) normas garantizadas por una coacción social o difusa, a las

<sup>6</sup> Ver: Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): El Reconocimiento constitucional del derecho indígena en los Países Andinos. Amsterdam: CEDLA.

<sup>7</sup> Ver: Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho. (Hay varias ediciones. En castellano, se puede revisar la de EUDEBA: Buenos Aires, 1982).



que llama normas morales, b) normas cuya sanción está en el más allá, a las que llama normas religiosas y, c) normas jurídicas, cuya sanción es actual y presente y se garantiza por un cuerpo especializado en velar por su cumplimiento o sancionar su transgresión. Este concepto de norma, dado en el marco del monismo legal, ha sido retomado en el debate pluralista por un sector y ha guiado algunas investigaciones.

La antropología social inglesa<sup>8</sup> está marcada por el debate entre Malinowski, Gluckman y seguidores de un lado, y Radcliffe-Brown, Evans Pritchard y seguidores del otro. Desde una concepción inglesa de derecho (*"law"*) entendido como normas creadas por decisiones judiciales, Radcliffe-Brown y seguidores han defendido la idea de que sólo cabe hablar de derecho cuando hay tribunales. Evans Pritchard llegó a decir que los Nuer eran un pueblo sin derecho por carecer de tribunales, en el sentido de un cuerpo especializado que garantice el cumplimiento de las normas. Por el contrario, Malinowski decía que el cumplimiento de las normas puede garantizarse por todo tipo de controles, incluyendo creencias y sanciones no necesariamente coactivas o infligidas por un cuerpo especializado. Gluckman, al estudiar los sistemas africanos, señaló que las normas se pueden garantizar inclusive por la apelación a las llamadas brujerías ya que mediante dichos procedimientos se puede resolver conflictos. Algunos han criticado esta posición señalando que si todo es derecho, nada es derecho. Ante ello, se ha respondido que lo importante es que se trate de normas que efectivamente regulen la vida social y permitan resolver conflictos. A esto segundo se le ha llamado la "judiciabilidad" del sistema, esto es, que mediante la intervención de un tercero sea posible canalizar conflictos y resolverlos bajo ciertos principios normativos o reglas. No es necesario que las normas o este tercero estén especializados, es decir que sean normas, personas o instituciones totalmente separadas de otras a las que se podría llamar morales o religiosas.

En la actualidad, se hay un cierto consenso sobre la definición de derecho. Se llama **derecho** o sistema jurídico al sistema de normas, valores o principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que sirven para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden interno. Estos sistemas también incluyen reglas que permiten instituir o cambiar de modo legítimo normas, autoridades y procedimientos. Es lo que Hart llama "normas secundarias" o normas para crear normas<sup>9</sup>. Para resolver el debate referido líneas arriba, se insiste en la necesidad de normas "garantizadas", esto es, de normas que sean eficaces y legítimas. La existencia de un sistema jurídico supone un mínimo nivel de eficacia y legitimidad. La eficacia está referida a la vigencia del sistema, esto es, que

<sup>8</sup> Ver Gluckman, Max (1978): Política, derecho y ritual en la sociedad tribal. Madrid: Akal; y Sousa Santos, Boaventura de (1991): Estado, Derecho y Luchas Sociales. Bogotá: ILSA (p.63 y ss).

<sup>9</sup> Hart, H.L.A. (1961): The concept of law. London. Oxford University Press.

efectivamente rija el comportamiento de la gente, y la legitimidad se refiere al consenso o aceptación del sistema -como bueno o necesario- por los usuarios.

El carácter de las normas y cómo se garantice su cumplimiento depende de cada cultura y de cada sociedad. No necesariamente se requiere que en todos los grupos sociales exista un cuerpo especializado para garantizar el cumplimiento de las normas o sancionar su transgresión, o que dichas normas sean completamente diferentes a las de la moral o la religión, pues hay sistemas culturales complejos en los que el sistema normativo es parte incluso de la espiritualidad o cosmovisión. No por ello se puede decir que tales pueblos carecen de derecho o sistema jurídico. A veces las normas son garantizadas por el mero acuerdo, creencias o controles difusos, y transmitidas mediante la creencia en mitos<sup>10</sup> sin que existan policías o tribunales especializados para velar por su cumplimiento. Igualmente, tampoco cabe exigir que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social. Se pueden garantizar normas necesarias para la vida económica mediante un tabú religioso, y pueden existir mecanismos de resolución de conflictos asociados a supuestos ritos religiosos, mágicos o de “brujería”, en tanto se obliga a las partes a arreglar sus conflictos para poder efectuar el ritual. <sup>11</sup>

Tampoco es necesario que las normas sean escritas, generales e invariables. Puede tratarse de principios normativos y de directrices para la acción concreta. En el caso de los sistemas indígenas de control social cabe resaltar que no se trata de prácticas aisladas sino que existe un eje cultural que articula el sistema de normas, procedimientos, instituciones y autoridades; y que tal sistema permite regular la vida social en varios aspectos, resolver conflictos y organizar el orden interno.

La historia de represión y la condición políticamente subordinada de los pueblos indígenas los ha obligado a adoptar nuevas instituciones y a clandestinizar sus prácticas. Se han destruido sus sistemas superiores de autoridad y sólo han quedado sistemas fragmentados: autoridades, normas y conocimientos de carácter local. La clandestinización de los sistemas o su desestructuración ha dado lugar a que en muchos lugares sólo aparezcan o queden prácticas aparentemente aisladas. De otra parte, una aproximación teórica inadecuada sólo rescatará ciertos aspectos o prácticas de sus sistemas normativos al no apreciar el sistema cultural en su conjunto. En todo caso, el hecho de que la historia colonial, las guerras y los mecanismos económico-políticos de marginación del mundo indígena hayan reducido la vigencia de sus sistemas normativos a espacios limitados, ello no significa que tengan una capacidad intrínseca limitada por la que sólo puedan ver

<sup>10</sup> Ver la importancia de los mitos en la transmisión de las normas en: Urteaga, Patricia (1993): “El sistema jurídico y su relación con la cultura nativa”. Tesis (Lic.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>11</sup> Gluckman, Max, ob. Cit.

casos menores y de determinadas materias.

El cuadro que sigue resume las posiciones teóricas más saltantes al respecto, con sus supuestos valorativos respecto del indígena y, las posibles consecuencias políticas de cada postura.

Marco Teórico	Definición del Fenómeno	Marco Axiológico	Consecuencia Política
<b>Monismo Jurídico: identidad Derecho-Estado</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho: es sólo el estatal.</li> <li>- Los indígenas sólo tienen “usos y costumbres”.</li> </ul>	Ideología de la “inferioridad del indígena”.	Las costumbres pueden admitirse en tanto no vulneren las normas estatales. Lo demás es delito y debe reprimirse.
<b>(Variante intermedia) Derecho Positivo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El Estado produce “Derecho” (escrito y general).</li> <li>- Los Pueblos Indígenas y minorías tienen “Derecho Consuetudinario”.</li> </ul>	Los indígenas son “Minorías” a las que debe reconocerse ciertos derechos.	Puede reconocerse el “Derecho Consuetudinario” mientras no afecte ciertos parámetros. Es una concesión con límites.
<b>Pluralismo Jurídico</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dentro de un mismo espacio geopolítico (estado) pueden co-existir varios sistemas jurídicos además del estatal.</li> <li>- Los sistemas normativos indígenas son sistemas jurídicos o derecho: tienen capacidad para crear normas, resolver conflictos, organizar el orden.</li> </ul>	Los indígenas y sus pueblos tienen capacidad autonormativa e iguales derechos. No son “inferiores” ni merecen tutela o concesiones paternalistas.	<p>Se debe reconocer los Sistemas Jurídicos de los Pueblos Indígenas dentro de un modelo de Estado Democrático y Pluricultural de Derecho.</p> <p>- Los DDHH y la interculturalidad son marcos.</p>

## 2. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS<sup>12</sup>

### Reflexiones: ¿A quiénes corresponden los derechos indígenas?

Una de las preguntas que se hacen los gobiernos, las empresas y los propios colectivos indígenas es quiénes pueden gozar de los derechos reconocidos en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas.

Según el Convenio 169 de la OIT, quienes pueden gozar de los derechos ahí contenidos son los pueblos indígenas y tribales, en tanto colectivos, y sus miembros, en tanto individuos. Esto es, mujeres y hombres; adultos y niños y niñas, sin discriminación.

#### *Convenio 169, Artículo 3*

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

Para el Convenio 169, los sujetos titulares de los derechos indígenas, esto es, los sujetos que pueden beneficiarse de los derechos contenidos en el Convenio 169, pueden ser:

- a) Sujetos colectivos: los pueblos indígenas.
- b) Sujetos individuales: hombres y mujeres, sin discriminación.

Hay algunos derechos cuya titularidad y ejercicio es colectivo, como el derecho al territorio, a contar con su propio sistema de autoridades y derecho consuetudinario, etc.

Hay derechos que pueden ser ejercidos de modo individual y colectivo, con el derecho al propio idioma. El idioma supone un uso y desarrollo colectivo, pues el idioma es siempre de una colectividad. Sin embargo, si un individuo indígena está ante un tribunal de justicia, por ejemplo, tiene derecho a usar su idioma como persona individual, para lo cual el tribunal le debe proporcionar un intérprete.

<sup>12</sup> Basado en: OIT (2011): Módulo de formación para la aplicación de los derechos indígenas. Documento de trabajo elaborado para la OIT por Yrigoyen Fajardo, Raquel. Lima: OIT. Unidad 2. ¿Quiénes son titulares de los derechos indígenas?

## ¿Qué criterios de identificación usa el Convenio 169 de la OIT?

A quiénes se llama pueblos indígenas es materia de un gran debate antropológico, político y jurídico en la región. Algunos sostienen que si ya ha habido procesos históricos de integración, aunque algunas comunidades tengan cultura indígena, quechua o aymara, ya no serían sujetos beneficiarios de los derechos de los pueblos indígenas. En esa línea, algunos sostienen que el Convenio 169 sólo se aplicaría a poblaciones aisladas o no integradas al Estado. En efecto, este tema puede dar lugar a grandes discusiones desde una perspectiva de las ciencias sociales o desde las ideas que tenemos cada uno. Sin embargo, lo importante es tener en cuenta que el Convenio 169 de la OIT establece criterios normativos para identificar a qué colectivos se aplican los derechos establecidos en el mismo, al margen del debate académico u otros criterios.

El Convenio 169 no define quiénes son los pueblos indígenas, pero da criterios para identificar a qué colectivos se aplican los derechos indígenas. Es decir, se trata de criterios de identificación y no de definición.<sup>13</sup>

El Convenio 169 (art. 1) utiliza criterios objetivos (observables externamente) y subjetivos (autoidentificación) para la identificación de los colectivos titulares de los derechos indígenas. Se trata de criterios “normativos”, esto es, establecidos por una norma internacional, por lo que los estados no pueden añadir más requisitos que impidan a los pueblos ejercer sus derechos.

### ***Convenio 169 de la OIT,***

#### ***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 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 indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

<sup>13</sup> Véase: Yrigoyen F., Raquel (2009): *El Convenio 169 de la OIT y su aplicación en el Perú*. Lima, IIDS, que revisa la versión publicada en *Taller de Consulta a pueblos indígenas* por la Dirección General de Pueblos Originarios, por DGPO y OIT (2008).

Para el Convenio 169 es muy importante la propia percepción o autoidentificación de los sujetos colectivos sobre su identidad. Esto es lo que se llama el **criterio subjetivo**. La aplicación de los derechos indígenas a un colectivo dependerá de si él mismo considera que cumple con dos **criterios objetivos**. Esto es, que dicho colectivo, no importando su situación jurídica (si está reconocido, registrado, titulados o no), considera que el mismo:

- (a) Desciende de pueblos originarios o poblaciones que existían en la época de la Conquista, colonización o antes de la demarcación de las fronteras nacionales actuales. Es decir, que descende de pueblos que pre-existen a los estados actuales. (Hecho histórico), y
- (b) Conserva, en todo o en parte, sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas. Por ejemplo, tiene sus propias formas de organización, idiomas, prácticas culturales o su sistema de justicia, entre otras instituciones. (Hecho actual).

En síntesis, se aplican los derechos indígenas contenidos en el Convenio 169 a los colectivos que se autoidentifican como descendientes de pueblos que pre-existen al Estado y que tienen sus instituciones propias, no importando el nombre o la condición jurídica que tengan.

No es un requisito que tales pueblos estén registrados o reconocidos por el Estado para que se les apliquen los derechos del presente Convenio. Es más, puede constituir una violación al Convenio la negativa del Estado de reconocer derechos, registro o titulación a los pueblos que cumplen con los criterios arriba mencionados.

El Convenio 169 se aplica igualmente a **pueblos tribales**, que son **sectores que se distinguen** de la población por sus condiciones sociales, culturales y económicas diferenciadas, y por estar regidos por sus propias costumbres o leyes especiales. Los llamados “pueblos tribales” **no** tienen como característica el hecho histórico de pre-existir a los estados actuales. Bajo esta categoría, los órganos de control de la OIT han amparado los derechos de afrodescendientes de Colombia. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del pueblo Saramaka versus Surinam, ha aplicado los derechos contenidos en el Convenio 169 al pueblo Saramaka, compuesto por afrodescendientes, bajo la denominación de pueblo tribal. Esta categoría, de “pueblo tribal”, también ha sido aplicada al pueblo rom, también conocido como pueblo gitano, en tanto tiene rasgos distintivos y se rige por sus costumbres propias.



Cuadro sobre los criterios de identificación de pueblos a los que se aplican los derechos

Criterio subjetivo		Criterios objetivos
Autoidentificación o conciencia de su identidad	como pueblo indígena	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Que descende de poblaciones que pre-existen al Estado (<b>hecho histórico</b>).</li> <li>2. Que tiene instituciones sociales, económicas, culturales y políticas propias (<b>hecho actual</b>).</li> <li>3. (Cualquiera sea su situación jurídica)</li> </ol>
	como pueblo tribal	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Que se distingue de otros sectores por sus condiciones sociales, culturales y económicas (<b>rasgos distintivos</b>).</li> <li>2. Que esté regido -total o parcialmente- por sus propias costumbres o leyes especiales (<b>regulación diferenciada</b>).</li> </ol>

En términos prácticos, la consideración de cuáles son los colectivos a los que se aplican los derechos indígenas puede dar lugar a conflictos y problemas de interpretación. Los órganos de control de la OIT han establecido que, al margen de la denominación que las leyes nacionales den a los diferentes colectivos, lo importante es si tales colectivos cumplen con los criterios ya mencionados del Convenio 169, para la aplicación de los derechos ahí contenidos.

#### Test práctico de autoidentificación como pueblo indígena

Para saber si cabe aplicar los derechos indígenas a un colectivo determinado, podría considerarse el siguiente test.

Preguntar a dicho colectivo *si se autoidentifica* como:

- a) Un pueblo que *desciende de poblaciones que estaban antes del Estado* (antes de la Conquista, Colonización o establecimiento de las actuales fronteras).
- b) Si *tiene, actualmente, algunas instituciones* sociales, económicas, culturales o políticas *propias* (idioma, formas de parentesco, sistemas de autoridad o justicia, forma de trabajo o relación con la tierra, etc.).

Una respuesta positiva a ambas cuestiones significa que dicho colectivo tiene una autoidentificación como pueblo indígena.

Un ejemplo de los problemas sobre identificación de los colectivos a los que se aplican los derechos indígenas lo da el caso siguiente, como ha sido registrado ante la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC), órgano de control de la OIT.

El Estado peruano, en un informe a la OIT indicó que, sobre un total nacional de 24 millones de peruanos, hay más de 9 millones de indígenas, en su mayoría quechuas y aymaras asentados en la región andina; y que en la Amazonía peruana existen unos 42 grupos etnolingüísticos que presentan características culturales, económicas y políticas distintas de otros sectores. Pero que, además, el universo poblacional indígena no se restringe a las comunidades campesinas y nativas, sino que además existen grupos en situación de aislamiento voluntario o de contacto esporádico. (CEACR 2005/76ª reunión: *Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 169. Perú*.<sup>14</sup> Sin embargo, el Estado peruano aplicó políticas diferenciadas a las comunidades campesinas de la costa y sierra, respecto de las comunidades nativas de la Amazonía, restando más derechos a las primeras. La CEARC se pronunció sobre el particular de la siguiente manera:

*“La Comisión considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación. (...) Observa, además, que la terminología utilizada en las diferentes leyes genera confusión y que la denominación o diferentes características de los pueblos no afectan su naturaleza en lo que concierne al Convenio si se encuentran comprendidas en el artículo 1, párrafo 1), del Convenio. La Comisión reitera que **el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba** y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio. Esto no significa que no se pueden desarrollar acciones diferenciadas para atender necesidades específicas de ciertos grupos como por ejemplo las comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario. (...) Además, insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular.”*

<sup>14</sup> Disponible en: [www.oit.org.pe](http://www.oit.org.pe), Bases de datos, ILOLEX: 092006PER169.

La CEARC también se ha pronunciado sobre el hecho de que las leyes no pueden tener en cuenta sólo el criterio objetivo sino también el criterio subjetivo, esto es, la autoidentificación. En un caso, la CEARC notó que el Estado no estaba reconociendo el derecho a la autoidentificación y que estaba exigiendo requisitos objetivos mayores que los del Convenio:

*“Artículo 1 del Convenio. Pueblos cubiertos por el Convenio. (...) La Comisión toma nota de que, si bien la definición contenida en el artículo 3 del Proyecto reproduce los elementos objetivos de la definición del Convenio, en este artículo **no se hace referencia al criterio fundamental de la autoidentificación**, a diferencia del artículo 2. La Comisión nota igualmente que entre los **elementos objetivos** de la definición prevista por el Proyecto aparece la referencia a que estos **pueblos «se encuentran en posesión de un área de tierra» que no figura en el Convenio.**” (CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2010.*

### 3. LOS SUJETOS TITULARES DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

La Constitución del Perú reconoce sujetos y derechos colectivos a pueblos originarios (art. 191), comunidades campesinas (art. 89 y 149), comunidades nativas (art. 89 y 149) y rondas campesinas (art. 89 y 149).

Las leyes internas desarrollan derechos específicos de pueblos indígenas u originarios, pueblos andinos, pueblos amazónicos, pueblo afroperuano<sup>15</sup>, pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial<sup>16</sup>, comunidades campesinas<sup>17</sup>, comunidades

<sup>15</sup> Ley 28495, Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano  
Art. 2.- El INDEPA es el organismo rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.

<sup>16</sup> Ley 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

Art. 2.- “Definiciones. (...) b) Aislamiento.- Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por discontinuarlas. c) Contacto inicial.- Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste ha comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional. (...)”

<sup>17</sup> Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas

Art. 2.- “Las comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.”

nativas<sup>18</sup> y rondas campesinas<sup>19</sup>. La Ley 27811, “Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos”, al definir a los pueblos indígenas comprende a los pueblos originarios, comunidades campesinas, comunidades nativas y pueblos en aislamiento voluntario o no contactados.<sup>20</sup> Y la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, especifica que “Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las rondas campesinas en lo que les corresponda y favorezca” en su Art. 1 (*in fine*).

Dado que las provisiones constitucionales y el derecho interno deben leerse a la luz de los tratados y acuerdos internacionales en la materia, como manda la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debemos entender que a todos los sujetos mencionados en la Constitución y el derecho interno les son aplicables los derechos de pueblos indígenas y tribales que reconoce el derecho internacional. El derecho internacional es aplicable en tanto otorga más derechos que el derecho interno. Por el contrario, como dispone el art. 35 del Convenio 169 de la OIT, no se deberá utilizar los tratados internacionales para menoscabar derechos ya reconocidos por la Constitución, legislación interna, costumbres o acuerdos nacionales.

En adelante, usaremos la categoría genérica de pueblos indígenas u originarios para referirnos a todos los sujetos colectivos reconocidos por el Estado peruano y asumimos que les son aplicables los derechos reconocidos por el derecho internacional.

De modo indicativo, no exhaustivo, los derechos de los pueblos indígenas y tribales son aplicables a:

- Pueblos indígenas u originarios,
- Pueblos andinos,

<sup>18</sup> Decreto Legislativo N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva

Art. 8.- “Las comunidades nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.”

<sup>19</sup> Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas

<sup>20</sup> Ley 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos

Art. 2.- “Definiciones, a) Pueblos indígenas: Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En esto se incluyen a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas (...).”

- Pueblos amazónicos,
- Pueblos en aislamiento y contacto inicial,
- Pueblo afroperuano,
- Comunidades campesinas,
- Comunidades nativas y
- Rondas campesinas<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2009): El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Enero de 2009, p. 3