

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**“Los Estudios De Bartolomé De Las Casas Sobre La Defensa De Los Indígenas:
El Derecho Como Herramienta De Cambio Social A Través De La Historia”**

Área de Investigación:

Derecho Constitucional

Autor:

Br. Fonseca Díaz, Claudio Marcelo Genaro

Jurado Evaluador:

Presidente: Chanduví Cornejo, Víctor Hugo

Secretario: Heras Zárate, Luis Henry

Vocal: Rebaza Carrasco, Héctor Martín

Asesora:

Ramírez Figueroa, Karin Patricia

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9344-6831>

**TRUJILLO - PERÚ
2023**

Fecha de sustentación: 2023/11/07

FONSECA DIAZ CLAUDIO MARCELO GENARO

INFORME DE ORIGINALIDAD

5%

INDICE DE SIMILITUD

6%

FUENTES DE INTERNET

2%

PUBLICACIONES

0%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	bdpi.cultura.gob.pe Fuente de Internet	1%
3	ezproxybib.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	vsip.info Fuente de Internet	1%

Excluir citas

Apagado

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

Apagado

Declaración de Originalidad

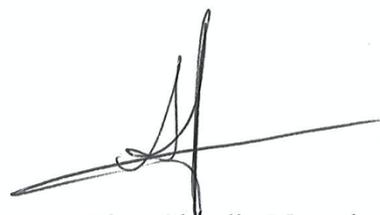
Yo, Karin Patricia Ramírez Figueroa, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesora de la tesis de investigación titulada “LOS ESTUDIOS DE BARTOLOMÉ DE LAS CASAS SOBRE LA DEFENSA DE LOS INDÍGENAS: EL DERECHO COMO HERRAMIENTA DE CAMBIO SOCIAL A TRAVÉS DE LA HISTORIA”, autor Claudio Marcelo Genaro Fonseca Díaz, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 5%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin con fecha 28 de noviembre del 2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.

Trujillo, 01 de Diciembre del 2023



Ramírez Figueroa, Karin Patricia
18215942
<https://orcid.org/0000-0002-9344-6831>



Fonseca Díaz, Claudio Marcelo Genaro
70820464

DEDICATORIA

Para mis madres, Rosa, Teresa, Martha, Diana, Orietta, Rosa Maria, Rosario, Isabel, Armanda y Fanny, quienes me reafirmaron que no es necesario engendrar para crear un vínculo maternal con el amor y valores que me inculcaron.

AGRADECIMIENTO

*A todas las personas y obstáculos que
pasaron por mi vida enseñándome a ser
la persona que soy hoy.*

RESUMEN

La actual investigación versa sobre un análisis de la obra y vida de Bartolomé de las Casas, en relación a los estudios efectuados por este, sobre los pueblos indígenas, de su época. En ese sentido, Bartolomé pretendió demostrar que estos tenían derechos y que debían ser considerados, además, como personas.

Dicho trabajo, por parte de Bartolomé de las Casas, permitió además que sea considerado como el padre de los derechos colectivos de pueblos indígenas, en tanto contribuyó al reconocimiento de lo que sería, posteriormente, conocido como derechos colectivos.

En esa línea, la presente tesis aborda el trabajo de Bartolomé de las Casas, desde una óptica del derecho constitucional. Así, el presente trabajo busca reafirmar la importancia de lo estudiado por Bartolomé de la Casas, como parte del reconocimiento de otras culturas conviviendo en un mismo espectro normativo y, en el cual se debe normar desde un enfoque de interculturalidad.

Palabras clave: derecho constitucional, derechos humanos, derechos fundamentales, pueblos indígenas, antropología jurídica e interculturalidad.

ABSTRACT

The current investigation deals with an analysis of the life and work of Bartolome de las Casas, in relation to the studies carried out by him, on the indigenous peoples of his time. In this sense, Bartolome tried to show that they had rights and that they should also be considered as human.

That work, by Bartolome de las Casas, also allowed him to be named the father of the collective rights of indigenous peoples, insofar as it contributed to the recognition of what would later be known as collective rights.

This thesis addresses the work of Bartolome de las Casas, from a perspective of constitutional law and fundamental rights. Thus, the present work seeks to reaffirm the importance of what was studied by Bartolome de la Casas, as part of the recognition of other cultures coexisting in the same normative spectrum and, in which it must be regulated from an intercultural approach.

Keywords: constitutional law, human rights, fundamental rights, indigenous peoples, legal anthropology and interculturality.

PRESENTACIÓN

La presente tesis para obtener el grado de ABOGADO, presenta el estudio de las investigaciones efectuadas por Bartolomé de las Casas, respecto a los derechos de los indígenas durante la Colonia.

Así, Bartolomé de las Casas se constituyó como el primer investigador que brinda alcances sobre dichos derechos, a favor de los indígenas ante el trato que estos venían recibiendo por parte de la Corona. Cabe indicar además que, la posición de, De las Casas, cobra un mayor realce en tanto este era parte de la Iglesia en ese entonces; por lo que, mantenía una relación de poder que, pese a ello, lo hizo tener una visión crítica sobre los tratos inhumanos que recibían los indígenas.

En ese sentido, el trabajo de Bartolomé de las Casas permitió entender un nuevo enfoque del derecho que, sería entendido posteriormente como un enfoque de derechos humanos; vinculado, en nuestra realidad jurídica, con el derecho constitucional.

Por ello, la presente tesis, hace -de manera preliminar- un recuento histórico de los hechos que llevaron a Bartolomé de las Casas a presentar su postura a favor de los indígenas y, posteriormente, de las normas promovidas por este. Ello, en aras de la búsqueda del reconocimiento legal de los indígenas, respecto a sus derechos fundamentales.

Es por ello que, el presente trabajo de titulación, plantea además un paralelo entre la normativa inicial a favor de los indígenas. Partiendo del reconocimiento jurídico, hasta ser reconocidos como sujetos de derechos colectivos; esto es, pueblos indígenas. En ese sentido, para el caso peruano, el derecho constitucional plantea las bases de los derechos fundamentales, entre los cuales se ubican los pueblos indígenas. Así, el aporte de Bartolomé de las Casas, como precursor de dichos derechos, es significativo.

Por lo expuesto, señores del Jurado, acatando lo determinado en el Reglamento de Grados y Títulos, cumpla con poner a su disposición, el trabajo de investigación de la Tesis titulada: “LOS ESTUDIOS DE BARTOLOMÉ DE LAS CASAS SOBRE LA DEFENSA DE LOS INDÍGENAS: EL DERECHO COMO HERRAMIENTA DE CAMBIO SOCIAL A TRAVÉS DE LA HISTORIA”

ÍNDICE.

I. INTRODUCCIÓN	12
1.1. El Problema de investigación.....	12
1.2. Hipótesis	15
1.3. Objetivos	15
1.3.1. Objetivo General.....	15
1.3.2. Objetivos Específicos	16
1.4. Justificación del estudio	16
II. MARCO DE REFERENCIA	19
2.1. Antecedentes	19
2.1.1. Internacionales.....	19
2.1.3. Nacionales	21
2.1.4. Locales.....	22
2.2. Marco teórico	23
2.3. Marco conceptual.....	27
2.3.1. Los estudios de Bartolomé de las Casas para la defensa jurídica de derechos de pueblos indígenas.	27
2.3.2. La búsqueda del reconocimiento de derechos de pueblos indígenas durante el virreinato.	42
2.3.3. El Estado como agente de reconocimiento de un marco jurídico para las poblaciones indígenas.	51

2.3.4.	Legislación nacional.....	54
2.3.5.	El impacto de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, en relación a los pueblos indígenas: ¿Predictibilidad o ambigüedad?.....	56
2.3.6.	Obstáculos relacionados con temas de fondo.....	63
2.3.7.	Legislación comparada.....	66
III.	METODOLOGÍA EMPLEADA.....	70
3.1.	Tipo y nivel de investigación.....	70
3.1.1.	Tipo de Investigación.....	70
3.2.	Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.....	70
3.2.1.	Técnicas.....	70
3.2.2.	Instrumentos.....	71
IV.	CONCLUSIONES.....	72
V.	RECOMENDACIONES.....	74
VI.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75

I. INTRODUCCIÓN

1.1. El Problema de investigación

a) Realidad Problemática

El derecho cuenta con diferentes ramas, entre las que se encuentran el derecho constitucional, la historia, sociología y antropología jurídica, siendo estas dos últimas poco investigadas (Carvajal, 2016), a raíz de que, desde la teoría y práctica, nos hemos visto inmersos en un derecho básicamente positivista.

Sin embargo, estas ramas nos permiten entender el porqué del derecho como ciencia social y, como herramienta de cambio social (Universidad Autónoma de Madrid, 1999). En ese sentido, la teoría de los derechos fundamentales no sólo se enmarca en el derecho internacional público (Monroy, 18) sino dentro de la propia historia del derecho.

Por lo que, entender a Bartolomé de las Casas y su evolución histórica relacionada a la defensa de los derechos de los indígenas en la época de la Corona (Fernández, 1999), permite hacer una paradoja temporal; en la cual, actualmente si bien se ha progresado en la legislación de derechos colectivos de pueblos indígenas, aún estos siguen siendo vistos como inferiores, frente al propio derecho y al Estado mismo (Bocarejo, 2021).

Esto último se puede ver reflejado en la Constitución Política del Perú, en la que a excepción del artículo 2° en el que se reconoce el derecho a la identidad, el artículo 149° donde es legislado el derecho a la justicia indígena y; el artículo 89° donde se reconoce la autonomía de su territorio, no hay más elementos normativos en ésta.

Lo anterior, es una clara muestra de cómo nuestra Constitución no reconoce plenamente derechos para con los pueblos indígenas, incluso en su propia denominación; ya que, son llamados comunidades campesinas o nativas, pero no pueblos indígenas u originarios; a diferencia de cómo lo menciona el Convenio 169 de la OIT.

En ese sentido, estudiar la tesis lascasiana de Bartolomé de las Casas (Del Río, 2014), es entender lo que fue posteriormente el humanismo. Esto es, el reconocimiento del otro (Bolio, 2015), desde una perspectiva del pluralismo intercultural, en la cual prevalezca el reconocimiento de derechos.

Por ello, el principal motivo del presente trabajo de titulación, es entender la influencia en el derecho (Correo, 1978) de Bartolomé de las Casas, durante la época del virreinato en el siglo XVI. Esto es, como gestor del pensamiento humanista, y además, de la corriente indigenista, marcando un hito en el reconocimiento de derechos humanos y de las primeras bases de la justicia indígena; la cual ha sido desarrollada de manera ambivalente por nuestra Constitución y, por su máximo intérprete; el Tribunal Constitucional (Verona, Los enfoques ético-políticos del Tribunal Constitucional peruano respecto de la diversidad cultural (1996-2012), 2014).

Ahora bien, desde la mirada de la historia del derecho, existe una deuda con Bartolomé de las Casas, en tanto sólo se le ha considerado como defensor de los indígenas, pero no como el gestor de toda una corriente dentro del propio derecho, que se vincula con la sociología y la antropología jurídica; ramas que además están relacionadas con el derecho constitucional, al ser este el que reconoce los derechos fundamentales de las personas (Sánchez, 2018).

Bartolomé de las Casas, nos enseñó con su obra a progresar nuestra cosmovisión de la diversidad cultural y además a la importancia de los derechos humanos, los cuales son inherentes a toda persona. Tesis la cual posteriormente, se asume formalmente tras la segunda guerra mundial, con la Declaración Universal de Derechos Humanos y, la formación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, **ONU**). En esa línea de ideas, Bartolomé de las Casas fue el gestor de lo que posteriormente sería llamado pluralismo cultural, el cual permite el encuentro de culturas y reconocimiento de las mismas (Rodríguez, 2001).

Es por ello, la importancia de la obra de Bartolomé, en tanto nos permite entender que el derecho debe ser visto como una herramienta que permita la inclusión de todas las culturas y, de la evolución de las normas, a medida que evoluciona la sociedad (Maceiras, págs. 81 - 114). Esto es, el dinamismo y pluralismo cultural.

En ese sentido, el aporte del presente estudio, es visibilizar el pluralismo jurídico, desde el enfoque de derechos de pueblos indígenas, a favor de estos y de cómo la interculturalidad es una expresión de la fusión de culturas y el derecho de los pueblos indígenas. Así, el propósito no busca la prevalencia de una de ellas, sino que ambas se encuentren y reconozcan, sin generar conflictos entre sus propios derechos (Habermas, 2009, págs. 155 - 212).

Finalmente, el presente estudio, para el otorgamiento del grado de abogado, busca entender que nuestro país cuenta con una diversidad cultural, que a la vez se traduce en diversidad normativa. Esto es, cada pueblo indígena u originario, Quechua, Awajun, Ashaninka, entre otros, tienen sus propias formas de hacer y ver el derecho. Así, en esta paradoja temporal entre Bartolomé de las Casas y la

actualidad, no se debe imponer derechos basados sólo en el positivismo, a pueblos indígenas u originarios, como se impuso en la época de la Corona; sino más bien, aplicar el pluralismo jurídico, a fin de que, desde un enfoque de interculturalidad, se apliquen las normas propias de cada pueblo indígena, sin que éstas transgredan derechos fundamentales, como el derecho a la vida, por ejemplo.

b) Formulación del Problema

¿Cuál fue el impacto de los estudios realizados por Bartolomé de las Casas para el reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios en la Constitución Política del Perú?

1.2. Hipótesis

Los estudios de Bartolomé de las Casas impactaron dando inicio a la evolución histórica de los derechos de pueblos indígenas, hasta llegar al reconocimiento de sus derechos fundamentales y colectivos en la Constitución Política del Perú.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

- Determinar el impacto que tuvo Bartolomé de las Casas como defensor de los indígenas, para la evolución de sus derechos fundamentales y colectivos.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Analizar el impacto de la defensa jurídica de los derechos de los indígenas de Bartolomé de las Casas, a nivel de derechos fundamentales y la evolución de estos en las normas y constituciones peruanas.
- Explicar que el derecho es una herramienta de cambio social para el reconocimiento de derechos colectivos de pueblos indígenas.

1.4. Justificación del estudio

La creación de la presente investigación se planteó con el fin de aportar al conocimiento jurídico sobre la obra de Bartolomé de las Casas en el que se demostró que los pueblos indígenas tenían y, tienen derechos fundamentales; los mismos que son sujetos a estos. Sin embargo, en la actualidad se continúa con el trabajo del reconocimiento de derechos colectivos para con ellos.

En ese sentido, en los siguientes párrafos, se abordarán las perspectivas sociales, económicas, teóricas y metodológicas, para la justificación de la presente tesis.

Justificación Social

El presente estudio ha buscado generar aportes al entendimiento de la importancia del reconocimiento de pueblos indígenas, a fin de que estos sean vistos como personas con derechos específicos y diferenciados. Desde el reconocimiento a su cultura y forma de organización.

En ese sentido, vale resaltar que en la actualidad, los pueblos indígenas no han logrado la declaración plena de sus derechos. Así, desde una perspectiva social, la convivencia en un país pluricultural, pasa -previamente- por entender las

diferencias culturales y, trabajar en función a éstas, para un verdadero cambio en la relación sociedad - Estado.

Justificación Económica

El aporte en materia económica se centra en entender, desde la diferencia cultural, que los pueblos indígenas, deben ser considerados desde una perspectiva de desarrollo que vaya de la mano con sus intereses comunes y colectivos y, con sus necesidades propias. Las mismas que, son diferentes entre los mismos pueblos indígenas y, con mayor razón, con quienes no se auto identifican como tales.

Así, desde una visión económica, la presente tesis, buscó que las diferencias culturales, sean vistas como oportunidades de mejora para la implementación de medidas de crecimiento y desarrollo, las cuales mejoren la calidad de vida de los pueblos indígenas.

Justificación Teórica

La tesis planteada buscó aportar además, a las teorías que se han continuado desarrollando, en materia de antropología y sociología jurídica; así como, sobre los alcances jurídicos del reconocimiento de derechos colectivos de pueblos indígenas. Ello, desde una óptica previa en función a los estudios realizados por Bartolomé de las Casas.

En ese sentido, la justificación teórica pasa, además, por que la presente tesis parte de la visión de Bartolomé de las Casas, como pilar en la defensa de los indígenas en Latinoamérica y el Caribe, hasta llegar a la actualidad.

Justificación Metodológica

La metodología aplicada para el actual trabajo de investigación es la de inductivo-deductivo. En ese sentido, desde la perspectiva inductiva, se ha partido de una hipótesis que ha sido verificada, a través, de la lectura de casos referidos por Bartolomé de las Casas y, hechos actuales.

Mientras que, la metodología deductiva, se usa cuando se han visto las teorías aplicadas al caso; lo que permitió enriquecer el análisis.

II. MARCO DE REFERENCIA

2.1. Antecedentes

2.1.1. Antecedentes Internacionales

El primer antecedente, es el de la Universidad de Estocolmo en Suecia (1980), titulado “Fray Bartolomé de las Casas o de la ciencia, el hombre y la liberación americana”, en el cual se realiza un análisis científico antropológico, a fin de esclarecer los sucesos producto de la colonización de América, teniendo como base de estudio los conceptos de las posturas humanistas de los colonizadores, el humanismo americano postulado por la teoría lascasiana de Bartolomé de las Casas y, los estudios filosóficos sobre los orígenes del estudio de la esencia humana, teniendo como partida el análisis del debate Sepúlveda - De las Casas.

Vale rescatar que en dicho artículo se consideró a Bartolomé de las Casas como precursor de la antropología y filosofía del hombre americano, postura que va de la mano con el humanismo y la concepción de los derechos fundamentales.

Otro artículo ubicado a nivel internacional, es el de la Universidad Complutense de Madrid (2011), titulado “Bartolomé de las Casas y los derechos humanos”, donde se realiza una línea del tiempo de la vida de este, a fin de realizar un análisis filosófico antropológico sobre el pensamiento lascasiano, el cual motivó los estudios de Bartolomé de las Casas, en aras de la defensa jurídica de los pueblos indígenas.

Adicionalmente, dicho estudio, también realiza un desarrollo histórico de los derechos humanos, con el fin de visibilizar que actualmente es necesario

lograr la universalización e institucionalidad efectiva de estos derechos. Esto, debido a nuestro globalizado cambio constante; más aún cuando hablamos de grupos poco reconocidos, como son los pueblos indígenas, que constitucionalmente no han llegado a tener un declaración plena de sus derechos.

Otro antecedente internacional que se identificó, es el artículo de la Universidad de Santo Tomás en Colombia (2019), con título “Aportes de Bartolomé de las Casas a la teoría actual de los derechos humanos”, en la cual dentro de sus conclusiones afirma que Bartolomé de las Casas realizó diversos aportes a la doctrina de los derechos humanos, específicamente al derecho a la igualdad, libertad y dignidad humana; los mismos que están reconocidos en las diferentes Constituciones Políticas, incluida la peruana. De igual forma, aportando a la política, introduciendo teorías como la libertad política. Estos aportes, tanto en dicha época, como en la actualidad, sentaron las bases para una mejor convivencia y armonía dentro de la sociedad. Logrando así, llegar a la hermenéutica diatópica. (Guevara, 2001, págs. 325 - 340).

Finalmente, otro antecedente internacional, fue ubicado en el libro “Cristianismo y defensa del Indio Americano”, del autor Francisco Fernández Buey (España, 1999), en el cual se busca esclarecer las verdaderas causas de la conquista americana, poniendo en tela de juicio los principios del cristianismo en la época de la Corona, debido a sucesos como la motivación por medio de bulas papales. Ello, con la finalidad de evangelizar a los infieles en América, para ser este el motivo de la colonización.

Todo ello nos lleva a cómo los indígenas eran vistos como inferiores ante el derecho, o pudiendo ser representados por ellos mismos, lo cual implicaba incluso el límite a su propia cultura, toda vez que en la evangelización, ésta era vista como una manifestación pagana. En ese sentido, Bartolomé de las Casas marca un hito, respecto a los pueblos indígenas, ya que, se gesta el reconocimiento de derechos que posteriormente serán plasmados en los cuerpos constitucionales (Kymlicka, 1996, págs. 112 - 115).

2.1.2. Antecedentes Nacionales

A nivel nacional, se ha ubicado la tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2017), titulada “La búsqueda de la titulación de la comunidad campesina Ccarhuac Licapa: Aplicación de una norma y aparición de un conflicto social”, de las autoras Lorena Cordero Maldonado y Gabriela Salvador Cárdenas, en la cual se realiza un estudio de la aplicación de la Ley de Deslinde y Titulación de Comunidades Campesinas en la comunidad Ccarhuac Licapa, donde se evidencia que la aplicación de la norma no siempre se va a dar de manera adecuada, ante la falta de capacitación en temas de interculturalidad, por parte de los funcionarios públicos que aplican la norma. Evidenciando este estudio, que el ejercicio de la autonomía de las tierras de comunidades campesinas establecido en la Constitución Política del Perú, esta siendo ineficiente.

Adicionalmente, se ubicó la tesis “Dos caras. La protección de los derechos de los pueblos indígenas según el Tribunal Constitucional peruano”, del autor Aarón Verona (2014), donde realiza un análisis en base a doctrina indigenista de predictibilidad de sentencias del Tribunal Constitucional en materia de

pueblos indígenas, concluyendo, que las decisiones del Tribunal carecen de una evolución histórica hacia una visión intercultural, son volátiles y; que mientras siga existiendo decisiones orientadas al asimilacionismo de los paradigmas predominantes del Estado, el Tribunal Constitucional evadirá transformaciones estructurales necesarias para el regulamiento de derechos fundamentales y colectivos de pueblos indígenas.

2.1.3. Antecedentes Locales

A nivel local, se ha ubicado el libro “Apuntes de Derecho Indiano”, del autor, Víctor Hugo Chanduví Cornejo (2007), dentro del cual se recopila de manera histórica los inicios del derecho indiano, tomando como punto de partida la explicación de las capitulaciones, bulas papales, teoría de ostipense, la corriente de Bartolomé de las Casas, Santo Tomás de Aquino, su progresiva evolución y, asimilación a la normativa predominante hasta mediados del siglo XIX. Explicando de manera más objetiva, la Constitución de Cádiz de 1812 por su amplitud, e influencia en el actual territorio peruano. Adicionalmente, en la explicación histórica cronológica, se denota un cambio drástico en los paradigmas a favor de derechos interculturales por parte de la Corona, desde el surgimiento de la ideología de Bartolomé de las Casas.

Adicionalmente, se ubicó la tesis “La Aplicación de la Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios N° 29785, vulneraría el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos en el Perú”, de las autoras Elia Ocupa Abad y Stefany Saldaña Velásquez (2016), donde se realiza un análisis de la posición del Estado respecto a la aplicación de la Ley de Consulta Previa, el principio de libre determinación y, el derecho fundamental a gozar de un

ambiente adecuado de los pueblos indígenas. Donde concluye que la Ley de Consulta Previa, no va de acorde a los estándares internacionales delimitados por el Convenio OIT 169, lo cual, esta genera conflictos ambientales entre los pueblos indígenas, las empresas extractivas y el Estado.

2.2. Marco teórico

En este apartado de la tesis se reseñó parte de los estudios de Bartolomé de las Casas y el impacto que tuvo en esa época en relación a los indígenas (como beneficio en términos legales para que se reconozca a éstos como sujetos de derecho). Entre los conceptos a definir para la presente investigación, es importante señalar los siguientes.

En ese sentido, es importante mencionar algunos términos utilizados en la época de la colonización para que haya una mejor comprensión de la presente tesis y de lo que se busca con la misma; que, como se ha dicho anteriormente, es el impacto que tuvo las acciones e investigaciones de Bartolomé de las Casas en el derecho de pueblos indígenas y, la repercusión de éstas a nivel constitucional.

Así, se desarrolló el concepto de la encomienda. Ésta fue una institución creada por la Corona en 1503, que les concedía el derecho a los conquistadores de percibir tributos y, que a la vez cumplía un rol organizacional económico, territorial y social. Adicionalmente, dentro de esta línea, otro concepto importante a saber, es el de la capitulación; el cual hacía referencia a un contrato que otorgaba la Corona donde se concedía la potestad de explorar y conquistar nuevas tierras.

Por otro lado, es importante entender la relación de la Constitución con los pueblos indígenas, a nivel de derechos reconocidos en ésta. Así, siendo ésta la

principal fuente de derecho, es en dicho cuerpo normativo en el cual se deben recoger los derechos fundamentales de dichos pueblos; sin embargo, nuestra Constitución no cuenta con un reconocimiento pleno de dichos derechos. Por el contrario, la visión que se tiene es altamente positivista; la misma que ha sido recogida, en su mayoría, por su máximo intérprete, el Tribunal Constitucional. (Castillo, 2000, págs. 100 - 108)

Asimismo, otro de los conceptos a considerados, de manera tangencial, en el presente trabajo, es el referido a la sociología jurídica. Ésta es la ciencia que estudia la relación sociedad-derecho teniendo como base, estudios de campo dentro de la sociedad y su relación con el Estado y las normas, con el propósito de visibilizar la realidad, desde una visión jurídica.

Adicionalmente, es importante entender la diferencia de este concepto con el de antropología jurídica; la cual, estudia la aplicación del derecho, desde la mirada cultural de aquellos grupos que no son concebidos desde el positivismo. Así, lo que permite la antropología jurídica, es la correlación entre el derecho y la sociedad, en el que el derecho es un factor más, pero no el único; por lo que, permite entender la importancia de la interdisciplinariedad.

Por otro lado, pueblos indígenas u originarios, son aquellos los cuales tienen origen desde mucho antes de la llegada de la Corona a América y, por ende, anteriores a la creación del Estado. Así, en el Perú estos son diferenciados por aquellos que se originaron en zona andina y los del área amazónica. Esta diferencia encuentra sentido, en tanto, la cosmovisión de ambas, difiere culturalmente hablando. Sin embargo, esto no es reconocido como tal en la Constitución; tal como se verá más adelante.

Cuando se señaló derechos colectivos, se entiende que estos no hacen referencia a una persona, sino a un grupo humano, como son los pueblos indígenas u originarios. Dichos derechos, están establecidos en el Convenio N° 169 (**en adelante, Convenio 169**) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pese a ello, no están enumerados en la Constitución.

En ese sentido, los derechos colectivos que el Convenio 169 establece, son entre otros, el derecho a la a la identidad cultural, a la participación de los pueblos indígenas, a la consulta previa, a conservar sus costumbres, a elegir sus prioridades de desarrollo, siempre que estos no sean incompatibles con los derechos humanos, ni con los derechos fundamentales conceptualizados por el ordenamiento jurídico nacional.

Ahora, si bien no están reconocidos en la Constitución, sí están previstos en la Ley de Consulta Previa - Ley N° 29785 y su Reglamento. Situación atípica, debido a que dichos derechos ya están previstos en el Convenio 169; el cual cuenta jerárquicamente con rango constitucional.

Otro término importante en esta investigación, es la interculturalidad, la cual traducida al latín, significa “entre culturas”, terminología que hace referencia a no sólo una relación entre ellas, sino más bien a un encuentro de las mismas, en el cual se reconocen derechos. Así, este intercambio conlleva al bien común entre ellas. Desde la teoría, esto es conocido como la hermenéutica diatópica; esto es, el encuentro de dos mundos. (Guevara, 2009)

Adiciona a ello, es importante tener en cuenta qué se entiende por reconocimiento de derechos colectivos. Esto se da cuando un Estado cumple con una política pública donde se visibiliza derechos sobre determinadas personas o

grupos poblacionales y que pone en práctica; a fin de que, estos puedan acceder a los mismos (Stavenhagen, 2006, pág. 23).

En esa misma línea, es importante tener en cuenta el vínculo entre el reconocimiento de derechos y el concepto de herramienta de cambio social, entendiéndose como aquella norma que va a generar un impacto positivo en las personas o grupos poblacionales específicos, la cual permite sumar al reconocimiento de derechos, que para el caso específico hacemos referencia a los pueblos indígenas (Tubino, s.f.).

Vale mencionar que, para una mejor interpretación doctrinal respecto a los tipos de decisiones que el Tribunal Constitucional toma respecto a las sentencias emblemáticas sobre pueblos indígenas mencionadas en la actual tesis, se conceptualizarán cada una de ellas a continuación.

Se entiende por asimilacionismo, como el cual que basa su enfoque en el encuentro de las culturas. Esto es, aquella cultura que es predominante va a imponerse ante, la de grupos, llamadas minoritarias. En ese sentido, esto afecta derechos colectivos, toda vez que no se basa en el enfoque intercultural.

Respecto al tipo de decisión integracionista, es aquella la cual busca la interdependencia entre grupos culturales diferentes, con capacidad de intercambiar normas y cultura, en el marco de la igualdad, sin llegar a la interculturalidad.

En lo que refiere al tipo de enfoque multicultural, este se entiende como aquella decisión la cual reconoce que existen diferentes culturas en un mismo espacio, pero sin llegar a reconocer derechos diferenciados para cada una de esas culturas. Es decir, reconoce existencia, más no, derechos colectivos.

Finalmente, en lo que respecta al tipo de decisión intercultural, se entiende como la cual reconoce los puntos comunes entre las diferentes culturas y, se centra en el diálogo entre éstas. Adicionalmente, reconoce las diferencias culturales, para el respeto de las mismas.

2.3. Marco conceptual

2.3.1. Los estudios de Bartolomé de las Casas para la defensa jurídica de derechos de pueblos indígenas.

2.3.1.1. La conclusión de Bartolomé de las Casas sobre qué derechos diferenciados debían aplicarse a los indígenas.

A modo de referencia histórica fue importante señalar que los derechos que llega a identificar Bartolomé de las Casas, para ser efectivos, tuvieron que pasar por una audiencia frente a los tribunales católicos. Es importante resaltar que previo a este suceso, Bartolomé pasó por la realización de estudios previos, conocidos posteriormente como etnografía (Fernández, 1999).

Si bien Malinowski es reconocido como el padre de la antropología jurídica, debido a que realizó trabajos de campo que permitieron observar la realidad de pueblos originarios y tribus, no podemos desmerecer que Bartolomé de las Casas fue el primero en hacer este estudio de campo - etnografía- con los propios indígenas que estaban bajo su protectorado; ya que, tuvo que hacer un proceso de observación que le permitiese identificar si los indígenas eran personas y, por ende debían ser tratados como tales. Esto es, si es que eran sujetos de derecho.

En ese sentido, se podría decir que Bartolomé de las Casas, realizó –al igual que Malinowski– como hemos señalado anteriormente, teóricamente, etnografía jurídica. (Aguirre, 1999)

Por otro lado, conforme a los estudiosos de la historia, la iglesia católica era tan influyente en la época de la Corona, que los frailes tenían un nivel jerárquico importante. Esto permitió que Bartolomé de las Casas pudiese cuestionar el trato a los indígenas y que más adelante, sea el legado que dejó como teoría humanista. Más aún, cuando la Reina Isabel I de Castilla y el Rey Fernando II de Aragón eran católicos y, el clérigo tenía llegada a estos. (Fernández, 1999).

La controversia de Bartolomé de las Casas: ¿Los indígenas eran o no personas?

En época de la Corona, los indígenas no eran vistos como personas, e incluso su estatus era inferior que el de un animal, ya que se creía que no poseían alma; por lo que Bartolomé tuvo que demostrar de diversas maneras que su tesis sobre los indígenas era la correcta.

La obra y vida de Bartolomé de las Casas antes de realizar un cambio social para los indígenas no siempre fue la misma, debido a que desde su niñez experimentó sucesos peculiares que contribuyeron a formar su personalidad.

Esto debido a que tanto su padre, Pedro de las Casas, como su tío, Francisco de Peñalosa, parten en 1493 en el segundo viaje de Colón para la conquista de América. (De las Casas, 1875, pág. 268). Hecho que marca la visión paternalista de este hacia los indígenas.

En ese sentido, en 1494 cuando regresa su padre, Bartolomé de las Casas experimentó por primera vez lo que significaba tener un esclavo, el cual había sido traído por su padre. Ello, hasta el año 1500 cuando por mandato de la Reina Isabel I de Castilla regresó a América junto con los otros indígenas llevados a España.

En esa línea de ideas, a sus 18 años, en 1502, con el entusiasmo de su juventud por la búsqueda de aventuras y adquirir riquezas, Bartolomé de las Casas embarcó hacia la isla La Española; a fin de ser parte de las luchas para la conquista, obteniendo indígenas como parte de la encomienda dada a su persona. La cual utilizó para instalar una labranza, atribuyéndosele en este viaje la posición de colonizador, minero y encomendero (De la Casas, 1875, pág. 26). Sin duda, estos hechos marcaron cuestionamientos éticos, posteriores, en Bartolomé, en tanto luego asume la defensa de quienes estaban bajo su custodia, en calidad de esclavos.

Posteriormente, Bartolomé regresó a Sevilla y viajó a Roma para visitar al Papa Julio II junto a Cristóbal Colón, lo que permitió que se relacionara con el Rey Fernando II de Aragón. Tras su regreso a la isla La Española, es en 1510, que presencia por primera vez la llegada de los frailes dominicos. Hecho que genera un fuerte conflicto entre los dichos frailes y los conquistadores, ya que fray Antón de Montesinos denunciaba el maltrato hacia los indígenas (Liñan, 2019).

En esa línea, el 21 de diciembre de 1511 fray Antón de Montesinos realizó un fuerte discurso con el propósito de visualizar el cruel y tirano trato que se ejercía hacia los indígenas. En dicho discurso denunció abiertamente que estos no gozaban de derechos y que eran explotados por

los conquistadores, los cuales los privaban de comida y salud y, criticó fuertemente que estos sean usados como servidumbre sin un trato digno. (De la Casas, 1875, pág. 293)

Dichas denuncias llegaron al Rey Fernando II de Aragón, quien ordenó realizar una junta en el convento de San Pablo de Burgos, reuniendo a teólogos y a juristas para dar solución al conflicto.

Producto de aquella junta, el 27 de diciembre de 1512 se decretó la Ley de Burgos, siendo este el primer instrumento legal en la Corona que reconocía derechos para pueblos indígenas. (De la Casas, 1875, pág. 8)

Asimismo, la Ley de Burgos es considerada la primera declaratoria de Derechos Humanos históricamente, la cual tuvo como propósito la protección y humanización de los indígenas y, que reconoció derechos como la dignidad, trabajo y libertad. Sin duda alguna, dicha norma marcó el inicio para el reconocimiento de derechos, aún incipientes, pero de impacto como herramienta de cambio social.

Aproximadamente, en aquel año Bartolomé fue ordenado sacerdote y decidió vender una hacienda que tenía en la isla La Española; llevado a ello, bajo una autocrítica de cómo se venía realizando la conquista para los indígenas. Es ahí donde inicia una gesta por la defensa legal de los pueblos indígenas. (De la Casas, 1875, pág. 8)

Tras lo expuesto, Bartolomé de las Casas partió hacia la conquista de Cuba, pero bajo la calidad de sacerdote y con la finalidad de evangelizar a los indígenas. Es ahí donde recibe una encomienda como recompensa, la cual administra hasta 1514. Época en la cual en uno de sus tantos viajes a

Cuba, Bartolomé buscó confesarse ante un sacerdote dominico, quien le niega la absolución de sus pecados, debido a que tenía indígenas como encomendero (De la Casas, 1875, pág. 66). Este hecho es importante, en tanto conforma una cadena de acciones que generan en Bartolomé de las Casas, una dura crítica ante su accionar frente a los indígenas.

En ese sentido, impactó en Bartolomé al punto de repensar las condiciones inhumanas en las que vivían los indígenas, lo cual lo lleva a determinar de injusta la institución de la encomienda y, lo más importante, que los legítimos propietarios de las tierras conquistadas eran los propios indígenas. Es por ello que renuncia al protectorado de estos, los que tenía en modalidad de esclavos (De la Casas, 1875, pág. 205)

Por otro lado, pese a que se promulgó la Ley de Burgos, Bartolomé de las Casas consideraba que la institución de la encomienda continuaba provocando injusticias como la esclavitud y explotación hacia los indígenas. Motivo por el cual, junto con fray Antón de Montesinos viajan a España con el propósito de informar y convencer al Rey Fernando II de Aragón, de que se seguían suscitando abusos contra los indígenas, a pesar de estar vigente la Ley de Burgos (Faundes, 2012). Lo cual demuestra, desde la perspectiva del derecho, que no toda norma por su propia creación, va a generar el cambio debido, sino que son quienes aplican la norma quienes deben realizar dicho cambio. Así, la norma per se, no actúa como una herramienta de cambio social, sino quienes van a hacer que ésta se ejecute.

Ahora bien, tras fallecer el Rey Fernando II de Aragón, el Cardenal Cisneros persuade a Bartolomé de las Casas y a fray Antón de Montesinos

de no tratar las denuncias con el Emperador Carlos V, sin embargo este se compromete a investigar las denuncias realizadas, enviando a un grupo de frailes jerónimos para ello.

Es así como se designa a Bartolomé de las Casas “Protector de los indios”. Nombramiento con el cual regresó hacia América, a fin de que se cumpliera dicha ley, pero se enfrenta con una realidad conflictiva frente a los frailes jerónimos. Quienes demostraron no tener la capacidad para dar solución a los conflictos. (De la Casas, 1875, pág. 252)

Posteriormente, en 1520 Bartolomé de las Casas volvió a España. Año en el que obtiene el permiso de colonizar pacíficamente la costa de Paria (actualmente Venezuela). Sin embargo dicha colonización fracasó, regresando desmotivado al convento de Santo Domingo, donde se dedicó al estudio de la doctrina teológica, filosófica y jurídica. Lo más importante de ello fue la redacción de obras, tales como “*De unico vocationis modo omnium gentium ad veram religionem*” y “La Historia de las Indias”.

Por otro lado, en 1534 emprendió un viaje hacia América, donde en Guatemala logró colonizar pacíficamente. Hecho el cual hizo que, en México lograra conseguir la carta de recomendación del virrey Antonio de Mendoza para retornar a España y poder hacerle llegar sus denuncias al emperador Carlos V; puesto que, consideró que en la Corona su voz podía dar batalla para los derechos de los indígenas.

Tras su regreso a España, Bartolomé de las Casas logra que en 1542, Carlos V dé inicio a la Junta de Valladolid, donde reunió a los teólogos de mayor prestigio para debatir las denuncias hechas por Bartolomé. Lo que

permitió que el 20 de noviembre de 1542, se emita la Ley de Indias, en la cual se prohibió la esclavitud de los indígenas, quedando libres de los encomenderos y, que estos pasaran bajo la protección de la Corona (Salmoral, 2017).

Adicionalmente a ello, se ordenó que en las próximas exploraciones o conquistas estén presentes los miembros del clérigo, a fin de asegurar la evangelización pacífica de los indígenas (Liñan, 2019). Hasta este punto, queda demostrada la influencia que tenía la iglesia católica en la Corona española, en las gestas por la conquista de nuevas tierras, bajo un discurso ambiguo de evangelización.

Por otro lado, si bien Bartolomé de las Casas reconoció mejoras al darse la Ley de Indias, ésta no se cumplía a cabalidad, lo que hizo que este escribiera el libro “Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias”. La importancia de este libro radica en que, él, siendo un miembro del clérigo, relató las injusticias cometidas por los conquistadores, hacia los indígenas.

Cabe precisar que, en 1550 el emperador Carlos V realizó una congregación de letrados, teólogos y juristas en Valladolid, con el fin de cuestionar si los métodos empleados para conquistar eran lícitos. En dicha congregación, surgió un polémico debate entre Bartolomé de las Casas - quien defendía a los indígenas- y Juan Gines de Sepulveda, quien defendió la inferioridad de estos y la conveniencia de su sometimiento. Debate en el cual Bartolomé de las Casas no logró un final positivo y, la conquista siguió adelante. Esto hizo que, Bartolomé de las Casas decidiera renunciar al obispado que se le otorgó en 1543 (Manero, 2009).

Como un hecho histórico, días antes de su fallecimiento, Bartolomé decidió realizar un memorial ante el consejo de Indias. En el cual argumenta el porqué de su vida y obra a favor de los indígenas y, a la vez, denuncia los actos tiranos realizados a partir de la colonización.

Sus principales argumentos fueron que las conquistas eran injustas guerras y que todas las tierras obtenidas de los indígenas fueron mediante la usurpación. Asimismo, denunció que la encomienda y repartición de indígenas era totalmente injusta. Por otro lado, sostuvo que todos aquellos que dan y reciben encomiendas, están en pecado mortal (Ferreira, 2015).

Adicionalmente, este documento toma importancia, porque se va contra la Corona señalando que el rey no tenía justificación alguna respecto a las guerras, robos y repartimiento de encomiendas realizadas a los indígenas. Además señaló, que toda la riqueza extraída de las tierras indígenas y llevadas a España había sido robada. Hecho, que en la actualidad atenta contra el derecho a la propiedad comunal.

Por otro lado, en su memorial indicó que si no se restituía todo aquello que fue usurpado por la conquista española no podrán salvarse del pecado. Finalmente, en su memorial indicó que todos los indígenas que fueron víctimas de la conquista están en total derecho de declarar la guerra a los españoles (Huerga, 1998, pág. 383).

Tanto la Junta de Burgos como la de Valladolid son hitos históricos que permitieron determinar, en la época, que los indígenas tenían la calidad de personas. Así este fue el primer paso para el reconocimiento de los indígenas dentro del ordenamiento jurídico.

Finalmente, lo expuesto líneas arriba describe a cabalidad lo que se convirtió en las teorías humanistas y de defensa de derechos de pueblos indígenas. Por lo cual, si bien en dicha época los términos no eran los mismos, Bartolomé de las Casas, estaba haciendo referencia a lo que después se conocería como los derechos colectivos de pueblos indígenas; tales como, territorio, cultura, idioma, trabajo diferenciado, entre otros.

Los derechos de los pueblos indígenas identificados por Bartolomé de las Casas

Si bien, los derechos humanos -como los entendemos en la actualidad- son una concepción que nace tras la Segunda Guerra Mundial, tal como se ha mencionado con anterioridad, Bartolomé de las Casas fue uno de los primeros en abordar los derechos sobre los indígenas, desde la percepción de la época. Así, identifica una serie de derechos que consideró debían ser reconocidos para los indígenas, ante los abusos que se han relatado en los párrafos precedentes (Maceiras, págs. 81- 114).

En ese sentido uno de los primeros derechos que Bartolomé reconoció para con ellos, fue el derecho a la dignidad, que era entendido bajo el enfoque de una vida digna; el cual pudo aplicar para que los indígenas no sufrieran de mayores maltratos. Este derecho, si bien no está diferenciado, sí está reconocido en la Constitución Política del Perú, para todas y todos, en el artículo 1º de la misma. Sin embargo, en dicha época, la vida digna de los indígenas era una utopía.

Por otro lado, Bartolomé de las Casas ante los constantes actos de violencia hacia los indígenas o asesinatos de los mismos, realizó un

estudio, basado en lo que sería, la observación, que como ya se ha mencionado anteriormente, se basó en la etnografía jurídica.

En ese sentido Bartolomé tras dicha investigación sostuvo en su tesis que los indígenas poseían sentimientos y que por lo tanto tenían alma. Cabe indicar que para la época sólo las personas desde la percepción católica poseían alma. Por ello debían ser considerados como humanos y debían ser respetados al estar en la misma condición que los plebeyos y criollos. (Beuchot, 1993)

Otro de los derechos que reconoce Bartolomé de las Casas, ante el sometimiento y esclavitud hacia los indígenas, fue el derecho a la libertad. Uno de los principales derechos del que goza toda persona humana. (Quijano, 2020). Derecho que es reconocido tanto en la Constitución, como en el Convenio 169. Sin embargo, en la actualidad, existen diferentes formas de esclavitud, desde trata de personas que en su mayoría se dan en pueblos de la Amazonía o, en trabajo forzoso en zonas forestales coccaleras.

A pesar del reconocimiento de derechos en la Ley de Burgos y la Ley de Indias, Bartolomé evidenció que la libertad seguía siendo una utopía para los indígenas, partiendo por la encomienda ya que posterior a la Ley de Burgos, consideraba, era una institución vigente la cual propiciaba la esclavitud; motivo por el cual continuó con su lucha por una reforma de la Ley de Burgos, que se reflejó en una mejoría en la Ley de Indias.

Sin embargo, los encomenderos que se encontraban en Chiapas se negaron a cumplir dichas normas, debido a que los privaban de beneficios y privilegios que tenían, experimentando incluso conflictos con los

mismos feligreses y clérigos. Por lo cual, los encomenderos consideraron a Bartolomé como un enemigo de la Corona (Lira, 2019). Así, si esto lo llevamos a tiempos modernos, se podría decir que antes de la reforma agraria de 1968, los pueblos indígenas seguían bajo un régimen de esclavitud, toda vez que la propiedad de la tierra incluía a la vida y libertad de estos; ya que, en el marco de las haciendas o latifundios, incluían como bienes a los pueblos indígenas, quienes eran sirvientes de los dueños de dichas tierras. (Crisostomo, 2017)

Posteriormente, en vista de que los indígenas eran explotados y morían a fin de ser utilizados para la extracción de minerales, recolección agrícola, trabajos forzosos y, sin límite en sus condiciones laborales; es siguientes derecho en ser identificado, según Bartolomé de las Casas, es el derecho a el trabajo (Pizarro, 2021).

En ese sentido, buscó proteger a los indígenas de dichos tratos inhumanos, poniendo límites a las condiciones bajo las cuales estos laboraban. Sin embargo la historia nos relata que el trato hacia los indígenas en diferentes partes del virreinato, aún cuando ya existía la Ley de Burgos y la Ley de Indias, siguieron siendo los mismos. Ahora bien, con esto Bartolomé nos demostró una vez más lo adelantado que estaba para su época, ya que, dicha concepción fue recogida por el Convenio 169 de la OIT, al señalar que los pueblos indígenas tienen derecho a un trabajo digno y bajo un enfoque de derechos interculturales.

Sin embargo, pese a que el Convenio 169 señala lo expuesto anteriormente, nuestra Constitución, no presenta un trato diferenciado en materia laboral para con los pueblos indígenas; lo cual va en contra de su

propia cultura, toda vez que, en algunos casos la vida laboral que llevan colisiona con sus tradiciones o con sus manifestaciones culturales.

Así, por ejemplo, en épocas de siembra, en la cual la participación comunal se divide de manera igualitaria, los espacios laborales, públicos o privados, deberían valorar este tipo de hechos, a fin de dar permiso a los integrantes de pueblos indígenas, para así puedan participar del trabajo comunal; con cargo a recuperar las horas no trabajadas, posteriormente, previo acuerdo con el empleador.

Es por estos derechos reconocidos como, la vida, libertad y trabajo, los estudios de Bartolomé de las Casas se convierten en el antecedente histórico de lo que viene a ser la corriente indigenista que surge a partir de 1900. Si bien la Ley de Burgos, es el primer documento oficial que reconoce derechos de indígenas, este fue evolucionando a medida que pasaban los años y los cambios culturales (dinamismo cultural), hasta llegar a un escenario jurídico en el cual se les reconoce derechos colectivos, ya no sólo como indígenas, sino como pueblos indígenas. Ya que la condición de pueblos, como lo hemos señalado anteriormente, tiene que ver con el arraigo de estos con su cultura y territorio. (Ansión, 2009, págs. 100 - 110)

A modo de conclusión, respecto a los derechos identificados por Bartolomé de las Casas, se debe indicar que éste fue quien dio inicio a la corriente sobre la antropología jurídica y el pluralismo jurídico, las cuales se vinculan al derecho constitucional, en tanto se enmarcan en derechos fundamentales. Ramas que posteriormente fueron atribuidas a autores como Malinowski o Boaventura de Sousa Santos.

Lo anterior, toda vez que Bartolomé de las Casas reconoce el derecho a la cultura de los indígenas –posteriormente reconocidos como pueblos– y que estos no pueden ser evangelizados a la fuerza. En ese sentido, lo que De las Casas plantea es la libertad de pensamiento, pero además, el derecho a que los indígenas vivan de acuerdo a su propia cultura.

Por otro lado, la antropología jurídica está presente en los estudios de Bartolomé de las Casas, en tanto reconoce que los indígenas tienen una forma propia de generar normas y que además, tienen el derecho a elegir a sus propios gobernantes; con lo cual manifiesta su oposición a la opresión que generaba la Corona sobre los indígenas. Postulado que está recogido en el Convenio 169, cuando se menciona el autogobierno y el derecho a elegir sus propias autoridades.

Así, Bartolomé de las Casas, se constituye como el precursor de los derechos fundamentales de los indígenas y, además, como el principal promotor de la antropología jurídica y, el pluralismo jurídico. Este aporte, si bien no ha sido destacado del todo por la historia, puesto que se ha atribuido dicho trabajo a otros investigadores, debe ser considerado en tanto permite las bases de lo que fue, posteriormente, la corriente indigenista en Latinoamérica (García, 2011).

2.3.1.2. Importancia de la obra de Bartolomé de las Casas como herramienta de cambio social.

Tal como se señaló anteriormente Bartolomé de las Casas inició una gesta social para cambiar la situación de los indígenas. Lo cual incluso, lo enfrenta ante la propia Corona. Sin embargo, sus denuncias sobre el trato

a los indígenas llegan a tener eco, en tanto se logró la Ley de Burgos y, la Ley de Indias, dos normas fundamentales que tenían como finalidad reconocer derechos de los indígenas y protegerlos de cualquier acto de vulneración, pero la gesta de Bartolomé nos permite analizar cómo la norma no siempre es la solución para un cambio social.

Así, Bartolomé de las Casas nos enseña jurídicamente algo fundamental, que la masividad de normas no es sinónimo de mejoras para la ciudadanía. Por el contrario, en algunos casos esta masividad puede llevarnos a la hipertrofia legal. Entonces, el problema en sí no estaría tanto en la norma, sino en quienes hacen la norma y en quienes la van a aplicar, que para el caso en concreto eran la Corona y los encomenderos.

En ese sentido, un cambio social logra trascender y materializarse cuando la norma impacta en la condición jurídica de una persona o grupo poblacional, de manera positiva y no sólo de forma figurativa (Guevara, 2009).

Lo anterior, se logra cuando la norma es elaborada para tales fines y entendida como tal, por quienes van a ejecutarla. Para el caso en concreto, la Ley de Burgos y la Ley de Indias, tuvieron la intencionalidad de generar un cambio social en los indígenas, sin embargo, como diría en la actualidad Subirats (2015, págs. 198 - 223)¹, no hubo decisión política para el cumplimiento de estas normas.

¹ De acuerdo a lo que señala Subirats, quienes manejan las políticas públicas deben de tener la decisión política de que estas sean efectivas, en ese sentido no basta la promulgación de una norma, sino que esta sea interiorizada por quienes hacen la norma y por quienes la ejecutan. Este proceso pasa por una toma de decisiones que van a ir de la mano con los fines que tengan los gobernantes.

En ese sentido, Bartolomé de las Casas pensó lograr un cambio social respecto al reconocimiento de derechos indígenas, en primera instancia gracias a la Ley de Burgos y, en una segunda instancia, la Ley de Indias. Si bien es cierto hubo algunos cambios, estos no fueron suficientes en tanto el poder político requería de los indígenas para que éstos sean explotados.

Tanto la Ley de Burgos como la Ley de Indias, permitieron reconocer a los indígenas como sujetos de derecho; esto es como personas. Es por ello que ambas leyes son consideradas como las primeras declaraciones de derechos para con estos, en la historia.

Antes de la promulgación de estas leyes, los indígenas no estaban contemplados en el derecho, teniendo un nivel de inferioridad en comparación a los españoles, plebeyos y criollos, respecto a las leyes que podrían asimilarse a la de un animal. He ahí la razón del porqué la intención de Bartolomé de las Casas en demostrar que tenían alma.

Sin embargo, desde la Corona, el impacto jurídico fue visto beneficioso, ya que, al ser considerados como personas también obtenían mayores obligaciones, especialmente de tipo tributario (Saito, 2017, pág. 17).

Es por ello que la tesis de Bartolomé de las Casas es el antecedente histórico de la corriente indigenista y, el reconocimiento pleno de los derechos de pueblos indígenas. Esto se materializó tanto en el Convenio 169, como en la Ley de Consulta Previa, para el caso peruano. Cuerpos normativos que recogen el reconocimiento de derechos colectivos, vinculados con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

2.3.2. La búsqueda del reconocimiento de derechos de pueblos indígenas durante el virreinato.

2.3.2.1. Antecedentes sociopolíticos de los pueblos indígenas y de la justicia.

Durante el virreinato, los conflictos sociales entre los conquistadores e indígenas, eran constantes, a pesar del sometimiento al que estos se encontraban. Ello, debido al trato que recibían en trabajos forzosos y que fueron denunciados por Bartolomé de las Casas.

Dichas denuncias generaron una decadencia en la producción minera, debido a la baja en la mano de obra de los indígenas, las incursiones piratas y, la crisis económica que afrontaba la Corona ante la caída de ingresos a la Real Hacienda². Ahora bien, estos hechos se vinculan desde la filosofía jurídica, con la tesis de Bartolomé de las Casas, en función al pensamiento lascasiano (Andrien, 2011, pág. 65).

El pensamiento lascasiano, fue una posición política, que cobró fuerza en Latinoamérica, gracias a Bartolomé de las Casas, en tanto se orientó a la protección de los indígenas o nativos. En ese sentido, se podría decir que dicha tendencia fue una de las primeras visiones humanistas de la historia (Losada, 1975). Por ende, esta postura se vincula con el derecho constitucional, en tanto hace mención a derechos fundamentales, tal como, el de la dignidad de la persona. Así, la filosofía jurídica, la sociología y, la antropología jurídica, se ven interconectadas en el derecho constitucional,

² Real Hacienda fue una institución la cual su función se basaba en la recaudación y control de los ingresos metropolitanos que provenían de las colonias.

en tanto nos permite comprender la reelevancia de los derechos de las personas. (Kymlicka, 1996, págs. 112 - 115)

Así, la posición lascasiana, tuvo dos ejes fundamentales, el reconocimiento y, la positiva afirmación del otro. Este último eje, sería (Tubino, s.f.) de derechos del otro. Es decir, que no sólo existe una manera de ver el derecho, sino que éste se puede interpretar de diferentes formas, dependiendo de la cultura. El reconocimiento entonces pasa, no por la persona en sí, sino por los derechos de ésta, que, para el caso de los indígenas, se da en colectivo. Postura que, como veremos más adelante, asumen diferentes cortes constitucionales e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En ese sentido, la coyuntura sociopolítica de la época, no era la más favorable para la Corona, ya que era el inicio de pequeñas gestas independizadoras, que, si bien no tuvieron un impacto mayor, sino hasta trescientos años después; sí marcaron determinados hitos, como por ejemplo, el que los indígenas ya no eran vistos como esclavos (Garrica, 2004, págs. 1 - 21).

Así, la liberación de los indígenas, trajo consigo un problema a nivel de empleabilidad, toda vez que, al no ser esclavos, debían recibir una compensación por el trabajo que realizaban; sin embargo, al no cumplirse con esto, los indígenas formaban pequeñas gestas en rechazo, paralizando sus funciones; a diferencia de la población afrodescendiente los cuales no percibían compensaciones por ser esclavos. Esto, es recogido posteriormente por la Organización Internacional del Trabajo en el

Convenio 169, en tanto en la década de los noventa, se mantenían diferentes formas de trabajo forzoso para con los pueblos indígenas.

Es ahí donde, los colonizadores se enfrentan a otro problema, de tipo físico y geográfico, ya que los principales yacimientos de oro se encontraban en las zonas alto andinas y, la población afrodescendiente no estaba preparada para mantenerse en condiciones óptimas debido a la no aclimatización y a una deficiente salud en ellos (Del Río, 2014).

Es importante reconsiderar el peso que tuvo Bartolomé de Las Casas, no sólo en la defensa indígena, sino en la reivindicación de los derechos de estos. Así, una de sus pretensiones en el aspecto sociopolítico, fue el de crear una defensoría civil. Esto es, una institución, a la cual los indígenas pudiesen recurrir cuando sus derechos sean vulnerados. Sin embargo, ello no tuvo éxito, pese a las consideraciones jurídicas que alegaba, debido a que ya eran reconocidos como personas (Melero, 2016).

Sin embargo, dicha labor, permitió que años más tarde se creara el Juzgado General de indios, a fines del siglo XVI. Ello, con miras a mejorar la representación indígena, frente a las instituciones coloniales. (Wilkie, 1985).

Cabe precisar que, en la actualidad, el Poder Judicial cuenta con la Oficina Nacional de Justicia y Paz y Justicia Indígena (ONAJUP), la cual viene realizando diferentes investigaciones en aras de mejorar la conexión entre los pueblos indígenas y el Sistema de justicia; con un enfoque de interculturalidad.

2.3.2.2. La relación entre la Iglesia católica y la Corona, para determinar derechos fundamentales de los indígenas

En la época colonial, la iglesia católica fue de gran influencia hasta el punto en el que muchas veces tenía más poder que la propia Corona. En ese sentido, se reforzó el vínculo entre la iglesia católica y la Corona, debido a que los reyes durante la época de la conquista eran católicos y escuchaban al clérigo, al momento de la toma de decisiones, debido a la influencia que ésta tenía sobre la población (Osuchowska, 2014).

Lo anterior, hizo que en la colonización, uno de los principales objetivos fuese la evangelización, a fin de tener más adeptos. En ese sentido, la relación entre la Corona y la iglesia en la época de la colonización, tuvo una significativa importancia empezando porque existían reyes católicos, como fue el caso de Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla; lo cual hacía que los principios del catolicismo prevalecieran sobre la Corona, al momento de tomar decisiones.

La prueba de influencia religiosa, más importante en la conquista, se originó con la “bula³ inter coetera”. Este fue un escrito, realizado por el papa Alejandro VI dirigido a los reyes católicos, con la finalidad de justificar la adjudicación de las tierras descubiertas, para imponer la fe cristiana; induciendo a una lucha contra los infieles (Martínez, 1958).

Lo anterior, fue una justificación para los colonizadores de ver a los indígenas como enemigos del cristianismo, motivándolos a acabar con

³ El término bula hace referencia a un documento emitido por la Cancillería Apostólica papal sobre asuntos políticos o religiosos.

aquellos que no pertenecieran a la cristiandad. Así, la conquista se convirtió además en una guerra católica, la cual podríamos señalar bajo los términos de la época, como una cruzada⁴.

Cabe indicar que, la iglesia buscaba beneficiarse de la colonización no sólo en temas de religiosidad, sino también en temas económicos y políticos. Asimismo, tenían control sobre la población lo cual generaba cierto temor en la propia Corona, quienes le daban facultades amplias al clérigo para que ellos pudiesen tener un mayor alcance y vinculación con la población (Acosta, 2016).

En ese sentido, los altos mandos jerárquicos de la iglesia católica, como fue Bartolomé de las Casas, en su calidad de obispo, tenían una relación cercana con la Corona (López, 2018, págs. 61 - 69). Por lo que, los clérigos, entre los cuales estaba fray Antón de Montesinos, eran escuchados por los reyes católicos. Esto se reflejó en que lograron, que a través de la Junta de Burgos se promulgue la Ley de Burgos.

Asimismo, Bartolomé de Las Casas logró que el emperador Carlos V convoque a la junta de Valladolid, ante las denuncias sobre el injusto trato contra los indígenas y, así se promulgue la Ley de Indias.

Según Bartolomé de las Casas en su libro, “Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias”, refiere que, “hasta finales del siglo XV el concepto con el que el colectivo europeo podía sentirse más plenamente

⁴ Las cruzadas fueron misiones militares organizadas por altos mandos jerárquicos cristianos.

identificado era el de cristiandad” (Martínez, 1958, pág. 16). Por lo que el catolicismo tenía una alta influencia en gran parte de Europa.

Vale considerar que para los católicos el “pecado” era un condicionante para vivir una vida de acuerdo a sus principios, los cuales estaban basados en valores, donde además de los reyes católicos, y para la población, la iglesia católica era de influencia para su vida, en general. Por lo cual, cuando se incurría en algún pecado, tanto reyes como la población buscaban su absolución mediante confesión.

En esa línea, en caso de que no se brindara la absolución, podía incluso influenciar en sus vidas. Es así como, Bartolomé de las Casas al no ser absuelto por sus pecados debido a que tenía a indígenas como esclavos decide renunciar a estos. Acto simbólico que determina la esencia de Bartolomé y la convicción de este, en la gesta por el reconocimiento de los derechos fundamentales para los indígenas.

Finalmente, como muestra de la influencia de la iglesia en época de la Corona, ésta se evidenció cuando el Cardenal Cisneros y el Emperador Carlos V, ordenaron la presencia de católicos al momento de la conquista, con el fin de realizar una colonización pacífica mediante la evangelización.

Siendo esta una muestra de la influencia que la iglesia tenía sobre las decisiones en altos mandos jerárquicos dentro de la Corona. Así, la iglesia no sólo se comprometió en estos casos, sino también en los debates, con influencia legal como en la Junta de Burgos y Valladolid; puesto que, lograron que los Reyes convocaran a teólogos con el fin de que sus argumentos sean escuchados (Del Río, 2014).

Sin embargo, debemos recordar que esta influencia, si bien tuvo un impacto positivo para con los indígenas, en la época de la Corona, esto se da gracias a determinados miembros del clérigo, pero que también ha habido una influencia adversa, en tanto las decisiones se basaban en estamentos religiosos y no en aspectos sociales.

El catolicismo y la Corona: La lucha de los indígenas por mantener su cultura.

Pese a los intentos de la Corona y el catolicismo de lograr la evangelización de los indígenas, esto no llega a darse de manera concreta o, como se esperaba, por parte de los conquistadores. Ya que, se da un choque de culturas, en el que se produce un sincretismo religioso. Esto es, la fusión de dos cultos religiosos. (Marzal, 2005, pág. 9)

Sin embargo, en el caso concreto, este sincretismo tuvo una particularidad, ya que, los conquistadores no eran conscientes en ese momento de dicha fusión cultural, llegando a pensar que la evangelización había calado en los indígenas. Mientras que, para estos, una forma de conservar su cultura y culto a sus dioses, era poniéndolos en las imágenes religiosas a través de símbolos que sólo ellos podían conocer o determinar (Sánchez J. &, 2013).

Es así que, en palabras de Rosas Lauro, los indígenas terminan adorando no a las deidades católicas, sino que mantienen el culto a sus deidades originarias. Este tipo de casos se materializaba, a través del arte que se utilizó para graficar imágenes católicas. Así, por ejemplo, la virgen de Chapi, representa a través de su vestimenta, a un Apu (cerro) al cual,

mientras eran obligados a sacarla en andas o rezar ante ella, lo que se daba –en realidad– era el culto a sus dioses (Chust, 2019).

Otro ejemplo importante, es que en muchas de las pinturas de la época, que tuviesen que ver con temas religiosos, ponían algún elemento que les recordara a la Pachamama, con lo cual, mantenían viva su cultura.

Así, lo que se vio en la época fue una fusión de ambas culturas, sin que los conquistadores tuviesen conocimiento de esto, ya que, en realidad estas representaciones originarias de los indígenas, estaban camufladas, a través de códigos propios. Entonces, la pregunta sería, si es que realmente se llegó a evangelizar a los indígenas (Carter, 1984).

La respuesta a lo anterior, es que hubo una evangelización impuesta, que termina por concretizarse en la República, más no en la Colonia. Esto es, tanto mestizos, como criollos, terminaron por adoptar esta nueva cultura; mientras que los pueblos originarios, mantienen hasta hoy, el culto por sus deidades.

Otro de los métodos que utilizaron los indígenas para no ser evangelizados y mantener lejos a los conquistadores, fue la llamada “enfermedad del baile” o Taki Onqoy. Para Marco Curatola, historiador italiano que ha basado su obra en la colonización y la relación con los indígenas, estos simulaban tener dicha enfermedad –la cual era causa de exposición al mercurio- aun cuando no la tuviesen, para que los españoles no se les acercaran; debido al nivel de contagio que tenía (Saito, 2017, pág. 399).

Así, el Taki Onqoy fue otro medio de protección por parte de los indígenas para no ser evangelizados o utilizados para trabajos forzosos. En términos del historiador, era una manera inteligente de parte de los indígenas, para proteger su cultura. Si bien, los principales casos se dieron en el Perú, esto se extendió a otros territorios en el marco de la colonia.

Si bien el vínculo entre la Corona y la Iglesia católica era de gran influencia, ésta relación fue usada con fines propios para lograr beneficios particulares, no sólo la evangelización, sino también la adjudicación de tierras. Esto último se logra, debido a la potencia en términos de fuerza y armas que tuvieron los conquistadores. Sin embargo, la evangelización católica, no se logra en su totalidad; por lo que, no había una fuerza que pudiese lograr romper con el arraigo de la cultura propia de los indígenas. Algo que, Bartolomé de las Casas, reconoce y, pese a su formación católica, ve la imposición, como un trato injusto.

Finalmente, es importante señalar que, esta fusión se ha mantenido hasta la fecha, la cual se ve en espacios religiosos como la Semana Santa en Ayacucho, en la cual los cánticos se dan en el idioma original o, a través, de manifestaciones como la quema de plantas llevadas desde sus propias comunidades, hasta la ciudad. Sin embargo, es preciso mencionar que, lo descrito en los párrafos precedentes, tiene que ser visto además, a través de la rama constitucional. Así, vale rescatar que la Constitución Política del Perú, en su artículo 2º, numeral 3, habla sobre la libertad de religión.

2.3.3. El Estado como agente de reconocimiento de un marco jurídico para las poblaciones indígenas.

Tras la Colonia y la transición al Republicanismo, el Estado se convierte no sólo en una organización política que se constituye de instituciones, para determinar las políticas públicas en una población o territorio; sino que además, éste se convierte - a través de dichas instituciones - en garante de derechos de la ciudadanía (Huanca, 2021).

Esta garantía de derechos se establece en las Constituciones Políticas, de cada país o Estado y que va a contener los principales derechos fundamentales, reconocidos de manera distinta en cada uno de estos, pero que van de la mano con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (United Nations, s.f.).

A inicios de la República, las posturas y discusiones legislativas relacionadas a la estadia de las comunidades indígenas fueron amplias. Según la tesis que planteó Manuel Villarán en 1907 sobre “La Condición Legal de las Comunidades Indígenas”, concluye que es importante, la necesidad de reconocer jurídicamente a las comunidades, a fin de que éstas sean parte del Estado. Ahora bien, esta postura, es altamente positivista, puesto que no pasa por formar parte del Estado, sino porque sean reconocidas por éste; con la finalidad de entender el pluralismo jurídico.

Posterior a ello, la Constitución de 1920 reconoció un grupo de derechos para pueblos indígenas u originarios, tales como el reconocimiento legal y titulación de sus tierras. Por lo cual, puede considerarse a esta Constitución como el inicio de la protección comunal, al ser el primer indicador por parte

del Estado que hace referencia a la existencia de comunidades, dándole importancia en el escenario político.

Dicha Constitución, tuvo influencia de teorías indigenistas formuladas por José María Arguedas y José Carlos Mariátegui, las cuales argumentaban porque se debería brindar una mayor protección para las comunidades y, el fortalecimiento de las alianzas obrero campesinas. En tal sentido, aquella Constitución (1920) permitió la incorporación de las comunidades, que a su vez podían ser pueblos indígenas, a la legislación como sujetos colectivos, cuyas tierras son imprescriptibles. De esta manera, se trataba de reparar las injusticias dadas hacia los pueblos indígenas.

A pesar de ello, en 1931, los conflictos persistían, producto del intento de una mayor inclusión, ante los casos de despojos de tierras, existencia de latifundios y masificación de haciendas. Algo que, no se diferenciaba mucho de la época de la Corona. En ese sentido, se cambió de régimen de gobierno, mas no de una realidad cargada de injusticias.

Debido a ello, el Congreso abrió el debate acerca de la continuidad de las comunidades. Por lo cual, la Constitución de 1933, al igual que la de 1920 también valoró la protección de las tierras comunales, debido a que las declara inalienables, inembargables, imprescriptibles y reconoció su integridad. A pesar de ello, en aquella época el poder político era ejercido por los hacendados, dado que la protección que buscaba aquella Constitución no lograba concretarse.

En ese sentido, se fue evolucionando en lo relacionado a reconocimiento de derechos de pueblos indígenas, hasta que estos fueran incluidos en las

políticas públicas. Hecho que se logró, tras las movilizaciones realizadas después del 2000, con la expansión de la minería en la sierra y de la actividad hidrocarburífera en zona amazónica.

Algo importante a destacar es que no podemos hablar de reconocimiento de derechos sin mencionar la interculturalidad que es el reconocimiento de la existencia del otro, desde un enfoque de derechos. Esto es, el derecho no visto sólo como positivista, sino entendido como las diferentes maneras de expresión del mismo, a través de las diversas culturas que van creando sus propias normas.

A pesar de que el Estado reconoce un marco jurídico para los pueblos indígenas, tras la presente investigación se determinó que además de ser insuficientes, ya que no cuentan con un enfoque de interculturalidad, su aplicación no es la más efectiva; tal como lo vimos en el caso del Baguazo o, en el caso de Las Bambas, durante los conflictos del primer semestre del 2022.

En ese sentido, existe un desafío a nivel global producto de una acelerada evolución científica, tecnológica, económica, política, social y cultural de universalizar efectivamente todos los derechos humanos para todos los seres humanos, sin fronteras de Estado, culturas y etnias. Lo cual, con el pasar del tiempo, este desarrollo plantea nuevas exigencias que cada ordenamiento jurídico debe incorporar a fin de institucionalizar los derechos humanos a nivel global (García, 2011, págs. 23 - 24).

Finalmente, esto permitiría no sólo globalizar derechos humanos, sino crear nuevos derechos a partir de nuestro desarrollo y se universalicen –e institucionalicen– otros derechos también importantes como el de preservar

el medio ambiente natural, patrimonio cultural, a un mundo multicultural; reconociendo a los pueblos indígenas y, otras comunidades globales. (Rodríguez, 2001)

2.3.4. Legislación nacional

La legislación nacional en materia de pueblos indígenas u originarios ha ido variando en el tiempo, a favor de estos. Sin embargo, cabe indicar que, el principal instrumento legal es el Convenio 169 de la OIT, del cual el Perú es parte y que se encuentra en nuestra legislación nacional.

Así, en las siguientes líneas se mencionan, las principales normas en materia de derechos fundamentales y que guardan vínculo con pueblos indígenas y cómo éstas han ido evolucionando.

- Ley N° 24657, Ley de Titulación y Deslinde de Comunidades Campesinas.
- Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas.
- Constitución Política del Perú (1993).
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa N°26253.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Resolución Viceministerial N°001-2014-VMI-MC de Lineamientos que establece instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios, ratificada mediante Resolución N°004-2014-VMI-MC.

- Ley N°28736, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial.
- Ley N°29735, Ley que regula el desarrollo, preservación, uso, fomento, difusión y recuperación de las lenguas originarias del Perú.
- Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva.
- Ley N°29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual incorpora la obligación de implementar la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios, ratificada Decreto Supremo N° 001-2012-MC.
- Decreto Legislativo N° 1360, el cual precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura como ente rector en materia de pueblos indígenas u originarios.
- Decreto Supremo N° 009-2021-MC, el cual aprueba la actualización del Mapa Etnolingüístico: lenguas de los pueblos indígenas u originarios del Perú - Mapa Etnolingüístico del Perú.
- Resolución Ministerial N° 202-2012-MC, la cual aprueba la Directiva N° 03-2012-MC que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios.
- Resolución Ministerial N° 336-2016-MC, la cual aprueba la lista actualizada de los pueblos indígenas u originarios aimaras, quechua, uro y jaqaru; al igual que la información referente de su historia, instituciones sociales económicas y políticas, creencias y prácticas ancestrales, entre otros datos socioculturales relevantes.

- Resolución Ministerial N° 152-2021-DM-MC, la cual aprueba el “Listado de distritos con mayor presencia y concentración de población indígena u originaria a nivel nacional”.

Ahora bien, en la línea normativa, es importante recalcar el Artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el cual hace referencia a los derechos inherentes a la persona humana. Cabe indicar que, dicho artículo está reconocido por la doctrina constitucional desde la característica de “*numerus apertus*”; esto es, no es una lista cerrada de derechos, sino que irán incorporándose a dicha lista, aquellos que son reconocidos con el tiempo. Así por ejemplo, en el 2017, el agua fue considerada como un derecho fundamental e incorporado en dicho artículo (Landa C. , 2013, págs. 13 - 36).

En ese sentido, en los siguientes párrafos, se analizará cómo, el Tribunal Constitucional, ha hecho uso de dicho artículo constitucional, para la aplicación de criterios en la motivación de las sentencias relacionadas a pueblos indígenas y, de ser el caso, hasta qué medida, se ha aplicado el enfoque de interculturalidad, en dichos fallos. (Verona, 2013)

2.3.5. El impacto de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, en relación a los pueblos indígenas: ¿Predictibilidad o ambigüedad?

La tesis de Bartolomé de las Casas, tal como ya se ha mencionado, dio inicio a la corriente humanista. En ese sentido, toda vez que los derechos fundamentales, se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Perú y, su máximo intérprete es el Tribunal Constitucional, es importante analizar algunas sentencias emitidas por dicho colegiado; en relación a pueblos

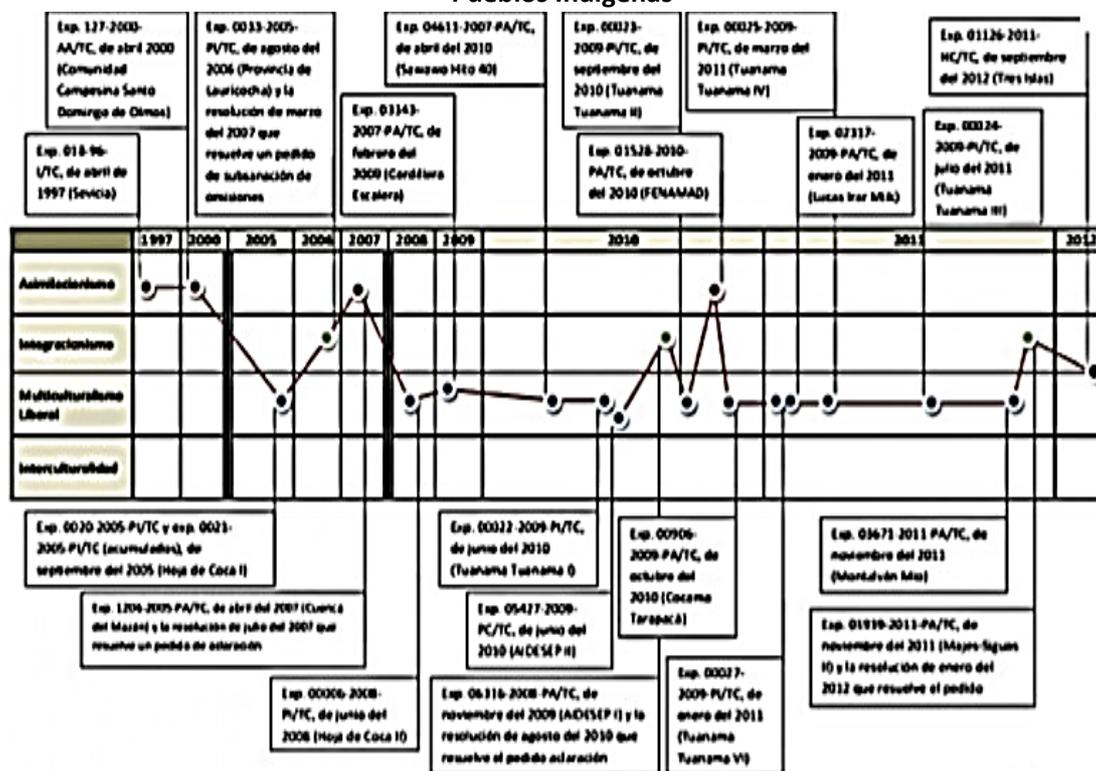
indígenas, a fin de visibilizar el enfoque que las y los magistrados de dicho tribunal, tienen respecto a la interculturalidad.

En ese sentido, en este apartado, se mencionaran veintiún (21) sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, clasificadas en cuatro categorías: asimilacionistas, integracionistas, multiculturales e interculturales.

Ello, en aras de demostrar la tesis sobre la falta de predictibilidad en los fallos del Tribunal -respecto a pueblos indígenas- al adoptar posturas multiculturales comprometidas con el reconocimiento de la diferencia e igualdad, y luego posturas asimilacionistas puestas a ello.

Así, con el propósito de dar a conocer las controversias tratadas en cada sentencia, éstas serán primero clasificadas cronológicamente, y según su postura; tal como se evidencia en la siguiente línea de tiempo:

Línea de Tiempo de las Sentencias del Tribunal Constitucional en relación a los casos de Pueblos Indígenas



Fuente: Los enfoques ético-políticos del Tribunal Constitucional peruano respecto de la diversidad cultural (1996-2012)

Ahora bien, en el cuadro presentado a continuación se señala una lista de sentencias del Tribunal Constitucional peruano, vinculados a casos emblemáticos sobre los pueblos indígenas, a fin de determinar –como se ha señalado anteriormente- el nivel de predictibilidad en dichas sentencias; así como, el enfoque que dicho tribunal tiene respecto a la interculturalidad; el cual como veremos es fluctuante y, por ende, no permite un reconocimiento pleno de los pueblos indígenas a gozar del ejercicio del derecho a la justicia con enfoque intercultural.

SENTENCIA DEL TC	CONSIDERANDO	TIPO
Sevicia (Expediente 018-96-I/TC, de abril de 1997)	Pedido que atiende a la interposición de inconstitucionalidad.	Asimilacionista.
Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos (Expediente 127-2000-AA/TC, de abril 2000)	Recurso extraordinario, mediante un amparo contra el DS 017- 99-AG.	Asimilacionista.
Cuenca del Mazán (Expediente 1206-2005-PA/TC, del 20 de abril del 2007)	La sentencia hace referencia a un recurso extraordinario, ante un recurso de Amparo.	Asimilacionista.
FENAMED (Expediente 01528-2010-PA/TC, del 21 de octubre del 2010)	La sentencia parte del recurso de Amparo.	Asimilacionista.
Provincia de Lauricocha (Expediente 0033-2005-PI/TC, del 29 de agosto del 2006, y resolución de marzo del 2007, que resuelve un pedido de subsanación de omisiones)	La sentencia se refiere a un proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Regional de Pasco contra el Artículo 3 de la Ley 26458 - Ley de Creación de la Provincia de Lauricocha, departamento de Huánuco.	Integracionista.
AIDSESEP I (Expediente 06316-2008-PA/TC, del 11 de noviembre del 2009, y resolución de agosto del 2010 que resuelve el pedido de aclaración)	Se trata de un recurso de agravio constitucional en un recurso de amparo.	Integracionista.

Majes-Siguas II (Expediente 01939-2011-PA/TC, del 8 de noviembre del 2011, y resolución de enero del 2012 que resuelve el pedido de aclaración)	La sentencia se basa en un recurso de queja interpuesto por el Estado, ante un recurso de amparo.	Integracionista
Hoja de Coca I (Expediente N° 0020-2005-PI/TC y Expediente N° 0021-2005-PI/TC – acumulados–, de 14 de septiembre del 2005)	Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República.	Multicultural.
Hoja de Coca II (Expediente N° 00006-2008-PI/TC, del 11 de junio del 2008)	Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional 022-2007-GRP, del Gobierno Regional de Puno.	Multicultural.
Cordillera Escalera (Expediente N.° 03343-2007-PA/TC, del 19 de febrero del 2009)	Recurso de agravio constitucional interpuesto en el marco de un recurso de amparo.	Multicultural.
Sawawo Hito 40 (Expediente N° 04611-2007-PA/TC, del 9 de abril de 2010)	Recurso de agravio constitucional interpuesto en el marco de un proceso de amparo	Multicultural.
Tuanama Tuanama I (Expediente N° 00022-2009-PI/TC, del 9 de junio del 2010)	Recurso de Inconstitucionalidad.	Multicultural.
AIDSESEP II (Expediente N° 05427-2009-PC/TC, del 30 de junio del 2010)	Recurso de agravio constitucional.	Multicultural.
Tuanama Tuanama II (Expediente No 00023-2009-PI/TC, del 21 de septiembre del 2010)	Inconstitucionalidad.	Multicultural.
Cocama Tarapacá (Expediente N° 00906-2009-PA/TC, del 25 de octubre del 2010)	Recurso de agravio constitucional interpuesto en el marco de un proceso de amparo por la Comunidad Nativa Cocama Tarapacá.	Multicultural.
Tuanama Tuanama VI (Expediente N° 00027-2009-PI/TC, del 5 de enero del 2011)	Proceso de inconstitucionalidad.	Multicultural.
Lucas Irar Miik (Expediente N.° 02317-2009-PA/TC, de 10 de enero de 2011)	Recurso de agravio constitucional.	Multicultural.
Tuanama Tuanama IV (Expediente N° 00025-2009-PI/TC, del 17 de marzo del 2011)	Inconstitucionalidad.	Multicultural.

Tuanama Tuanama III (Expediente N° 00024-2009- PI/ TC, del 26 julio del 2011)	Inconstitucionalidad.	Multicultural.
Montalván Mío (Expediente N° 03671-2011-PA/TC, del 7 de noviembre del 2011)	Recurso de agravio constitucional.	Multicultural.
Tres Islas (Expediente N° 01126-2011-HC/TC, del 11 de setiembre del 2012)	Recurso de agravio constitucional.	Multicultural.

Del análisis de las sentencias señaladas en el cuadro precedente, se desprende lo siguiente:

Falta de predictibilidad del TC al fallar en materia de pueblos indígenas a pesar de que, durante el tiempo que se dieron las sentencias, los magistrados, si bien fueron cambiando, por el propio sistema del TC, el cambio no era total. En ese sentido, la línea del TC no tuvo una evolución constante, sino más bien fue variante; asumiendo muchas veces un rol paternalista y, en otros casos, reafirmando derechos indígenas, pero fallando en contra de los mismos. Ello, en tanto valoró por encima de esos derechos el desarrollo económico, a nivel macro.

Por otro lado, el TC plantea una postura en la cual no se llega, salvo en la sentencia relacionada al caso Tres Islas, a ver un enfoque intercultural pleno en sus fallos. Ya que, si bien reconocían en las sentencias antes señaladas, el derecho a la identidad, territorio -en algunos casos-, propiedad comunal, cultura; entre otros, sus fallos no llegaban a otorgarle la buena pro a los pueblos indígenas, suscitándose por lo tanto decisiones en contra de la pretensión o, dando dicha responsabilidad a las instancias judiciales previas. Esto demuestra -salvo en el caso de Tres Islas- que el TC no ha querido, hasta

ahora asumir un rol protagónico y político, en su posición sobre derechos colectivos; puesto que, marcaría precedentes para otros pueblos indígenas, como si es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, la cual es reconocida por sentar las bases de la interculturalidad en sus fallos.

Lo anterior, se ve claramente en el caso Cocama Tarapaca, en el cual el TC, evita fallar a favor del reconocimiento de comunidades nativas y/o campesinas como pueblos indígenas, a fin de no generar ellos el precedente y, ordenando al Poder Judicial de Maynas a que sea éste quien lo haga. De esa manera, deslinda responsabilidad y determina quién la asume.

Ahora bien, el TC integra el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, cuya naturaleza es de *numerus apertus*, en las sentencias analizadas, vistas desde un enfoque humanista. Cabe indicar que, dicho artículo es, para nuestra Constitución, la base de derechos fundamentales, tales como el de la vida, dignidad, honor, libertad; entre otros. Así, este enfoque se relaciona con la tesis humanista lascasiana que motivó a Bartolomé de las Casas la defensa de los derechos indígenas.

Por otro lado, al tener una naturaleza de *numerus apertus*, el artículo 2° de la Constitución, permite que a medida que se den más investigaciones sobre el enfoque intercultural en el derecho constitucional, a través de la antropología jurídica y la sociología jurídica -que sirven como herramientas complementarias para dicho aporte- se sume a la lista de derechos reconocidos en el artículo mencionado, la de derechos colectivos en los casos de pueblos indígenas.

Como hemos apreciado, el TC, hace un análisis del artículo 2º, desde una interpretación del derecho al honor, que marcó un precedente no sólo para pueblos indígenas, como fue el caso de Sawawo Hito 40, sino para todo grupo, colectivo o persona jurídica, que se vea afectada ante casos de difamación o calumnias.

En esa línea, el TC, permite interpretar dicho artículo para lo que son derechos colectivos de pueblos indígenas, aunque este no cuente con un enfoque de interculturalidad. Esa interpretación es fundamental para generar avances en posturas que creen mejoras legales interculturales y mejores interpretaciones.

Finalmente, el TC - si bien no falla en buena pro de los pueblos indígenas, salvo excepciones - y no tiene criterios de predictibilidad en sus fallos, sí hace análisis dignos de reconocer, respecto a la antropología jurídica y derecho de pueblos indígenas. Ello, en tanto en sus fundamentos reconoce a nivel constitucional, la existencia de las comunidades campesinas y/o nativas, en el artículo 89 y 149 de nuestra Carta Magna y; en el caso del Convenio 169 de la OIT, reconoce el derecho a la cultura, territorio, vida digna, religiosidad, entre otros, que son elementales para la existencia de los pueblos indígenas.

Así, el TC incorpora - en alguna medida- la interculturalidad en sus sentencias, en la parte argumentativa, reconociendo incluso que somos un país multicultural y que contamos con pueblos indígenas. Sin embargo, esto no es suficiente, puesto que no hay criterios de predictibilidad, ni fallos determinantes que sirvan de precedentes para casos similares, a los que se enfrente los pueblos indígenas.

2.3.6. Obstáculos relacionados con temas de fondo

Los problemas estructurales en torno a los pueblos indígenas son comunes en Latinoamérica y tienen consigo cargas históricas que una sola sentencia no puede contrarrestar. Así, se identificaron los siguientes obstáculos para la aplicación de las sentencias, en los casos que fueron analizados, tanto a nivel de Cortes Constitucionales, como de la Corte IDH:

- **Factores estructurales de discriminación y pobreza:** La pobreza de los pueblos indígenas, es el reflejo de la discriminación histórica materializada en la inacción del Estado o en la ejecución de políticas públicas diseñadas sin un enfoque intercultural de derechos. Por lo que, las sentencias se ven limitadas en un sistema en el cual las estructuras no permiten que haya un verdadero cambio social ante estas poblaciones.
- **Institucionalización de la inversión privada como el modelo de desarrollo:** La problemática en torno a los pueblos indígenas, respecto a problemas estructurales, se contrapone a la institucionalización de la inversión privada y la idea de un desarrollo enmarcado en indicadores económicos. Así, los quintiles de pobreza ideados para categorizar y enfocar políticas públicas no estarían basados en un contexto real, ni con el enfoque de interculturalidad. Esto perjudica a los pueblos indígenas más aún cuando corresponde a los Estados la necesidad de impulsar la actividad extractivista como vía de desarrollo.
- **Los estándares internacionales no van a la par de los procesos sociales y de reforma del Estado:** El concepto de estándar internacional es utilizado por las diferentes organizaciones e instituciones legales pro indígenas, en el marco del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, debemos

reconocer que si bien Estados Latinoamericanos han ratificado y puesto en marcha dicho Convenio, los procesos sociales y las políticas públicas no han ido a la par de dichos estándares. Esto se refleja además en la idea de la institucionalización de la inversión, pero también en el modelo de desarrollo adoptado, el cual pareciera contrario a una perspectiva intercultural.

2.3.7. Obstáculos relacionados con la realización del litigio

- **Judicialización como única vía, descartando con ello el diálogo con el Estado:** Toda vez que los casos son llevados a cabo por organizaciones jurídicas, la judicialización de los mismos ha sido la estrategia utilizada para afrontar la problemática en torno a pueblos indígenas. Esto se debe, en gran medida, a que los litigantes provienen de canteras penales, los cuales cuentan con una formación basada en litigio y poco conocimiento de gestión pública y antropología jurídica. Sin embargo, al hablar de colectivos humanos que enfrentan históricamente problemas estructurales, no podemos dejar de lado dialogar diplomáticamente, entre Estado y Pueblos Indígenas, como práctica.
- **Del Tribunal Constitucional peruano:** Después de analizar las sentencias emitidas por el TC respecto a pueblos indígenas, vale resaltar que teniendo en cuenta el cuadro realizado y, tras la sistematización de las mismas desde las posturas doctrinarias del asimilacionismo, integracionismo, multiculturalismo e interculturalismo, es evidente que las decisiones del TC no tuvieron un enfoque intercultural en su mayoría. Siendo los motivos más relevantes, por los cuales fallaron en contra, temas económicos, políticos y adicionalmente, vacíos legales en la Constitución

producto de un desconocimiento en materia de antropología y sociología jurídica, lo cual es evidenciado en la falta de predictibilidad del TC al realizar sus fallos. Denotando así, una falta de delimitación jurídica clara que conduzca a un ejercicio justo de sus funciones.

- **Capacidades y habilidades de los actores legales defensores de derechos;** Un tema adicional que guarda relación con el hallazgo precedente es el que hace referencia a la naturaleza de los representantes legales, los cuales, como ya se ha mencionado anteriormente, provienen de canteras de la defensa de los derechos humanos desde lógicas penales y constitucionales; lo cual hace que se asuma una visión estrictamente legalista, por encima de los pueblos indígenas.
- **La sentencia no soluciona problemas estructurales ni abarcan arzones administrativos:** Las sentencias son resoluciones de determinados tribunales en torno a un tema específico, sin embargo, éstas no contemplan la imposición o creación de políticas públicas. Este límite jurídico y social de las decisiones jurisdiccionales no permite que, pese a la favorabilidad de las resoluciones para con pueblos indígenas, se pueda lograr el éxito real a favor de dichos pueblos. Esto, toda vez que los mismos se mantienen en condiciones de vulnerabilidad, y la problemática en torno no cesa.

Finalmente, cabe precisar que en materia de jurisprudencia, los efectos no siempre han sido positivos, toda vez que, como se ha mencionado, el progreso en materia de reconocimiento de derechos colectivos no ha sido uniforme. En ese sentido, las diferentes cortes, tanto constitucionales como la CIDH, han emitido fallos, tanto favorables, como adversos. Sin embargo, en los fallos

favorables, más aún cuando se ha requerido al Estado que cumpla con determinadas acciones, éstas no han sido cumplidas por los estándares de los propios Estados, debido a la falta de implementación de mecanismos interculturales o, ausencia de decisión política.

2.3.8. Legislación comparada

En materia de legislación comparada, en la región, Colombia ha sido de los países más avanzados sobre normas a favor de pueblos indígenas, no sólo constitucionalmente, sino también dentro de sus políticas públicas, las cuales permiten el desarrollo de los mismos, desde los propios derechos colectivos.

Ahora bien, un punto a favor en el caso colombiano, en paralelo a otros países de la región, incluido Perú, es que las y los jueces constitucionales, así como los legisladores tienen interiorizado el factor intercultural. Por el contrario, el país que menos ha avanzado legislativamente respecto a pueblos indígenas, ha sido Chile, el cual durante la dictadura de Pinochet mantuvo acciones sistemáticas contra los Mapuches. Incluso, respecto al caso chileno, en lo que va del primer semestre del 2022, en pleno debate por una nueva Constitución, pese a que quien preside la Asamblea Constituyente pertenece a un pueblo indígena, los derechos de estos siguen siendo cuestionados.

En el siguiente cuadro se tienen las principales normas en la materia:

RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO LEGAL Y DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA DE 1999
1. FUNDAMENTO: Estado reconoce Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal	-Considerando... la evolución del derecho internacional desde 1957 y la situación de los pueblos indígenas (...) hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; -Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.	Art. 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.	Art.2: Toda persona tiene derecho. Inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1. El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. (...)	Art. 100: Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. (...)
2. Texto de reconocimiento del pluralismo legal a) El Derecho Indígena o Consuetudinario. b) La Jurisdicción Indígena y c) La institucionalidad indígena (autoridades e instituciones propias).	Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Art. 9,1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las	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	Art.171: (...) Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos.	Art. 191: (...) Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no	Art. 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a
	nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.	formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.	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.	siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.	sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.	la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.
3. Objeto de reconocimiento y respeto	1. Costumbres propias/ derecho consuetudinario. 2. Instituciones propias. 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas (incluidos métodos de control de delitos).	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades y RC/ PI, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades naturales de comunidades/ PI. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos.	1. Derecho consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de justicia.	1. Normas y procedimientos, y tradiciones ancestrales. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Aplicación de instancias de justicia.
4. Titular del derecho (Sujeto beneficiario del reconocimiento)	1. Pueblos indígenas en países independientes. 2. Pueblos tribales.	1. Pueblos indígenas.	1. Comunidades campesinas, 2. Comunidades nativas, 3. Rondas campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos indígenas.	1. Comunidades indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos indígenas.	Pueblos indígenas.	Pueblos indígenas.

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA DE 1999
5. Competencia territorial	No se menciona expresamente.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas/ y PI.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas/ y PI.	No se indica, pero se habla de "conflictos internos" (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).	Dentro de su hábitat.
6. Competencia material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: "represión de delitos cometidos por sus miembros".	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
7. Competencia personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Solo se establece criterio territorial sin limite de materias. Cabe entender que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Solo se establece criterio territorial sin limite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial campesino/ indígena	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Solo se establece criterio territorial sin limite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	Se habla de "conflictos internos" (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).	Que sólo afecten a sus miembros (PI).
8. Limite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la Republica.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la Republica.	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes. Que normas y	procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, 2. la Ley, y 3. el orden público.
	2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.					
9. Ley de Coordinación o Compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los conflictos en la aplicación del principio de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) el sistema <i>jurídico nacional</i> . -No hay ley, pero sí jurisprudencia.	La ley de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) los juzgados de Paz y Poder Judicial. -Aún no se da ley.	Ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con b) las atribuciones de los <i>poderes del Estado</i> . Hay varias normas, pero no ley específica.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con b) las del sistema judicial nacional. -Todavía no se da ley.	La ley determinará la forma de <i>coordinación</i> de: a) esta <i>jurisdicción especial</i> con b) el sistema judicial nacional. -Todavía no se da ley.
10. Ubicación sistemática	Parte I: Política general. - Artículo 8, inc. 2 - Artículo 9, inc. 1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional. Señala dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	Capítulo referido al Poder Judicial. Ubicación al final del capítulo. También la llama <i>jurisdicción especial</i> . No es muy sistemático el tratamiento.	Capítulo referido a la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo.	Título VIII De la Función Judicial. Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.	-Capítulo III Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia. Sección Primera: De las Disposiciones Generales.
11. Ratificación del Convenio 169		Ratificado en 1991	Ratificado en 1993 (depósito en 1994)	Ratificado en 1992	Ratificado en 1998	Ratificación: 22: 05:2002

Raquel Yrigoyen Fajardo raquelyf@hotmail.com

Fuente: Estado Pluricultural, derecho indígena y control penal (tesis U.B. en curso).

A modo de una conclusión previa, es importante notar que tanto en la época de Bartolomé y en la actualidad si bien es cierto se reconocieron derechos de los pueblos indígenas, sigue existiendo una necesidad de reconocimiento de

sus derechos colectivos, a fin de evitar conflictos de intereses y que tengan una vida digna como todo grupo, con necesidades diferenciadas.

El más claro ejemplo de lo antes mencionado, es que en la época de Bartolomé, se logró un reconocimiento de los indígenas como personas, gracias a la Ley de Burgos, pero a pesar de ello, Bartolomé gracias a sus estudios antropológicos consideraba que seguían existiendo vacíos legales, los cuales impedían una vida digna a los indígenas, como sucedió con la institución de la encomienda.

En ese sentido, haciendo una analogía con la actualidad, podría resaltarse el hecho de que el término “pueblo indígena”, no es reconocido en nuestra Constitución, aun cuando éste sí lo está en el convenio 169, el cual tiene rango constitucional. El reconocimiento del término pueblo indígena, permite que estos puedan ser vistos como sujetos de derechos colectivos, a un mayor alcance. Así, por ejemplo, se reconocería el derecho al territorio, el cual se diferencia del derecho a la propiedad comunal; toda vez que, el territorio implica cultura, cosmovisión, religiosidad, costumbre y existencia.

Finalmente, es importante destacar que si bien Bartolomé sentó las bases de la teoría humanista para con los pueblos indígenas, el sentir de ello es que este concepto vaya evolucionando. Esto se ha dado en algunos casos, como Colombia, donde el derecho al territorio sí es reconocido. Mientras que, en el caso peruano, desde el enfoque constitucional, no se cuenta con esa realidad, afectando de esta manera sus derechos colectivos. Por ello, la presente tesis busca aportar, desde la antropología y sociología jurídica, a una visión más amplia de la interculturalidad en el derecho constitucional.

III.METODOLOGÍA EMPLEADA

3.1. Tipo y nivel de investigación

3.1.1. Tipo de Investigación

- **De acuerdo a su finalidad:** Para su elaboración ha sido necesario recopilar información de diferentes fuentes que tengan data referente a la materia de investigación, con el objetivo de aportar al conocimiento científico, especialmente sobre la declaración de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, a través de la defensa realizada por Bartolomé de las Casas.
- **De acuerdo a la técnica de contrastación:** Por la técnica de contrastación, es descriptiva-explicativa, pues se realizó la descripción de la obra y vida de Bartolomé y su vínculo con la declaración de ciertos derechos fundamentales en especial de los pueblos indígenas, mostrando la importancia que tiene el derecho como una herramienta del cambio social.

3.2. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

3.2.1. Técnicas

- **Análisis de contenido,** al aplicar esta técnica se logró recolectar la información necesaria, con la finalidad de realizar un análisis y colaborar con el desarrollo de la doctrina del derecho.
- **Documental,** se recurrió a las distintas fuentes como libros, artículos, revistas, entre otros, para poder realizar su análisis y correspondiente resumen de la información.

3.2.2. Instrumentos

- **Guía de análisis de contenido**, mediante el presente instrumento se logró seleccionar la información más relevante de cada una de las fuentes a las que se recurrió.
- **Fichas de investigación bibliográfica**, con este instrumento se registró las fuentes utilizadas así como los resúmenes de los más resaltante relacionado con el tema de investigación.

IV. CONCLUSIONES

- Los aportes de Bartolomé de las Casas, son considerados como las primeras acciones en aras de los derechos fundamentales y colectivos de los pueblos indígenas, permitiendo esto que, en posteriores investigaciones, los estudios de éste sean tomados como base del interculturalismo. Aportes los cuales no se ven reflejados en la evolución normativa, por causas como, falta de reconocimiento de la terminología idónea de “pueblo indígena” en la Constitución Política, supresión de autonomía sobre sus tierras entre la Constitución de 1979 y 1993, al eliminar su inalienabilidad e inembargabilidad y, carencia de lineamientos en base a justicia, educación e idioma intercultural en la Constitución Política actual que sigan los estándares internacionales, en el marco del Convenio 169 de la OIT para Pueblos Indígenas. Convenio al cual el Perú está adscrito.
- La defensa jurídica de Bartolomé de las Casas permitió aportar doctrina sobre el reconocimiento de derechos fundamentales. Doctrina la cual, sentó las bases del pensamiento humanista, tal como, el pensamiento lascasiano. Pensamiento necesario de aplicar en la actualidad para llegar al diálogo intercultural, evitar tomar decisiones que nos lleven a caer en hipertrofias legales, realizar investigaciones de antropología jurídica y; ampliar nuestra cosmovisión intercultural para llegar a la hermeneutica diatópica.
- El derecho se constituye como una herramienta de cambio social, en tanto busca generar un impacto positivo en la sociedad. Impacto que nos permite evaluar si la norma en la actualidad esta cumpliendo su propósito o no. Siendo en la actualidad, esta función del derecho como herramienta de cambio social para los pueblos indígenas, distorciónada por la voluntad

política. Debido a la prevalencia de decisiones sin una visión intercultural, manifestado en la falta de predictibilidad de sentencias del Tribunal Constitucional; falta de estudios previos al momento de la creación de la norma, manifestado en conflictos dentro de los pueblos indígenas producto del reconocimiento y titulación de sus tierras y; carencia de políticas públicas eficientes para el acceso a derechos fundamentales.

Finalmente, estas ausencias normativas se manifiestan en perjuicios a derechos como la libertad, laboral y la vida, estando en vigencia desde 1995 el convenio 169 de la OIT, el cual regula el derecho a la consulta previa y, busca fortalecer normativamente el reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas debido a su discriminación y deficientes indicadores socioeconómicos - laborales. Siendo esta brecha de derechos afectados cada vez más grande, si la voluntad política está ciega a ampliar su cosmovisión intercultural para lograr dialogar con un discurso más retórico y, evitar decisiones políticas que busquen el asimilacionismo.

V. RECOMENDACIONES

- Fomentar la investigación en materia de derechos interculturales de pueblos indígenas, implementando cursos de derechos colectivos y antropología jurídica desde las facultades de derecho para una formación más integral e, implementar profesionales orientados a las mismas materias en los poderes del Estado.
- Desarrollar estudios sobre la Constitución Política de 1993, respecto a derechos colectivos y, si esta cumple con los estándares internacionales establecidos en el Convenio 169 de la OIT para Pueblos Indígenas, a fin de crear políticas públicas eficientes que permitan un ejercicio pleno de los derechos fundamentales y colectivos en los pueblos indígenas.
- Fomentar una cultura de diálogo jurídico intercultural constante, y no coyuntural, orientándose el Estado por un discurso retórico. Que permita mediante este diálogo, estudiar y entender la cultura de los pueblos indígenas para evitar leyes de gabinete ineficientes y, a la vez, educar a los pueblos indígenas para un acceso a la justicia idóneo.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, A. (Marzo de 2016). *Scielo*. Obtenido de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-26812016000100036
- Aguirre, C. (1999). ray Bartolomé de las Casas o de la ciencia, el hombre y la liberación American. *Revista Nórdica de estudios latinoamericanos de Universidad de Estocolmo*, 116.
- Andrien, K. (2011). *Crisis y Decadencia. El virreinato del Perú en el siglo XVII*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Ansión, J. (2009). *Desarrollo humano y cultura. En Desarrollo humano y libertades. Una aproximación interdisciplinaria*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Per.
- Beuchot, M. (1993). *ARETÉ Revista de Filosofía*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arete/article/view/5086>
- Bocarejo, D. (Setiembre de 2021). *Banco Interamericano de Desarrollo*. Obtenido de <https://publications.iadb.org/es/brechas-y-desafios-socioeconomicos-de-los-pueblos-indigenas-de-america-latina-retos-para-el>
- Bolio, J. (07 de Septiembre de 2015). *UNAM*. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7318/9254>
- Carvajal, J. (29 de Julio de 2016). *Universidad de Zulia*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/122/12249678010/html/>

- Castillo, L. (2000). *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra.
- Chanduví, V. (2007). *Apuntes de derecho indiano*. Trujillo: Instituto de Derecho Indiano y Estudios Clásicos.
- Correo, E. (Junio de 1978). *UNESCO*. Obtenido de https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000074840_spa
- Crisostomo, M. (2017). *Recordando el tiempo de la hacienda y la reforma agraria: rescate y valoración de las vivencias y acciones de una comunidad campesina en Huancavelica*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cunill, C. (2012). *Nuevo mundo mundos nuevos*. Obtenido de <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.6393>
- De la Casas, B. (1875). *Historia de las Indias*. Sevilla: Imprenta de Miguel Ginesta.
- Del Río, R. (27 de Octubre de 2014). *Pontificia Universidad Católica del Perú*. Obtenido de https://www.academia.edu/8986248/Bartolom%C3%A9_de_las_casas_y_el_Per%C3%BA
- Faundes, J. (2012). *Fray Bartolomé de Las Casas: testimonio y legado de un hombre luchador*. Santiago de Chile: Universidad Católica de Temuco.
- Fernández, F. (1999). *Cristianismo y Defensa del Indio Americano*. Madrid: Los Libros de la Catarata.
- Ferreira, A. (2015). *Razón Pública*. Obtenido de <https://razonpublica.com/bartolome-de-las-casas-salvador-del-alma-de-los-indios-y-de-los-espanoles/>

- García, E. (2011). *Universidad Complutense de Madrid*. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/12666/>
- Garrica, C. (2004). *CIDE*. Obtenido de <http://mobile.repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/3484/dossier1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Guevara, A. (2001). *Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú*. Lima: Dereco & Sociedad.
- Guevara, A. (2001). Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú. *Derecho & Sociedad*, 325 - 340. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/1709>
- Guevara, A. (2009). *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Guevara, A. (2009). *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Guevara, A. (2009). *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Habermas, J. (2009). *La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho. En el multiculturalismo y la política del reconocimiento* (Segunda ed.). Mexico: Fondo de Culura Económica.
- Huerga, A. (1998). *Obras Completas*. Madrid: Alianza. Obtenido de Huerga, A. (1998). Fray Bartolomé de las Casas. *Obras Completas*. . Madrid: Alianza.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multiicultural*. Barcelona: Paidós.

- Landa, C. (2013). *La Constitucionalización en el Derecho Peruano. En: Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.* Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Landa, C. L.-3. (201). *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*
- Liñan, C. (2019). *El papel de la orden de predicadores –dominicos- en la Evangelización de la ciudad de los reyes del Valle de Upar durante los Siglos XVI a XVII.* Colombia: Universidad Santo Tomás.
- Lira, A. (2019). *Colmex.* Obtenido de <https://juanpedroviqueira.colmex.mx/images/historia-de-chiapas/iglesia-y-creencias-religiosas/fray-bartolome-de-las-casas>
- López, J. (2018). *Releyendo a Fray Bartolomé De Las Casas : la historia de las indias.* EL Salvador: Universidad Tecnológica de El Salvador.
- Maceiras, M. (s.f.). *La República Dominicana y Antón de montesinos.* Salamanca: San Esteban.
- Manero, A. (2009). *La controversia de Valladolid: España y el Análisis de la Legitimidad de la Conquista de América.* España: Revista Electrónica Iberoamericana.
- Martínez, J. (1958). *Cervantes Virtua.* Obtenido de https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/brevsima-relacin-de-la-destruccion-de-las-indias-0/html/847e3bed-827e-4ca7-bb80-fdcde7ac955e_18.html
- Marzal, M. (2005). *Los santos y la transformación religiosa del Perú colonial.* . Lima: Comisión de fe y cultura de la PUCP.

- Melero, J. (21 de Febrero de 2016). *Ojo crítico de José*. Obtenido de <https://ojocriticodejose.wordpress.com/2016/02/21/fray-bartolome-de-las-casas-defensor-de-los-indigenas-de-america/>
- Monroy, M. (2008 de Marzo de 18). Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25154.pdf>
- Osuchowska, M. (2014). *Redalyc*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/2433/243333483004.pdf>
- Pizarro, L. (2021). *UVA*. Obtenido de <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/48065>
- Quijano, F. (06 de Noviembre de 2020). *Scielo*. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-25232018000200207
- Quijano, F. (06 de Noviembre de 2020). *Scielo*. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-25232018000200207
- Rodríguez, J. (2001). *Cholonautas*. Obtenido de http://www.ugr.es/~pwlac/G17_04JoseLuis_Rodriguez_Regueira.html
- Saito, A. &. (2017). *Reducciones. La Concentración Forzada de las Poblaciones Indígenas en el Virreinato del Perú*. . Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salmoral, M. (2017). *Plantamiento de la "Duda Indiana" (1534-1549). Crisis de la conciencia nacional: Las dudas de Carlos V*. Francia: Per Pignan.
- Sánchez, L. (2018). *La protección de los derechos fundamentales en la legislación peruana*. Lima: Legis.

- Santos, B. (1998). *Sociología jurídica crítica*. Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativo.
- Stavenhagen, R. (2006). *Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Subirats, J. (2015). *Innovación social y políticas urbanas en España. Experiencias significativas en las grandes ciudades*. España: Icaria editorial S.A.
- Tubino, F. (s.f.). *OEIEQUITAS*. Obtenido de <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12994.pdf>
- Universidad Autónoma de Madrid. (1999). *ISONOMÍA*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/journal/3636/363666928010/html/>
- Verona, R. (2013). Hegemonía y resistencia en los tribunales constitucionales de los países pluriculturales latinoamericanos. Aproximación teórica a propósito del caso peruano. *El Otro Derecho*, 211 - 230.
- Verona, R. (2013). Hegemonía y resistencia en los tribunales constitucionales de los países pluriculturales latinoamericanos. Aproximación teórica a propósito del caso peruano. *El Otro Derecho*, 211 - 230.
- Verona, R. (2014). Los enfoques ético-políticos del Tribunal Constitucional peruano respecto de la diversidad cultural (1996-2012). Lima: Boletín del Instituto Rivaguero. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Wilkie, J. &. (1985). An interview with Woodrow Borah. *Hispanic American Historical Review*.