



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**INCUMPLIMIENTOS Y EMPIRISMOS
NORMATIVOS EN LA APLICACIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS A
SUS TIERRAS Y RECURSOS NATURALES EN EL
PERU-PERÍODO 2012-2017**

Autor:

Gamarra Gutiérrez, Richard Humberto

Asesora Metodológica

Mg. Ángela Uchofen Urbina

Línea de Investigación

Derechos Humanos

Pimentel - Perú

2017

DEDICATORIA

“Para Verónica, Dennis y Richard Joseph”

AGRADECIMIENTO

“A mis Maestros de la Universidad Señor de Sipán por su apoyo incondicional que me han ayudado a lograr mis sueños”.

**INCUMPLIMIENTOS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN LA APLICACIÓN DE
LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS A SUS TIERRAS Y
RECURSOS NATURALES EN EL PERU-PERÍODO 2012-2017**

**NON-COMPLIANCE AND NORMATIVE EMPIRICISM IN THE APPLICATION
OF THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES TO THEIR LANDS AND
NATURAL RESOURCES IN THE PERIOD 2012-2017**

Gamarra Gutiérrez, Richard Humberto ¹

Resumen

El objeto de estudio de esta tesis son los derechos y autonomía indígenas en el Perú, especialmente en el período de 2012 a 2017. El análisis del tema se pauta en la perspectiva de la fundamentación teórica del sistema-mundo y de las premisas del pensamiento decolonial, a partir de la estructura jurídica normativa que regula los derechos indígenas en nuestro país. La pregunta que orienta la línea de enfoque interpela el alcance de los cambios en las relaciones de poder entre el Estado peruano y los Pueblos Indígenas, particularmente aquellas derivadas de los dispositivos de la Constitución de 1993. La hipótesis de trabajo bajo la cual se centra es la de que, aunque la Constitución de 1993 y la legislación infraconstitucional peruana, así como los instrumentos del derecho internacional, particularmente los firmados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas / ONU y de la Organización Internacional del Trabajo / OIT, proclamen y admitan la ampliación de los derechos indígenas, a través de textos de la legislación, interpretaciones constitucionales del tribunal Constitucional y otros medios, los pueblos indígenas continúan subalternizados, puesto que estos cambios ocurren bajo el manto de la colonialidad del poder originada de la división internacional del trabajo que preconiza un desarrollismo invasivo del hábitat indígena e incluso niega su condición plena de humanidad, situación que resuena desde la expansión del sistema-mundo moderno a partir del siglo XVI y se reproduce en la globalización del tiempo presente. De la triple dimensión de la colonialidad - poder, ser y saber, el análisis del tema se concentra en la primera, priorizando los aspectos relacionados a las cuestiones de la tierra.

PALABRAS CLAVE: *Derechos de los Pueblos Indígenas; Derechos indígenas, Constitución, Autonomía Indígena; Pensamiento Decolonial*

¹ Adscrito a la Facultad Profesional de Derecho - Pregrado, Universidad Señor de Sipán, Pimentel, Perú.
Email: ggutierrez@crece.uss.edu.pe Registro ORCID: 0000-0003-2054-899X

Abstract

The subject of this thesis is indigenous rights and autonomy in Peru, especially in the period 1960-2017. The analysis of the topic is guided by the theoretical foundation of the world-system and the premises of decolonial thought, based on the normative legal structure that regulates indigenous rights in our country. The question that guides the focus line questions the scope of the changes in power relations between the Peruvian State and Indigenous Peoples, particularly those derived from the provisions of the 1993 Constitution. The working hypothesis under which it is centered is that, although the 1993 Constitution and the Peruvian constitutional law, as well as the instruments of international law, particularly those signed within the framework of the United Nations/UN and the International Labour Organization/ILO, proclaim and admit the extension of indigenous rights, through texts of legislation, constitutional interpretations of the Constitutional Court and other means, indigenous peoples continue to be protected. From the threefold dimension of coloniality - power, being and knowledge, the analysis of the subject focuses on the first, prioritizing aspects related to land issues.

KEY WORDS: *Rights of Indigenous Peoples; Indigenous Rights, Constitution, Indigenous Autonomy; Decolonial Thought*

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
<i>Resumen</i>	IV
<i>Abstract</i>	V
ÍNDICE	VI
ÍNDICE DE TABLAS	IX
ÍNDICE DE FIGURAS	XI
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	5
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	7
1.3. HIPÓTESIS	8
1.4. JUSTIFICACIÓN	8
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	9
1.5.1. Objetivo General	9
1.5.2. Objetivos específicos	9
1.6. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	9
1.6.1. Antecedentes Internacionales	9
1.6.2. Antecedentes Nacionales	11
1.6.3. Antecedentes Locales	13
1.7. Marco Teórico	14
1.7.1. Generalidades	14
1.7.1.1. El Pluriculturalismo	14
1.7.1.2. Antecedentes Históricos	15
1.7.1.3. Derechos de los pueblos originarios	16
1.7.3.4. El Marco Constitucional	17
1.7.1.4. Pluriculturalismo y derecho	19
1.7.1.6. La costumbre como fuente del derecho	21
1.7.1.7. El Registro de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial	24
1.7.1.8. Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. finalmente, aprobada, publicada	24
1.7.1.8.1. Convenio 169 de la OIT: ¿qué contempla, qué implica?	25
1.7.1.8.2. ¿Qué contempla, qué implica?	27
1.7.1.8.3. Algunos comentarios a la ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios - Ley n° 29785	28

1.7.1.9. Conflictos del sistema de justicia con el derecho consuetudinario	33
1.7.2. Variable 1: Empirismos normativos	34
1.7.2.1. Concepto:.....	34
1.7.3. Variable 2: Incumplimientos Normativos.....	41
1.7.3.1. La eficacia como aplicación de las normas jurídicas	41
1.7.3.2. Distinciones conceptuales previas.....	43
1.7.3.3. Supuestos de Inaplicación	47
1.7.4. Marco Jurídico de los Derechos de los pueblos Indígenas	48
Marco Jurídico Nacional.....	49
II. MARCO METODOLÓGICO	50
2.1. Tipo y diseño de la investigación.....	50
2.2. Población y muestra	51
2.3. Variables	51
2.3.1. Operacionalización de Variables.....	52
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	53
2.5. Métodos de procesamiento de la información	53
2.6. Criterios éticos	53
2.7. Criterios de rigor científico	54
3. RESULTADOS	54
3.1. Resultados con respecto a la Variable Independiente: Incumplimientos y empirismos normativos.....	54
3.1.2. Respecto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú por inaplicación de las leyes.....	56
3.1.3. Respecto La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por resistencia al contenido de la Ley.....	58
3.1.4. Respecto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por antinomias jurídicas y errores de interpretación con otras normas del ordenamiento jurídico	60
3.1.5. La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por presión externa (Estado, empresas. medios, opinión pública, grupos en conflicto).....	62
3.1.6. La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por Conflictos Constitucionales.....	64
3.1.7. La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por escepticismos con la eficacia de la Norma.	66
3.1.8. Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas.....	68

3.1.10. Respetto a los efectos negativos que genera la imposición de la jurisdicción estatal de Administración de Justicia.....	72
3.1.11. Afectación de los derechos de los pueblos originarios por medidas represivas contra las autoridades de las comunidades campesinas y nativas por el ejercicio de su labor y su representatividad	74
3.1.12. La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017 se debe a la resistencia al marco normativo de la Ley de la Consulta Previa.	76
3.2. DEBATE DE LOS RESULTADOS	77
3.2.1. Variable Independiente: Incumplimientos y Empirismos Normativos 77	
3.2.2. Variable Dependiente: Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017 ..	79
3.2.3. Sumatoria de medias de las variables obtenidas.....	80
3.2.4. Sumatorias de las frecuencias relativas y absolutas de las variables	82
3.2.5. Escala: Nivel de confiabilidad	84
CONCLUSIONES	85
RECOMENDACIONES.....	89
4. REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS	90

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Dimensiones de la eficacia-ineficacia de las Normas	47
Tabla 2: marco Jurídico Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	48
Tabla 3: Con respecto al desconocimiento de las leyes que regulan el derecho de las Comunidades campesinas y nativas por parte de los operadores jurídicos.....	54
Tabla 4: Respecto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú por inaplicación de las leyes.....	56
Tabla 5: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por resistencia al contenido de la Ley	58
Tabla 6: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por antinomias jurídicas y errores de interpretación con otras normas del ordenamiento jurídico	60
Tabla 7: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por presión externa (Estado, empresas, medios, opinión pública, grupos en conflicto)	62
Tabla 8: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por Conflictos Constitucionales.....	64
Tabla 9: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por escepticismos con la eficacia de la Norma	66
Tabla 10: Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas.....	68
Tabla 11: Respecto Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas.....	69
Tabla 12: Respecto a los efectos negativos que genera la imposición de la jurisdicción estatal de Administración de Justicia.....	72
Tabla 13: Afectación de los derechos de los pueblos originarios por medidas represivas contra las autoridades de las comunidades campesinas y nativas por el ejercicio de su labor y su representatividad	74

Tabla 14: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017 se debe a la resistencia al marco normativo de la Ley de la Consulta Previa.....	76
Tabla 15: Sumatoria variable: Incumplimientos y Empirismos Normativos.....	77
Tabla 16: Sumatoria de la variable Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017.....	79
Tabla 17: Sumatoria de las medias de las variables	80
Tabla 18: Sumatoria variable Incumplimientos y Empirismos Normativos.....	82
Tabla 19: Consolidado de Sumatoria variable Incumplimientos y Empirismos Normativos	83
Tabla 20: Sumatoria de la variable Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017.....	83
Tabla 21: Consolidado Sumatoria variable Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017	83
Tabla 22: Estadísticas de fiabilidad	84
Tabla 23: Estadísticas de elemento de resumen	84

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Con respecto al desconocimiento de las leyes que regulan el derecho de las Comunidades campesinas y nativas por parte de los operadores jurídicos.....	55
Figura 2: Respecto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú por inaplicación de las leyes.....	57
Figura 3: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por resistencia al contenido de la Ley.....	59
Figura 4: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por antinomias jurídicas y errores de interpretación con otras normas del ordenamiento jurídico.....	61
Figura 5: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por presión externa (medios, opinión pública, grupos en conflicto).....	62
Figura 6: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por Conflictos Constitucionales.....	64
Figura 7: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por escepticismos con la eficacia de la Norma.....	66
Figura 8: Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas.....	68
Figura 9: Respecto Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas.....	70
Figura 10: Respecto a los efectos negativos que genera la imposición de la jurisdicción estatal de Administración de Justicia.....	72
Figura 11: Afectación de los derechos de los pueblos originarios Medidas represivas contra las autoridades de las comunidades campesinas y nativas por el ejercicio de su labor y su representatividad.....	74
Figura 12: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017 se debe a la resistencia al marco normativo de la Ley de la Consulta Previa.....	76

Figura 13: Sumatoria de la variable Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017.....80

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la colonización europea y de sus impactos sobre los pueblos indígenas es bien conocida. Los genocidios, masacres, esclavitud y trabajos forzados, despojos de sus tierras y desplazamientos, secuestro de mujeres y niños, encarcelamientos, políticas de asimilación forzada y criminalización de protestas y resistencias "*están profundamente enraizados en la sociedad moderna y sus efectos continúan existiendo y continúan determinando la situación vida de los pueblos indígenas en muchos países*" (Stavenhagen, 2008, p. 9). Hoy en día, el racismo contra los pueblos indígenas y las desigualdades estructurales que los afectan revelan la persistencia de patrones de exclusión política, de marginación social y discriminación cultural. En muchos países ex colonias donde viven, los pueblos indígenas pasan hoy por dificultades sociales y económicas: ellos están entre los más pobres, más enfermos, más desempleados y más encarcelados miembros de la población. Sin embargo, a pesar de este legado de injusticia histórica duradera, los indígenas resistieron y una de las herramientas que ellos han usado, no sin ambigüedad, es el lenguaje de los derechos.

La emergencia de los movimientos indígenas que luchan por el reconocimiento de sus intereses y derechos, así como por la descolonización de las prácticas políticas y jurídicas a ellos dirigidas en los últimos quinientos años, es uno de los hechos más marcados de la historia social reciente de las Américas. Víctimas de exclusión y de políticas de asimilación forzada que anularon durante muchos siglos sus diferencias culturales, los pueblos indígenas cuestionan hoy las condiciones de su pertenencia y de su participación en el régimen de ciudadanía de los Estados oriundos de la colonización. Especialmente desde 1970, las poblaciones indígenas de todo continente se han movilizado activamente y, en el centro de sus reivindicaciones, están las luchas por sus territorios, por el control de los recursos naturales y por el derecho a la autodeterminación y autonomía. Es innegable que esas luchas de resistencia indígena, en la medida en que reivindican una redistribución del poder, de las tierras, de las riquezas y una mayor participación institucional, pasaron a adquirir un papel importante en la perspectiva de una democratización de las estructuras estatales.

Es importante resaltar que las reivindicaciones y demandas, por constituirse como una reacción contra las relaciones de dominación, de explotación y de discriminación existentes desde el inicio de la colonización, no sólo se dirigen a los derechos humanos de

los pueblos indígenas, sino que también manifiestan una voluntad de emancipación que implica una democratización

Aunque los impactos de las políticas neoliberales han sido diferentes en cada país, es posible identificar algunos factores que han tenido consecuencias generales para los pueblos indígenas americanos. Entre ellos, la reestructuración política con proyectos de descentralización, lo que cambió las relaciones entre Estado y pueblos indígenas; el fuerte énfasis en la explotación de los recursos naturales, lo que trajo serios riesgos para la integridad de los territorios indígenas y las reformas económicas y políticas de ajuste que restringieron los derechos sociales (Postero & Zamosc, 2005)

El Perú es un ejemplo de esa realidad. Incluso teniendo en cuenta la gran diversidad y la interminable creatividad de respuestas indígenas a los cambios globales, hay que observar que las tendencias asumidas por las políticas indigenistas en nuestro país y en los demás países del continente son reflejos de procesos neoliberales internacionales. La apertura de economías nacionales a capitales externos especulativos, políticas de desmantelamiento del Estado, concentración de renta y especulación financiera a nivel internacional, y la consiguiente contención de recursos para cuestiones sociales, entre las cuales se plantea la política indigenista gubernamental, acompañan retóricas de concesión de poder y de autonomía a las poblaciones nativas por los órganos indigenistas, que a menudo sirven para justificar la reducción de la participación de los Estados Nacionales.

Por otra parte, la intensa movilización indígena, en los ámbitos nacional e internacional, acabó por llevar a algunos Estados a adoptar políticas de reconocimiento que se tradujeron en la adopción de nuevos derechos y garantías para los pueblos indígenas. De hecho, las dos últimas décadas fueron marcadas también por un reconocimiento sin precedentes de derechos a los pueblos indígenas. Considerando que durante mucho tiempo estuvieron excluidos de la escena política y fueron tratados como ciudadanos de segunda clase, ese reconocimiento sorprende aún más.

Brasil fue el primer país de América Latina en reformar su Constitución en 1988, reconociendo a los pueblos indígenas como sujetos de derechos individuales y colectivos. Muchos otros países del continente reformaron su Constitución o introdujeron una legislación relativa a los pueblos indígenas. Argentina en 1994; Bolivia en 2010; Colombia en 1991; Ecuador en 2008; Guatemala en 1984; México en 2001; Nicaragua, Panamá,

Paraguay y Perú en 1993 y Venezuela en 1999 realizaron todas las reformas constitucionales que, por primera vez en la historia, reconocieron derechos a los pueblos indígenas. Canadá reconoció en el acto constitucional de 1982 los derechos de los pueblos autóctonos y la existencia de los Tratados antiguos y modernos. Otros países del continente actuaron de forma diferente, como Chile, que adoptó una Ley sobre pueblos indígenas en 1993 sin modificar su Constitución. En Guatemala, se firmó un Acuerdo de Paz sobre los derechos y las culturas indígenas en 1995, el cual no fue integrado en la Constitución del país como se esperaba. El fenómeno también se reprodujo, de forma más modesta, en otras partes del mundo y países de Asia y África experimentaron cambios en sus legislaciones. Rusia, Filipinas y Camboya adoptaron recientemente leyes concernientes a los pueblos nativos y, en África, algunos países como Etiopía, la República de Camerún, Uganda y Sudáfrica reconocieron a los pueblos indígenas como tales (Stavenhagen, 2008). La explicación del fenómeno de la consagración los derechos indígenas en las Américas a partir de la década de 1980 son complejas. Sería difícil ver todas las causas. Sin embargo, la literatura especializada ha señalado tres grandes ejes comunes a diferentes países americanos: a) la internacionalización de la cuestión indígena y los avances normativos en el derecho internacional; b) la tendencia continental a la movilización indígena y c) el contexto nacional de crisis política. Además de estos tres grandes ejes explicativos, se observa también algunas trayectorias análogas a muchos Estados de las Américas como: a) la transformación e intensificación de las relaciones entre Estado y pueblos indígenas; b) el desarrollo de una plataforma de reivindicaciones que favoreció la expresión de demandas específicas en el campo político y jurídico de los Estados; c) el aumento de la tasa de crecimiento de la población indígena, yd) el aumento de presión sobre los recursos naturales - agua, minerales, madera, pescado y tierra para la expansión agrícola (Martinant, 2005).

A pesar de todas las medidas legislativas importantes y reformas que se han instrumentalizado existe una "brecha de implementación" en las realidades cotidianas. En muchos países se observa hoy que la aplicación completa de las legislaciones en esta materia encuentra varios problemas y obstáculos. El reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas en las leyes y en la retórica que lo acompaña puede dar la impresión de un "gran progreso", sin embargo, tanto los empirismos normativos como los incumplimientos de las leyes hacen difícil su aplicación: la distancia entre el marco legal y las políticas públicas

muestra que las necesidades específicas de los pueblos indígenas no son prioridad (Stavenhagen, 2008).

El presente trabajo tiene por objeto los derechos de los pueblos indígenas y su lucha por autonomía en el Perú, o sea, el conjunto jurídico que históricamente ha regulado las relaciones entre pueblos indígenas y Estado y la reciente demanda por autonomía como reivindicación para poder disfrutar de sus formas de organización social, política, cultural y religiosa y tener mayor control sobre el territorio y sus recursos naturales. "Entendemos aquí por" derechos indígenas ", no sólo el conjunto de la legislación indigenista, sino también las reivindicaciones de los pueblos indígenas por demarcación de tierras, por recursos naturales, por un medio ambiente sano, por el reconocimiento de su organización social, por estructuras políticas propias, por sistemas económicos sostenibles y por sus símbolos de identidad (Baniwa, 2013). Es decir, entendemos por derechos indígenas también las reivindicaciones de esos pueblos que aún no han sido incorporadas en un marco jurídico establecido, teniendo en cuenta la afirmación de muchos indígenas sobre el hecho de que sus derechos no derivan sólo del Estado. En esta tesis, el énfasis se colocará sobre el papel del Estado, su aparato legal y las conexiones complejas entre las reivindicaciones indígenas, el derecho y las decisiones políticas. La consagración de los derechos indígenas y las demandas por autonomía en el Perú deben ser analizadas considerando, primero, dinámicas globales subyacentes a todos los procesos relacionados con esta consagración. Se trata de dinámicas supranacionales que derivan del funcionamiento del sistema-mundo capitalista global y que, de acuerdo con Immanuel Wallerstein (2006), siempre determinan e influyen de manera esencial todos los hechos, fenómenos y procesos sociales que ocurren a nivel nacional.

La presente investigación denominada INCUMPLIMIENTOS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS A SUS TIERRAS Y RECURSOS NATURALES, ha sido elegida debido a la preocupación constante como ciudadano peruano del olvido de los responsables del Gobierno de los derechos de pueblos indígenas, y que cada día son más vulnerados, pese a la normatividad nacional e internacional existente.

Se planteó como objetivo el analizar la aplicación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales, por los responsables del Gobierno, por cuanto existe empirismos normativos, en el sentido que se obvia los fundamentos teóricos que deben

nutrir y dar contexto a las normas a fin de dotarles de la legitimidad necesaria para demandar su cumplimiento. Asimismo, se incumple el marco normativo vigente, tanto Nacional e Internacional, siendo necesario de terminar el porqué de los mismos y de qué manera afecta ello directamente los derechos y las reivindicaciones de los pueblos indígenas

Para la obtención de resultados se aplicó un cuestionario dirigido a los responsables y la comunidad jurídica, teniendo un total de 96 informantes, la cual mediante el análisis de los resultados se ha podido determinar que los pueblos indígenas a pesar de haber sido reconocidos como sujetos de derecho, como personas que son, por convenciones, tratados y cuerpos normativos nacionales, aun hoy siguen siendo uno de los grupos sociales más atacados y amenazados del planeta, por cuanto sus derechos no son del todo efectivos, debido a que no se les reconoce derechos de tierras, de poder de decisión mediante consultas previas.

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Para Koselleck, el verdadero tiempo histórico no se restringe a las fechas, sólo puede ser aprehendido cuando se establece una relación entre el pasado y el futuro, entre el "[...] espacio de la experiencia y el horizonte de la expectativa" (Koselleck, 2006, pp. 310-311) Koselleck defiende que el conocimiento histórico está basado en el diálogo y el entrelazamiento entre el pasado y el presente, con miras a la apertura de nuevos horizontes y perspectivas de futuro. Según él, en todo análisis histórico a ser hecho por un historiador lo que estaría en juego sería la relación entre espacio de experiencia y horizonte de expectativas. Estas dos categorías sirven para decodificar la historia, delineando y estableciendo las condiciones de las historias posibles. "Son categorías de conocimiento que fundamentan una historia posible, pues" [...] todas las historias fueron constituidas por las experiencias vividas y por las expectativas de las personas que actúan o que sufren "(Koselleck, 2006: 306). La experiencia "[...] es un pasado actual, aquel en el cual los acontecimientos fueron incorporados y pueden ser recordados" (Koselleck, 2006: 309) y la expectativa "[...] se realiza en el hoy, es futuro (...) no experimentado, para lo que sólo puede ser previsto "(Koselleck, 2006: p. 309).

En ese contexto, la historia de los pueblos indígenas de América está ligada a eventos muy dramáticos que van, desde el más puro sentido de libertad e independencia experimentado antes de la llegada de los europeos, con sus propias leyes y costumbres hasta

el proceso de conquista y coloniaje, con la destrucción de todo vestigio de cultura propia, sometidos a un marco de leyes totalmente ajenas a la realidad socio cultural de nuestros pueblos y que tuvo como único propósito el sometimiento de una nación al poder y a las ambiciones de un imperio dominante. La independencia no hizo mucho por cambiar esa realidad y devolver nuestros pueblos su verdadera libertad; se trató en realidad sólo de un reacomodo de intereses y de poderes, por lo que los pueblos indígenas no experimentaron una mejora en sus condiciones de vida; pues no había mucha diferencia entre el sistema de dominación español y el sistema heredado por sus descendientes que quedaron a cargo de las jóvenes repúblicas en América.

De esta manera la segregación racial y cultural se profundizó a niveles insospechados bajo la máscara de una supuesta situación de independencia y soberanía que en la práctica no existía, al extremo que, treinta años después de alcanzada la liberación de España, los indios seguían siendo extranjeros en su propia tierra pues pagaban tributo por vivir en ella. Al respecto, Jorge Basadre nos dice:

En el Perú, Castilla abolió también el tributo o contribución de indígenas por el decreto de 5 de junio de 1854, firmado en Ayacucho junto con Pedro Gálvez, Daba este impuesto la cuarta parte de los ingresos del Estado; prescindir de él fue un acto generoso con la población aborígen y a la vez un sacrificio fiscal. Odiosa en teoría, la realidad la presentaba, según las bellas palabras del decreto abolicionista, “bañada en las lágrimas y en la sangre del contribuyente”. Y aunque no implicó un ataque frontal al problema indígena, no es posible omitir el significado de este decreto, pues por primera vez una revolución política se impregnó entonces de un contenido social. (Basadre G, 2015, p. 58)

Por otro lado, el mantenimiento de una estructura feudal de explotación de la tierra y un panorama desolador con respecto a los derechos del indio trajo consigo un clima de violencia sistemática contra nuestra raza, la cual se vio sumida en el aislamiento, la ignorancia y la más absoluta postración.

El propio Mariátegui nos dice al respecto:

El carácter individualista de la legislación de la República ha favorecido, incuestionablemente, la absorción de la propiedad indígena por el latifundismo. La situación del indio, a este respecto, estaba contemplada con mayor realismo por la legislación española. Pero la reforma jurídica no tiene más valor práctico que la reforma administrativa, frente a un feudalismo intacto en su estructura económica.

La apropiación de la mayor parte de la propiedad comunal e individual indígena está ya cumplida. (Mariátegui, 2007, p. 40)

En la perspectiva mariateguista, lo jurídico tiene que ir de la mano con una reforma estructural del Estado, pues de nada sirven las leyes si éstas son ineficaces frente a una estructura socioeconómica ultraconservadora que no admite cambios de ninguna naturaleza. Eso es lo que sucedió en nuestra realidad y que fue motivo de muchas luchas sociales, las mayorías de las cuales fueron saldadas sangrientamente por la represión de los gobiernos de turno.

El panorama no ha cambiado demasiado, pese a las innovaciones traídas por las Constituciones de 1979 y de 1993; hoy en día la lucha de estos pueblos originarios es constante, por ejemplo en el caso del Baguazo, el de Conga por la explotación minera, o los problemas por el lote 192 en el que los pueblos Datem del Marañón y Loreto, lucharon para no aceptar las explotaciones petroleras que tanto daño causan a sus pobladores, estas situaciones caben ser analizadas y preguntarse dónde quedaron los derechos de los pueblos originarios respecto de sus tierras y recursos naturales. Por ello es necesario analizar esta problemática desde dos variables la primera es el Incumplimiento de Normas Internacionales como es el Convenio 169 de la OIT, que otorga la garantía de consulta previa ante la vulneración de los recursos naturales de los pueblos indígenas por los responsables del gobierno que otorgan concesiones a las empresas explotadora tanto de minerías como de petróleo para explotar los recursos naturales de los pueblos originarios, y la segunda desde la adecuación de planteamientos teóricos en la normatividad nacional. Esta necesidad de solucionar la problemática responde a que los derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales conexos tienen una importancia fundamental para muchos pueblos indígenas, dado que estos recursos constituyen la base de sus medios de subsistencia económicos y la fuente de sus identidades espirituales, culturales y sociales.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Es por ello que nuestro problema de investigación queda formulado de la siguiente manera:

¿De qué manera, los incumplimientos y empirismos normativos afectan los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú-periodo 2012-2017?

1.3. HIPÓTESIS

Hipótesis de Investigación (H1)

Los incumplimientos y empirismos normativos afectan los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017

Hipótesis nula (Ho)

Los incumplimientos y empirismos normativos no afectan los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017

1.4. JUSTIFICACIÓN

Esta investigación es necesaria para los responsables de las decisiones de respecto al incumplimiento de normas internacionales como es el Convenio OIT, respecto a los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras y recursos naturales.

Asimismo es necesario analizar y explorar las diversas tendencias existentes en cuanto al tratamiento legal de los derechos de los pueblos indígenas tanto en el ámbito nacional, como internacional, además de la comparación con la jurisprudencia de la CIDH, que permita solucionar los Empirismos Normativos en la Legislación Nacionales, y que las leyes de concesiones mineras y eléctricas incorporen en su articulado planteamientos teóricos que permitan una adecuada legislación y el respeto por los derechos de los pueblos originarios, permitiendo con ello un desarrollo sostenible.

Es importante para todo el país, porque contribuirá a incrementar la creación de fuentes de análisis para tener un precedente sobre los derechos de los pueblos originarios respecto a sus tierras.

Es asimismo conveniente para la Universidad Señor de Sipán, dado que tiene como fines la investigación científica y la extensión universitaria en beneficio del país.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.5.1. Objetivo General

Determinar de qué forma los incumplimientos y empirismos normativos afecta los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017

1.5.2. Objetivos específicos

- 1) Determinar, desde el plano histórico y social, la evolución del Derecho de los pueblos originarios en el Perú.
- 2) Explicar el marco jurídico internacional y nacional que tutela los derechos e intereses de los pueblos originarios en el Perú Periodo 2012-2017
- 3) Identificar los incumplimientos y empirismos normativos de los derechos de los pueblos originarios a partir del estudio de campo.

1.6. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. Antecedentes Internacionales.

Tresierra, (2012), señala que la falta de adecuación a las demandas de los grupos indígenas hace que exista una encrucijada en especial al tratarse de temas de medio ambiente, problema que se agudizado en los últimos 40 años, pese a que el Derecho de los indígenas se ha materializado en cuerpos legislativos e institucionales como el caso del Convenio sobre Diversidad Biológica y las diversas Constituciones de países como Perú, México, Brasil, Nicaragua, Bolivia, Colombia y Chile en donde se acepta y reconoce la identidad pluricultural del Estado, aún existen falencias que deben ser atendidas. Por su parte Tangarife & Paez , (2005), señala que México es uno de los países que cuenta con gran diversidad cultural a nivel global, tan es así que ocupa el octavo lugar en el mundo con poblaciones indígenas. Esta situación conlleva por supuesto, a que este tenga que hacer frente a mayor número de circunstancias que se presentan en diversas formas y que a la vez demandan una atención diferenciada y acorde con la cultura e identidad de cada uno de los pueblos indígenas que habitan dicho Estado. Sin embargo, esto no se ve reflejado con

claridad en su ordenamiento jurídico interno, especialmente en su Constitución Política. (p.24).

Valencia, (2012) autora de la investigación Los Derechos Ambientales y Territoriales de los pueblos indígenas y tribales en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; señala que los pueblos indígenas y tribales mantienen una intrínseca relación material y espiritual con sus tierras y con los recursos y elementos naturales que se encuentran dentro de ella, de la cual depende su supervivencia física y cultural así como su permanencia como pueblo, razón por la cual siempre han luchado por su reconocimiento del derecho de propiedad sobre los territorios donde tradicionalmente se han asentado. Mediante una metodología exegética jurídica, se analiza las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permitiendo concluir en lo siguiente: Que a pesar de no haberse utilizado instrumentos jurídicos regionales que se refieran a los pueblos indígenas y tribales, la CIDH ha venido aplicando a estas comunidades lo consagrado en dicha Convención, efectuando una interpretación amplia de acuerdo con las concepciones y características propias de estos grupos, a la luz de los demás instrumentos jurídicos y pronunciamientos que existen tanto en el ámbito internacional como local; Respecto a los Derechos Ambientales y territoriales de los pueblos indígenas y tribales, la CIDH ha interpretado el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, que trata del Derecho a la Propiedad de conformidad con las realidades y con el pensamiento jurídico de estas comunidades que en general conciben este derecho desde una dimensión grupal y comunal.

Bonilla, (2015), en su tesis doctoral Derechos de los Pueblos Originarios Mayanga y Miskitu a la Propiedad Comunal y a la Justicia, en autor aborda tres problemáticas; la primera la conflictividad que existe en torno a la propiedad comunal; la segunda versa sobre el proceso de demarcación titulación (e saneamiento); y la tercera es sobre los dos órdenes jurisdiccionales: la Justicia ordinaria o constitucional, de un lado y la justicia tradicional o indígena de otro, en razón de ambos ordenes han permitido la pervivencia de los derechos que tiene los pueblos originarios sobre sus tierras y recursos, a pesar de las colonizaciones española e inglesa y de la aparición de la República de Nicaragua como Estado independiente. Ante esa problemática, el autor analizó el derecho que asiste a los pueblos originarios sobre su propiedad y el reconocimiento que hace el Estado a través del proceso de demarcación y titulación de la propiedad Comunal. Mediante una

investigación descriptiva el autor concluye en lo siguiente: Que la estructura jurídica nicaragüense es débil y disperso, trámites tardados y costosos, invasiones de tierras, falta de demarcación de áreas protegidas poca cobertura de registros de la propiedad. Las propiedades comunales son propiedades privadas de dominio colectivo que pertenecen por igual a todos los miembros de las comunidades y territorios indígenas y/o afrodescendientes que pertenecen de forma exclusiva a los miembros de los pueblos originarios y que los derechos de dominio colectivo que los miembros de los pueblos originarios tienen por sus propiedades son excluyentes para terceros.

1.6.2. Antecedentes Nacionales.

Angles Yanqui, (2014), en su Tesis de Maestría “Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio”, presentada en la PUCP, expresa, entre otros aspectos, que la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Mediante las notas siguientes deseamos destacar el reconocimiento del deber de acomodo de los derechos e intereses en juego y del de adoptar decisiones motivadas; obligaciones que forman parte del contenido normativo del derecho de consulta. Concluye que, si bien el Estado tiene la facultad de decidir si se lleva a cabo la medida consultada, esta tiene que respetar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, por lo que las restricciones o limitaciones sobre tales derechos no deben ser desproporcionadas o arbitrarias. Ahora, determinar si la decisión tomada es constitucional exige evaluar la ponderación o acomodo efectuado de los derechos e intereses comprometidos, así como la validez de las razones que fundamentan la decisión tomada. Así, el artículo 3 de la Ley de consulta prescribe que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas “a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”. Por ello, en el artículo 4, incisos b) y c), se reconocen como principios rectores del derecho a la consulta, entre otros, el principio de interculturalidad y el principio de buena fe. El primero exige que la consulta se desarrolle “reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas”. Y, por el segundo, se requiere que las entidades estatales analicen y valoraren “la posición de los pueblos indígenas”, y se

prohíbe, a ambas partes, adoptar “conductas antidemocráticas”. Tales aspectos del derecho de consulta han sido concretizados en el artículo 15 al exigirse a la entidad estatal que la decisión final que tome sobre la medida consultada “debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas” en el proceso de diálogo, “así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos”. Entonces, si no se alcanza un acuerdo, pero el Estado decide realizar la medida rechazada, tal decisión deberá justificarse con mucha mayor razón, conforme se ha estipulado en las normas mencionadas.

Torres Sánchez, (2015), en su Tesis de Licenciatura titulada “Potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales”, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la cual realiza un análisis respecto a la forma como el Estado entrega, a favor de particulares, concesiones, autorizaciones u otro tipo de permisos para el aprovechamiento de los recursos que se encuentran en todo el territorio nacional, incluyendo el territorio de pueblos indígenas. En ese contexto, las empresas que asumen esa labor productiva, ingresan a esos territorios sin la autorización de quienes allí moran ni las consideraciones ambientales mínimas, dañando ríos, bosques, flora, fauna y demás recursos naturales que esas comunidades utilizan como recursos de supervivencia, demostrando de esta manera como se irrespetan sus derechos y costumbres ancestrales y dejando visible el desprecio que sienten por esos pueblos a los que no se les toma en cuenta como el caso del pueblo indígena Achuar, ubicado en la región Loreto, el cual ha tomado la decisión de rechazar cualquier tipo de actividad petrolera en su territorio, debido al gran perjuicio que ella ha generado y que tiene, entre otros efectos, la alteración del modo de vida, el cambio de usos alimentarios y costumbres familiares; contaminación del agua que utilizan; trastornos graves en la salud física y mental; entre otros. Se trata de una tesis que enfoca el grave problema social, cultural y antropológico al que tienen que hacer frente todos aquellos pueblos originarios de nuestro país; como se han ido destruyendo poco a poco sus hábitats y sus culturas.

Chuquiruna Novoa, (2014), en su Tesis de Licenciatura titulada “La ley de Consulta Previa N°29785 y el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida”, por parte de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, precisa que si bien el Estado tiene la facultad de decidir si se lleva a cabo la medida consultada, esta

tiene que respetar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, por lo que las restricciones o limitaciones sobre tales derechos no deben ser desproporcionadas o arbitrarias. Ahora, determinar si la decisión tomada es constitucional exige evaluar la ponderación o acomodo efectuado de los derechos e intereses comprometidos, así como la validez de las razones que fundamentan la decisión tomada. Así, el artículo 3 de la Ley de consulta prescribe que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas “a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”. Por ello, en el artículo 4, incisos b) y c), se reconocen como principios rectores del derecho a la consulta, entre otros, el principio de interculturalidad y el principio de buena fe. El primero exige que la consulta se desarrolle “reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas”. Y, por el segundo, se requiere que las entidades estatales analicen y valoraren “la posición de los pueblos indígenas”, y se prohíbe, a ambas partes, adoptar “conductas antidemocráticas”. Tales aspectos del derecho de consulta han sido concretizados en el artículo 15 al exigirse a la entidad estatal que la decisión final que tome sobre la medida consultada “debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas” en el proceso de diálogo, “así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos”. Entonces, si no se alcanza un acuerdo, pero el Estado decide realizar la medida rechazada, tal decisión deberá justificarse con mucha mayor razón, conforme se ha estipulado en las normas mencionadas.

1.6.3. Antecedentes Locales.

Nuñez, (2013) autor de la tesis “El Abuso de Autoridad contra los Indígenas de la Amazonía Peruana con respecto al tema del Baguazo del año 2009”, en la Universidad Señor de Sipán de Chiclayo, en la cual se analizaron las causas del incumplimiento de las normas internacionales y las discordancias normativas al emitir los once decretos que contravenían con normas internacionales. Mediante una investigación descriptiva analítica y la aplicación de dos cuestionarios, el primero dirigido a los responsables (Representante del Gobierno Regional de Bagua, Legisladores, Defensoría del Pueblo) y el segundo a la Comunidad dirigida (abogados y pobladores de Bagua) permitiendo concluir que la

existencia de incumplimientos normativos de las Normas y Convenios Internacionales que otorgan el Derecho a la Consulta previa se debe a que los procesos de consulta previa a las comunidades indígenas no cumplen con lo normado por Convenios y Acuerdos Internacionales. Las normas nacionales no cumplen adecuadamente con los estándares internacionales, tanto normativos como jurisprudenciales, porque no son instrumentos dirigidos en estricto a los pueblos indígenas, es decir, estos reglamentos no hacen ninguna precisión respecto a cuestiones étnicas y culturales. Ante ello se debe también que las normas nacionales sean discordantes con la normatividad internacional plasmada en convenios y acuerdos.

1.7. Marco Teórico

1.7.1. Generalidades

1.7.1.1. El Pluriculturalismo

La supervivencia del pluriculturalismo en un mundo en el que el Estado reconoce, protege y pretende transformar todos los derechos en individuales, es casi imposible. De hecho, la construcción del Estado contemporáneo y de su Derecho fue marcada por el individualismo jurídico o por la transformación de todo titular de derecho en un individuo. Así se hizo con las empresas, sociedades y con el propio Estado; se creó la ficción de que cada uno de ellos era persona, llamada jurídica, moral o individual. Así también se hizo con los pueblos diferenciados, creando la ficción de que cada pueblo indígena sería una individualidad con derechos protegidos. Esto convertía los derechos esencialmente colectivos de los pueblos en derechos individuales.

El derecho contemporáneo, además de individualista, es dicotómico: a las personas - individuos titulares de derechos - corresponde una cosa - bien jurídico protegido. La legitimidad de esta relación se da por medio de un contrato-acuerdo entre dos personas. Es evidente que este esquema jurídico no podría servir a los pueblos indígenas que también forman parte de nuestro país porque, aunque considerase cada pueblo una individualidad de derecho, los bienes protegidos (los bienes que los pueblos necesitan proteger) y su legitimidad no tienen ninguna relación con la disponibilidad individual. Es por eso que los países latinoamericanos siempre buscaron separar al individuo indígena de

su pueblo, asimilándolo a la "sociedad nacional" de forma tan profunda que dejaría de ser pueblo diferenciado. El sistema pensó que la asimilación sería posible por medio del trabajo.

Tanto presionaron a estos pueblos y tan pequeña fue la posibilidad de asimilación que ejercían sobre ellos las sociedades envolventes, que el sistema acabó por reconocer derechos colectivos, que abrieron un nuevo horizonte en el reconocimiento de los pueblos, permitiendo a los países considerarse multiculturales y pluri-étnicos. Estos derechos colectivos extrapolaron a los pueblos indígenas para otros segmentos sociales, de tal forma que acabaron por tener un carácter emancipatorio.

Como puede apreciarse en esta línea de tiempo, se dio en nuestro país – que es, al fin y al cabo –, dos realidades socio jurídicas y dos perspectivas que, pese a los siglos transcurridos no han alcanzado un punto de conciliación real y concreta, quedando tan sólo una forma convivencial que se da entre un derecho oficial, estatal y que goza de todos los privilegios de constituir el ordenamiento jurídico imperante y, de otro lado, un derecho indígena, consuetudinario, extremadamente limitado en cuanto a su jurisdicción y visiblemente ignorado por la mayoría de juristas e intelectuales que lo ven sólo como la expresión residual de una cultura decadente, anacrónica y carente de importancia para su estudio.

Todas estas reflexiones realizadas a modo de introducción tienen como objetivo describir el contexto dentro del cual se desarrolla el objetivo del presente trabajo, el cual está relacionado al pluriculturalismo y su problema con la justicia ordinaria. Se trata de una problemática que debe ser entendida dentro de una realidad mucho más amplia y compleja, y que apunta siempre en la misma dirección: una especie de renacer de los pueblos o renacer de esperanzas.

1.7.1.2. Antecedentes Históricos

Stavenhagen, (2006), indica que en 1957 “la Organización Internacional del Trabajo, adoptó el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes, que fue modificado en 1989 y se conoce ahora como el Convenio 169, siendo el único instrumento jurídico vinculante sobre los derechos de los pueblos indígenas, habiendo sido ratificado hasta ahora solamente por diecisiete estados parte”. (p. 26)

Por su parte Mertins (1996) respecto a la problemática actual de los derechos de la tierra hacia las comunidades indígenas señala que: “existen dos tendencias en relación a ello, por una en países con un elevado porcentaje de población indígena (por ejemplo: Bolivia, Ecuador y el Perú) la aceptación de los derechos de los indígenas de tierras bajas está creciendo, incluso a pesar de que no existe aún un marco legal para estos derechos reclamados, en cambio en países con un porcentaje reducido de población indígena (Brasil y Colombia), en los que existen además uno o varios fuertes grupos de presión que reclaman el uso de las tierras, la observación de los derechos de uso de la tierra es completamente insuficiente” (Torres Sánchez, 2015)

Respecto a la regulación jurídica de estas comunidades indígenas, en el caso peruano, el modelo actual de protección de dichas comunidades ha tenido una incorporación en la vida pública a través de un largo proceso de lucha, en los cuales se ha ido incorporando a las normas actuales instituciones como la inajenabilidad e imprescriptibilidad de sus territorios, los cuales en las primeras legislaciones no fueron acogidos. Pero estimo que aún es insuficiente la aplicación de la legislación nacional, y que, a pesar de la existencia de normas internacionales, aún al Estado Peruano le falta implementar un adecuado tratamiento jurídico con respecto al reconocimiento idóneo de los derechos de las comunidades indígenas.

1.7.1.3. Derechos de los pueblos originarios

Al hablar del reconocimiento del Derecho Indígena, es citar a Iturralde, quien señala que:

(...) el reconocimiento del derecho propio indígena es un medio para oponerse a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen y se funda en la idea de que el derecho es una pieza clave en la estrategia del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar las condiciones que hacen posible el ejercicio de la hegemonía (Iturralde, 2016).

Ante lo expuesto se puede indicar que este derecho, realiza el reconocimiento constitucional de los indígenas como parte del Estado, por ende el reconocimiento de sus derechos, la seguridad sobre sus tierras y territorios, el derecho al desarrollo social, económico y cultural y niveles significativos de autonomía

Al hablar de derecho indígena, en el cual no existe un concepto definido legalmente, se encuentra ligado a este, el concepto de identidad étnica. El cual ha sido definido por la antropología como “el sistema cultural de referencia de una comunidad humana a partir de la cual define su identidad o personalidad grupal. Se trata del conjunto de indicadores culturales que otorgan a una comunidad su identidad en el contexto social”. (Sierra, 2016)

Respecto a la identidad indígena Yrigoyen señala que:

... La identidad es un fenómeno relacional e intersubjetivo, se define en la interacción. La autopercepción de la identidad es contextual, flexible, cambiante. Es un contexto en el que ser indígena es reprimido o desvalorizado, probablemente muchos no se autoidentificarán como indígenas, pero podrá ocurrir lo contrario cuando ello signifique ser portador de derechos. (Iturralde, 2016)

Sierra (2016), señala que:

Lo que se identifica como derecho indígena, llamado también derecho consuetudinario, es producto de relaciones históricas y de la inserción jurídica de las comunidades indígenas en la sociedad nacional y regional. El derecho indígena no puede ser visto únicamente como la continuación de tradiciones y costumbres originales, sino en su interrelación, confrontación y procesos constitutivos mutuos con el derecho nacional, procesos inmersos, a su vez, en relaciones de poder y de cambio. (p. 37)

Considero que el concepto del Derecho indígena, fue una suerte de reivindicación de los estados en los que a pesar de la pluriculturalidad indígena, no protegían a sus comunidades, dejándolas en el olvido y menoscabando sus derechos.

1.7.3.4. El Marco Constitucional

Al margen de los aspectos controversiales que pueda haber tenido la Constitución de 1993 respecto a su origen jurídico, uno de sus mayores méritos (pero, a la vez, uno de los menos difundidos) reside en el hecho de haber consagrado por vez primera el “derecho a la identidad”, expresada textualmente en el inciso 19 del artículo dos de la Carta Magna.

¿Qué implica la consagración constitucional del referido derecho? Si bien la Constitución se refiere a la identidad "étnica y cultural", no puede negarse que el derecho a la identidad encuentra aquí una consagración constitucional, recogiendo así este

derecho fundamental, originado en la jurisprudencia italiana, y que tuvo en nuestro medio como su gran propulsor al distinguido maestro universitario Carlos Fernández Sessarego, cuyo aporte en este tema ha sido reconocido tanto en el Perú como en el extranjero, habiendo publicado en Argentina -editado por la prestigiosa editorial jurídica Astrea-, justamente un libro titulado "Derecho a la identidad".

Por otra parte, posee una profunda connotación para el derecho indígena, pues, siendo este una expresión cultural de los pueblos del Perú profundo, el cual sirve como ente rector y regulador de la vida cotidiana de muchos de esos pueblos, su existencia y su aceptación implícita, gracias a este reconocimiento respecto al derecho a la identidad, adquiere una dimensión existencial propia, pues este sistema jurídico consuetudinario es parte precisamente, de esta expresión de identidad y cultura más genuina de nuestra nación india.

Si bien la constitución se refiere a la identidad "étnica y cultural", no puede negarse que el derecho a la identidad encuentra aquí una consagración constitucional, recogiendo así este derecho fundamental, originado en la jurisprudencia italiana, y que tuvo en nuestro medio como su gran propulsor al distinguido maestro universitario Carlos Fernández Sessarego, cuyo aporte en este tema ha sido reconocido tanto en el Perú como en el extranjero, habiendo publicado en Argentina -editado por la prestigiosa editorial jurídica Astrea-, justamente un libro titulado "Derecho a la identidad".

No corresponde a un texto de carácter jurídico como este detenerse en ciertos temas existenciales para el Perú, mas no puede dejarse de hacer presente que el tema de la identidad nacional sigue siendo un punto en nuestra agenda social pendiente y sin cuya consideración no podemos proyectarnos como nación. Tener identidad significa saber reconocerse; si no somos capaces de asumir y apreciar lo que somos, no es posible hablar de desarrollo real alguno.

Es esencial, como dicen Antoni Biarnés y Jordi Xuclá tener presente que "en plena era de la homogenización cultural (que a menudo es simplemente imposición del american lifestyle) Y del mestizaje de culturas, la persona necesita más que nunca dotarse de una identidad claramente definida, desde la cual pueda abrirse y dialogar con el mundo (Biarnés & Uclá, 2008).

La Constitución es más que una ley de leyes, pues define el proyecto político y social de una nación. En ese marco, aunque para Touraine la idea de nación es más política que cultural o comunitarista, la presencia del Estado con un sustento jurídico que no respete la identidad cultural de las comunidades, afecta la propia legitimidad del mismo (cuando no su legalidad). El Perú sigue siendo una nación en formación, un país adolescente que se va recreando a sí mismo; empero, queda clara nuestra naturaleza pluriétnica y multicultural; en este aspecto, bien vendría ponemos a pensar en un desarrollo más preciso del inciso bajo comentario, adecuando nuestro Código Civil a los parámetros institucionales, teniendo en cuenta la realidad de nuestras comunidades campesinas, nativas y también pueblos jóvenes (Touraine, 2007). En ese sentido, el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución nació bajo la pretensión de ser un puente que nos permita preservar nuestro pasado; quien sabe si, con el tiempo, será una norma por la que deberemos de transitar para poder definir nuestro futuro.

1.7.1.4. Pluriculturalismo y derecho

Si bien es cierto, América Latina exhibe un tratamiento pluricultural en la mayoría de sus legislaciones, también es cierto que el predominio étnico de determinadas minorías raciales ha desnaturalizado en la práctica esa coexistencia. Por un lado, el Estado asume una estructura donde el poder es redistribuido, así como las políticas de desarrollo y los derechos culturales; por el otro, la marginación y la segregación siguen siendo la expresión real de la situación.

Como nos dice Kymlicka (2001), en vez de subordinar los intereses de unas etnias a los intereses de otras, el Estado debe acomodarlos dentro de los principios de equidad y participación. (p. 92)

Como reflexiona Torres (2015), “llama la atención, pues, tanto en la legislación, como en el ámbito de la Antropología Jurídica, la ausencia de previsión legislativa expresa o el reconocimiento doctrinal equivalente, así como la poca atención dada en el ámbito de la investigación, en lo que se refiere al pluralismo jurídico, el cual no sólo debe circunscribirse a las comunidades indígenas y campesinas, sino también, por ejemplo, las comunidades descendientes de esclavos en el campo de los derechos culturales”. (p. 63)

Incluso en el marco del derecho antidiscriminatorio y, por tanto, de la apreciación del principio de igualdad, la cuestión tampoco se aprecia en estos términos a diferencia de nuestra Legislación, la Constitución de Colombia de 1991 ha estado desarrollando el concepto de "extensa igualdad". De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia², el principio de igualdad, según el art. 13, implica cuatro mandatos:

(I) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

De esta forma, se ha entendido que la "omisión legislativa relativa de carácter discriminatorio", producida por la no inclusión de todos supuestamente igual a los regulados por la ley, significa, en general, que tales disposiciones no son inconstitucionales "por no hacer extensivas esas disposiciones a otros supuestos de hecho igual a los regulados", haciendo que la Corte profiere una sentencia integradora, que hace extensivos los efectos de la regulación legal a los hechos no contemplados por la ley³.

Esto nos conduce a afirmar que los derechos culturales no son suficientemente reconocidos en el Perú. Todo ello entra en el tema del pluralismo jurídico, de amplio tratamiento en la filosofía y teoría del derecho en el siglo XX y la primera década del siglo XXI. El conocimiento multicultural-materia prima del pluralismo jurídico- es atravesado por dos dificultades: el silencio y la diferencia. El derecho estatal destruyó las formas de saber propias de los pueblos que fueron objeto del colonialismo occidental.

² Sentencia C-624, 2008 MP Antonio Humberto Sierra Porto.

³ Sentencias C-864/2008, Marco Gerardo Monroy Cabra MP. En la actualidad, la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C-359/13, MP Iván Palacio Palacio, 20 de junio de 2013), apreciando la Ley n° 1.537 / 2012, que establece normas para promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda digna, : a) el legislador tenía el deber constitucional de incluir tanto al pueblo Rrom o gitano como a la comunidad de raizales del archipiélago de San Andrés, "dentro de los criterios de priorización y focalización de las familias potencialmente elegibles y merecedoras de subsidio de vivienda en especie", incurriendo en violación del derecho a la igualdad de trato entre todas las culturas del país; b) la calidad de la minoría étnica constituye un criterio de «mayor priorización y focalización» para beneficiarse de la vivienda; c) rechazó criterios de jerarquía entre grupos étnicos, garantizando la "simetría entre los derechos de los pueblos Rrom o gitanos, las comunidades raizales del archipiélago de San Andrés y los reconocidos a los demás grupos étnicos y culturales del país"; d) la no previsión específica para los grupos que juzgó la acción representa "omisión legislativa relativa por la existencia de trato discriminatorio al interior de grupos étnicos y culturales de la Nación", por tener en cuenta las comunidades indígenas y afrodescendientes.

¿Cómo realizar el diálogo cuando algunas culturas fueron reducidas al silencio, sin que el interlocutor hable el lenguaje hegemónico que lo pretende hacer hablar?

El punto crucial de ese déficit de reconocimiento es la confrontación constante entre la perspectiva de la realidad, el derecho al desarrollo y el derecho a la identidad cultural. Debe prevalecer una política desarrollista / integracionista en el trato de estas sociedades (indígenas).

1.7.1.6. La costumbre como fuente del derecho

El estudio de esta fuente del Derecho trae aparejado una serie de conclusiones que difieren en cada uno de los autores que lo han tratado. Tema apasionante, da pie a polémicas ardorosas, dejando de lado en varias ocasiones el objetivo y profundo análisis que su importancia requiere. En este acápite de nuestro Marco Teórico, trataremos de reflejar la importancia que algunos autores le han concedido y la evolución que ha sufrido su contenido, a la par que expondremos las diversas teorías que las escuelas del Derecho han desarrollado.

El problema de la Costumbre como fuente del Derecho viene precedido del problema del origen del Derecho. Suele considerarse que el Derecho ha nacido inconscientemente y que su concreción material se realizó a impulsos de resortes religiosos; otros autores explican que el Derecho nació porque la inteligencia de un jurista genial lo concibió para darlo a los demás; otros, que su origen se debe a la lucha entablada para lograr la libertad. Diversos puntos de vista que encierran verdades y errores, y en cuyos postulados encontraremos raíces comunes y parecidos fines.

Pero lo esencial, lo Importante, queda develado en el problema sobre el origen del Derecho, ya que sabemos positivamente que el Derecho nació cuando hubo un grupo de hombres sobre la tierra. Grupo con necesidades biológicas, que al intentar cumplirlas debió cuidar el no perjudicar al prójimo. En ese cuidado, en ese respeto al semejante, estaba la explicación del sentimiento de justicia que conformó al Derecho. El hombre, al defender su vida, defendía la de los demás. Por lo tanto, no podríamos hablar de Derecho, fuera de la esfera humana, ni considerarlo como normativo de la conducta de una

sola persona. Al decir de Geny, la verdadera fuente del Derecho es el sentir de la colectividad. Sin colectividad no existiría Derecho (Del Vencelo, 2002). Son innumerables los métodos jurídicos que pretenden explicar los orígenes y la evolución del Derecho a través de la historia.

En palabras de Jellinek, en los orígenes de todo pueblo, fue la costumbre la que consagró la práctica jurídica diaria, la que impuso un *modus vivendi* que se hizo imprescindible a todos (Jellinek, 2014).

Al respecto, TOURAINE nos dice que, “la formación del Derecho de modo consuetudinario es síntoma de los tiempos antiguos. Aparece allí donde predomina la acción espontánea de un grupo social. Los grupos sociales primitivos se caracterizaron lo mismo que los actuales— por poseer diversos sentimientos que supieron exteriorizar en sus prácticas cotidianas. Uno de ellos, y quizá el más importante es el sentimiento de justicia que se va imponiendo en lento pero seguro avance” (Touraine, 2007); sentimiento que si bien fue relegado en muchas ocasiones a un segundo plano, dando paso a instintos malsanos, siempre estuvo latente en la conciencia humana (Aristóteles, 2011). No olvidemos que el Derecho es un producto del espíritu humano. De esa manera tendremos la visión clara para explicarnos su evolución jurídica. Si bien el Derecho consuetudinario nace en el seno del pueblo, sólo llega a formularse en normas fijas, a través de algunos de sus componentes.

Los antiguos germanos tenían “definidores del derecho y de la ley” que interpretaban el sentir popular. No eran juristas, pero si hábiles técnicos en quienes se podía confiar. Esto nos confirma cómo en un principio el Derecho consuetudinario fue eminentemente oral. Este primer momento de la costumbre es explicado de diversas maneras. El hombre realiza actos que luego repite, hasta irse acentuando por la repetición constante la necesidad de cumplir ese y no otro acto. Con el tiempo el acto se hace imprescindible e irremplazable. Aquí es donde ese sentir jurídico de que hablábamos y que todo hombre lleva en más o en menos, se expresa. Logra plasmarse en un uso que norma determinada actividad. Claro que no sólo bastaba la continuidad del acto, sino que a su lado debió marchar su obligatoriedad (Torres, 2015). Ello fue posible pues existía la conciencia de que las reglas establecidas eran necesarias y obligatorias a la comunidad, pues no eran más que resultado de prácticas que no debían torcerse. ¿Cómo se produce el paso de lo oral a lo escrito? Para explicarnos esa evolución jurídica, es necesario tener presente que en

ambos casos, ese Derecho es producto del espíritu humano. Así tendremos por un lado esa norma espontánea, casi inconsciente que se impone por propia fuerza de convicción. Por otro, la elaboración deliberada, reflexiva, de esa norma. Es una evolución que va de lo inconsciente a lo consciente.

Como dice Kymlicka (2001), las normas, primero son seguidas por el hombre primitivo sin tener conciencia clara sobre la razón que las sustenta. Son normas que se encuentran en los mismos hechos y se materializan en las costumbres. Luego se desarrolla la razón, se van interpretando las costumbres, se las declara y por último se escribe todo lo que hasta ese momento se había practicado (p. 31), ¿Por qué tenía esa superioridad la costumbre en los albores del Derecho? Varias son las explicaciones lógicas que tratan el tema. Esas reglas de hecho que no habían sido impuestas por nadie en particular tenían un valor que perduraría a través de los siglos. Una corriente del pensamiento jurídico establece que la cuestión se limita a un simple hecho psicológico.

Explica la teoría que desarrollamos que la fuerza inherente que lleva la costumbre y que la hace imponerse, se debía al temor de los primitivos de contrariar lo establecido por el tiempo, como modo necesario y verdadero de obrar. Si se rompía el mandato tradicional que pasaba de familia en familia podía provocarse la ira de los dioses que satisfacían sus prácticas religiosas. Derecho y Religión unidos. Es la costumbre, desde este punto de vista, un reflejo de los elementos psíquicos que contiene la conciencia de un pueblo. La Escuela Histórica, que luego veremos en detalle, y la Escuela Racionalista se han referido al tema agotando conclusiones que no siempre satisfacen. Ambas escuelas han pecado de imprecisas en muchas de sus exposiciones. El pensar general se decide por el reconocimiento de la costumbre como fuente del Derecho en un primer momento y su conversión en ley posteriormente. Ello no quiere decir de ningún modo, que ley y costumbre son hoy una misma cosa. La Costumbre puede ser perfectamente regla de Derecho, aunque la voluntad del legislador no la consagre. Lo que ha ocurrido es un desdoblamiento respecto de las fuentes posibles de Derecho, al que luego se agregarían la jurisprudencia y la doctrina. Si bien hoy predomina la ley porque es la que resume en su espíritu toda necesidad jurídica del pueblo cuya satisfacción es necesaria, también la costumbre presenta un papel orientador que ningún Poder legislador debe desechar. Podemos dividir el estudio de la importancia de la costumbre en dos períodos. El primero que abarca desde el origen del Derecho hasta la

primera codificación, y el segundo desde la era codificatoria en adelante. Dentro de cada momento histórico, observaremos su importancia y fundamento.

1.7.1.7. El Registro de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial

El 21 de junio del 2013 se publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución Viceministerial N° 004-2013-VMI-MC, a través de la cual el despacho de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, en el marco de la Ley N° 28736, crea el Registro de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, así como el Registro de Reservas Indígenas.

Si bien se trata de una disposición orientada a favorecer el diálogo intercultural la creación de una base de datos oficial de pueblos originarios en el Perú no es tarea nada fácil, más aún si consideramos el hecho de que muchos pueblos nativos viven en áreas de alto riesgo por la actividad terrorista y del narcotráfico lo que hace dificultoso el acceso a esos territorios (Tresierra, 2012).

Si consideramos, por otro lado, que de acuerdo con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, así como el artículo 7 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, donde se establecen los rasgos que caracterizan a un “pueblo indígena”; se tiene que, de acuerdo a los resultados obtenidos en el censo realizado por el INEI en el año 2007 existen aproximadamente 4 millones de peruanos indígenas provenientes de las zonas de la amazonia y de los andes del Perú. En consecuencia, cuando hablamos de pueblos originarios, nativos o indígenas, tenemos que entender que dentro de ellos se encuentran comunidades tanto de la selva como de la sierra por lo que, los grupos provenientes de esta última zona no pueden ser excluidos, pues ello implicaría un claro retroceso en la protección de los derechos de dichos pueblos.

1.7.1.8. Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. finalmente, aprobada, publicada

Entre las principales causas que se le han atribuido al origen de los conflictos sociales, están: la falta de atención de las autoridades competentes a las demandas de la población; la insatisfacción de ciertos sectores de la población; y, la ausencia de una

dirección de diálogo e información entre las partes, como sucede en la mayoría de los conflictos socioambientales.

Sin duda, Bagua (2009), significa el conflicto socioambiental símbolo de la falta de atención de un gobierno a los pueblos indígenas y su problemática. De hecho, marca un antes y un después en la historia del Perú, no solo por las consecuencias negativas que implicaron [e implica] la muerte de 33 peruanos (23 efectivos policías y 10 pobladores indígenas y colonos) enfrentados entre sí, y aproximadamente 200 heridos; sino también por el claro reflejo de la falta de voluntad política de un gobierno para atender las demandas de una población, para quien no se ha gobernado y, por el contrario, se han transgredido sus derechos a lo largo del tiempo.

Fue a consecuencia, precisamente, de este suceso –que no debiera repetirse en otros casos– que se logró finalmente la tan ansiada Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) - Ley N° 29785 (en adelante, la Ley), la cual es el resultado de muchas reuniones, discusiones, debates, así como de un esfuerzo de los equipos y colaboradores a cargo de la elaboración de esta tarea, los cuales, además, superaron diversos obstáculos. Como vemos, su aprobación final dependió del tiempo y la importancia que le prestó el Ejecutivo.

En esta ocasión presentamos algunos comentarios a esta Ley, recientemente publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de agosto de 2011. Comenzaremos refiriéndonos al Convenio 169 de la OIT como norma principal y obligatoria que establece el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios; luego continuaremos con nuestras apreciaciones sobre la Ley de consulta previa; y, finalmente, emitiremos nuestras consideraciones finales.

1.7.1.8.1. Convenio 169 de la OIT: ¿qué contempla, ¿qué implica?

a) El derecho a la consulta previa en el Convenio 169 de la OIT y su vinculación con la legislación del Perú

En junio de 1989 se realizó en Ginebra la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en la cual se adoptó el Convenio 169

sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y, según refiere, surge como respuesta “a la necesidad de conceder a estos pueblos los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los países en que habitan”.

Y continúa señalando que:

“(…) intenta salvaguardar en la legislación y en la práctica, los derechos de los pueblos indígenas y tribales, para que estos puedan conservar sus culturas e identidad en el contexto de las sociedades nacionales donde viven (…)”.

“(…) uno de sus preceptos fundamentales es de establecer una relación de respeto entre los pueblos indígenas y tribales y los Estados, para promover una cultura de tolerancia y garantía de los derechos humanos básicos de estos pueblos”.

De esta manera, el Convenio 169 de la OIT da cuenta de la diferenciación entre los pueblos indígenas y el resto de población, que ya existía en la legislación de los Estados en desmedro de aquellos. Definitivamente nuestro país se encontraba dentro de estos Estados.

De este modo con fecha 26 de noviembre de 1993, bajo la Constitución Política de 1979 y a pocos días de la entrada en vigencia de la actual Constitución², el Congreso Constituyente Democrático del Perú, con el entonces presidente Alberto Fujimori, aprobó el Convenio 169 de la OIT mediante la Resolución Legislativa N° 26253, la cual entró en vigencia en nuestro país desde el 6 de diciembre de 1993. Es decir, se dio en medio de una transición constitucional; sin embargo, cabe señalar que ambas Constituciones consideraron a los tratados internacionales sobre derechos humanos como parte integrante de nuestra legislación.

Respecto a la jerarquía legal del Convenio, el Tribunal Constitucional ha afirmado: “(…) debe destacarse que nuestro sistema de fuentes reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por lo tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derecho y libertades (...) Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que además ostentan rango constitucional” (Expediente, 2009).

Entonces, su condición de tratado internacional hace del Convenio 169 de la OIT una norma de fuerza vinculante y con rango constitucional.

1.7.1.8.2. ¿Qué contempla, qué implica?

En primer lugar, tenemos que el Convenio 169 de la OIT contempla, principalmente, en sus artículos 6 y 15, numeral 2, que el derecho a la consulta previa es una obligación ineludible del Estado peruano, y un derecho fundamental de los pueblos indígenas. Así, este derecho tiene una doble naturaleza: como principio y como derecho fundamental, lo que permite garantizar la protección de los demás derechos colectivos de los pueblos indígenas (CHIRIF, 2011).

Como hemos señalado, el Convenio 169 de la OIT tiene el carácter de tratado internacional, ya que se basa en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce, entre tantos, el derecho a la igualdad y la protección de esta contra toda forma de discriminación. Y siendo el Perú un Estado que ha reconocido esta declaración universal –aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948–, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT, entre otros; reiteramos, obligan al Perú.

Al respecto, Alberto Chirif⁵ señala que las leyes especiales como el Convenio 169 de la OIT son expresiones de un mecanismo de compensación histórica conocido como “discriminación positiva”, mediante el cual los Estados reconocen la calidad de originarios de los pueblos indígenas y asumen su responsabilidad frente a las atrocidades que han sufrido en el pasado. Por lo tanto, corresponde al Estado peruano adecuar sus normas internas al espíritu de dicho Convenio e implementar la consulta previa a los pueblos indígenas, específicamente, el derecho a ser consultados y a decidir sobre sus prioridades, sobre las decisiones que pueda tomar el Estado, sean medidas administrativas o legislativas, o para fines de exploración y explotación de recursos naturales que les afecten directamente.

Debemos entender que el derecho a la consulta se condice con el Perú no solo por la obligación del Convenio, sino también por lo que históricamente representa y lo que actualmente es nuestro país, es decir, por su diversidad étnica y cultural.

De manera específica, establecer un proceso anterior a la toma de decisiones –llamado consulta– requiere que el Estado cree las condiciones necesarias para su ejecución, las cuales contengan en todo momento el denominado “diálogo intercultural”, para lo cual debe tomarse en cuenta la realidad de cada población; por ende; la forma de proceder no será la misma en cada caso. Además, es importante señalar, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, que tanto los derechos a la consulta como a la participación y a la autodeterminación se centran en que los pueblos indígenas tienen igual dignidad que el resto de pueblos y culturas, así como en que gozan y tienen capacidad para controlar libremente su vida y modelo de desarrollo (IRIGOYEN, 2012). Así lo ha precisado la Dra. Raquel Yrigoyen Fajardo, apreciación que compartimos.

Ahora, y en cuanto a la diferencia entre los derechos a la participación y a la consulta, podemos decir que el primero está dado de forma general, es decir, la participación es la forma voluntaria y libre de cualquier persona para involucrarse o participar en la toma de decisiones en el ámbito político, social, cultural y económico; en tanto que el derecho a la consulta es un derecho ejercido por un colectivo a fin de garantizar que la opinión de los pueblos indígenas se tome en cuenta en un caso específico.

Por su parte, el derecho a la autodeterminación es la facultad de los pueblos indígenas de tener el control sobre sus instituciones, de su forma de vida, del modelo de desarrollo; sin que esto quiera decir un desarrollo independiente del país al cual pertenecen o dejar de reconocer este. La libre autodeterminación es considerada también como un principio fundamental del Derecho Internacional que se materializa mediante la participación, la consulta o el consentimiento.

1.7.1.8.3. Algunos comentarios a la ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios - Ley N° 29785

Antecedentes

Luego del conflicto de Bagua, se conformaron cuatro mesas de trabajo para:

a) analizar la constitucionalización del nuevo marco legislativo naciente de la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos;

b) la elaboración de una política nacional a favor de los derechos de los pueblos indígenas;

c) la investigación de lo sucedido en el conflicto de Bagua a través de la conformación de una Comisión de la Verdad; y,

d) la elaboración de una propuesta legal que regule el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. (Gamboa Balvin, 2013)

Con fecha 19 de mayo de 2010 se contaban con dos propuestas en el Pleno del Congreso de la República, por un lado, el dictamen del proyecto de ley aprobado por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología (CPAAAAE) y, por otro, el dictamen del proyecto de ley que se oponía al primero, aprobado por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. El Pleno del Congreso aprobó el primer proyecto –la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios– con 62 votos a favor, 7 en contra y 6 abstenciones. (Gamboa Balvin, 2013)

Sin embargo, el Poder Ejecutivo mediante Oficio N° 142-2010-DP/SCM, de fecha 21 de junio de 2010, realizó ocho observaciones a la autógrafa de la ley en mención, devolviéndola al Congreso del República a fin de que la modifique. A lo cual se allanó la Comisión de Constitución mientras que la CPAAAAE rechazó el pedido del Ejecutivo e insistió en la aprobación de Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios. No obstante, quedó pendiente el debate ante el Pleno del Congreso, para una decisión final. (Gamboa Balvin, 2013)

Retomando lo especificado por la Ley, el artículo 3 establece como finalidad de la consulta: “alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios (...) a través de un diálogo intercultural que garantice la inclusión en los procesos de toma de decisiones del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”. En ese sentido, se habló demasiado respecto de si

la consulta generaba un derecho a veto, sobre lo que el Convenio no establece nada. Al respecto, Clavero, (2011) precisa que:

(...) No se puede decir en términos generales que los indígenas tienen derecho a veto. No. Pero alto ahí, tampoco se puede decir lo contrario. O es un planteamiento en falso ponerse a discutir si hay o no hay derecho a veto. No tiene sentido. Eso es una lucha anti-prejuicios. Pero lo que es cierto, es que tanto el convenio, y con más claridad la declaración de las Naciones Unidas o derechos de los pueblos indígenas contemplan casos en que el consentimiento es necesario (...). (p. 71)

Concordamos con el citado autor, pues no tiene sentido discutir sobre el derecho a veto, si entendemos que el Perú es un Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de nuestra Constitución) que “reconoce y protege” los derechos fundamentales inherentes a la persona humana bajo los principios establecidos, y, por lo tanto, se obliga a respetarlos. De esta forma, “debiera” entenderse que la actuación del Estado no acarreará perjuicios a la protección de los derechos de los pueblos indígenas; además, esta actuación requerirá de una continua fiscalización y vigilancia a fin de cumplir con la verdadera finalidad de la consulta.

Por otro lado, respecto a los principios que rigen la consulta previa que se señalan en la norma se tiene y entiende lo siguiente: Principio de oportunidad, la consulta debe realizarse previamente a la medida a tomarse; principio de interculturalidad, regla básica pues cada cultura debe ser respetada bajo sus propias diferencias, y mediante el cual se requerirá que en la práctica el personal a cargo de realizar la consulta sea el idóneo; principio de buena fe, a tenor de este principio –reconocido también en el Convenio– las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo; en ese sentido, se establece como un deber en la actuación de las partes, es decir, de las autoridades representantes del Estado, así como de los pueblos indígenas y aquellos que lo representan; principio de flexibilidad, en concordancia con el artículo 4 de la Ley debe crearse procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar; asimismo, considerarse la situación en la que se desenvuelve cada cultura, esto es, sus propias costumbre, su territorio y la geografía en la cual está asentado, así como otras circunstancias; principio de plazo razonable, por esta directriz no se deberá exceder ni recortar los plazos establecidos en perjuicio de las partes, tampoco limitarlo a lo establecido en normas estrictas, que no resulten apropiadas a las circunstancias de la consulta y sus

actores; principio de ausencia de coacción o condicionamiento, al respecto, queda claro que una actuación contraria a este principio es sancionada; y, por último, el principio de la información oportuna, por el cual se pretende evitar una asimetría de la información, situación que hasta la fecha caracterizan a los procesos que se desarrollan, por ejemplo, en las actividades extractivas de recursos naturales. Se entiende que la información debe entregarse de modo completo y apropiado, es decir, en un lenguaje entendible para la población a consultar.

En atención a estos principios rectores sostenemos que los sectores que aplicaran la norma deben entender y comprender el verdadero sentido de estos principios, así como su fundamento a fin de actuar en todo momento en pro de la protección de los derechos fundamentales de la población indígena y en atención a su realidad.

De otro lado, el artículo 7 de la Ley establece los criterios subjetivos y objetivos que sirven para la identificación de los pueblos indígenas u originarios, del mismo modo como el Convenio lo reconoce: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (numeral 2, del artículo 1). La Ley ha recogido este criterio como subjetivo. Lo anterior resulta claro, puesto que la identificación de un pueblo como indígena atiende esencialmente a su cosmovisión. En lo que se refiere a los criterios objetivos, la Ley considera la descendencia directa, el estilo de vida y vínculos espirituales, las instituciones sociales y costumbres propias, así como los patrones culturales y modo de vida, distintas a los otros sectores de la población nacional como criterios para la identificación de las poblaciones a ser consultadas. A la fecha no se cuenta con un registro actualizado del total de las poblaciones indígenas en el Perú; además, sigue transcurriendo el tiempo sin que se haya logrado la titulación de su territorio. Como corolario de este artículo, y a nuestro parecer bien señalado, la Ley especifica que: “Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos”. (Bonilla, 2015)

Otro de los puntos abordados por la Ley es el relativo a las etapas del proceso de consulta. Entre las etapas, encontramos: a) la identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta; b) la identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados; c) la publicidad de la medida

legislativa o administrativa; d) la información sobre estas medidas; e) la evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas; f) el proceso de diálogo entre los representantes del Estado y de los pueblos indígenas; y, g) la decisión.

Respecto a este punto, para una efectiva ejecución del proceso de consulta previa, en nuestra opinión, se requiere necesariamente la complementación de una reglamentación, ya que, por ejemplo, para algunas personas no resulta claro sostener que antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales existentes, se requiera de una consulta, por el hecho de no existir certeza sobre la realización o no finalmente de la explotación. Así también, la reglamentación resulta ser necesaria debido a que no se tiene claro cómo se adaptará la consulta respecto a los estudios de impacto ambiental, ¿se llevarían acaso de forma paralela?, teniendo en consideración que se cuenta con el plazo de un año.

Ahora, sobre el personal encargado del proceso de diálogo – sea tanto por el lado del Estado como el de los pueblos indígenas–, este debe estar capacitado y especializado, ello teniendo en cuenta que se “negociarán” algunos aspectos. Que quede claro que los derechos fundamentales que protegen a las poblaciones indígenas no son negociables.

Otro articulado que merece comentario es el 20, el cual establece la creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Se espera que esta tarea sea realizada de forma íntegra y en un tiempo prudencial, es decir, no a largo plazo, ya que al cumplir con este reto no solo se contaría con información relevante, sino que esta serviría para la canalización y monitoreo de otras actividades, como la atención de servicios básicos a cargo de los diferentes sectores: salud, educación, vivienda, etc. (Biarnés & Uclá, 2008)

Finalmente, a través de las disposiciones complementarias finales se dispone que la labor del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo recae en el viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura; asimismo, deroga expresamente el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, que aprobó el Reglamento del Procedimiento para la aplicación del derecho a la consulta a los pueblos indígenas para las actividades mineros energéticas, y que a nuestra consideración contradecía el verdadero sentido y espíritu del Convenio 169 de la OIT. Además de estas

importantes acotaciones, en la cuarta disposición complementaria y final se precisa que la Ley entrará en vigencia a los noventa (90) días de su publicación el diario oficial El Peruano, fecha que recaerá, aproximadamente, en la primera semana del mes de diciembre del presente año.

1.7.1.9. Conflictos del sistema de justicia con el derecho consuetudinario

Se debe empezar precisando que, de acuerdo al Art. 149 de la Constitución de 1993, se establece que: “Las autoridades de las Comunidades campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona...”. Es decir, mediante este artículo se da por sentado constitucionalmente, las funciones que desarrollan las comunidades y rondas campesinas para aplicar el derecho indígena/comunal y dar solución a los problemas legales que se presentan en las comunidades regentadas por este sistema. En principio no se trata de la admonición de un ordenamiento jurídico paralelo, sino de una forma de simbiosis entre un sistema jurídico oficial y único y formas alternativas de administración de justicia de carácter local que requieren ser respetadas.

Asimismo, esta política inclusiva en cuanto a la administración de justicia se somete a lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT, el cual establece disposiciones, claramente definidas respecto a los pueblos indígenas a través de su Art. 8, 2, el cual señala lo siguiente:

“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”.

De esta manera, la potestad normativa reconocida a los pueblos originarios, permite, por un lado, la función jurisdiccional especial, como la facultad que poseen los mecanismos de administración de justicia de estas comunidades para realizar su labor “*de impartir o administrar justicia de modo autónomo, y c) el sistema institucional*

o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones de autogobierno, incluidos los mecanismos de designación, cambio y legitimación de autoridades propias”⁴.

No obstante, deseo acotar que la realidad no siempre es exactamente como es propuesta o desarrollada, pues existen situaciones que claramente constituyen delitos graves como el caso de aquellos que se cometen contra la libertad sexual y que, pretextando o poniendo de por medio el ejercicio jurisdiccional de estos sistemas de justicia nativos no propicia otra cosa sino la impunidad del delito. De tal manera que, este sistema de justicia debería estar reservado sólo para comunidades que viven claramente en un estado de aislamiento y de cuya situación no puede objetarse la práctica de determinadas costumbres que pueden estar reñidas con nuestro sistema jurídico y su estructura normativa. Más no debería utilizarse el mismo como escudo para eludir la pena prevista en el Código Penal, pues podría ello significar el abandono que se hace de muchos ciudadanos que se encuentran expuestos a un grave riesgo de ser afectados en sus bienes jurídicos fundamentales, pues muchas veces pueden comprender la ilicitud de su conducta. Además, el propio Art. 149 de la Constitución es claro y contundente en señalar que, esas funciones jurisdiccionales reconocidas a los pueblos originarios se dan “(...) *de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona...*”, por lo que debe prevalecer nuestro ordenamiento jurídico cuando esos delitos afectan esos derechos fundamentales de la persona.

1.7.2. Variable 1: Empirismos normativos

1.7.2.1. Concepto:

Cuando hablamos de empirismos normativos, es pertinente primero enfocarnos al primer término “Empirismos”, el cual se conceptúa—no necesariamente desde el plano metodológico de Caballero Romero—, como la ambigüedad en la relación teoría-praxis. En ese sentido, el empirismo se presenta cuando la teoría que da sustento epistemológico al conocimiento no se materializa gnoseológicamente (punto de vista de la realidad) con la realidad porque se produce esa ruptura generada por la propia inadaptación de la teoría lo que genera en una suerte de aplicación basada en la relación experiencial con criterios muy independientes y nacidos de diversas fuentes, que van desde la costumbre (en

⁴ CASO PENAL : N ° 5964-25-2008

el caso del derecho) hasta opiniones de diversa etiología, muchas veces sustentadas solo en prejuicios o desvaloraciones de la realidad (Hurtado de Barrera, 2010). Así, por ejemplo, en el tema que nos ocupa, pese a que existen principios y derechos fundamentales que, jerárquicamente constituyen parámetros rectores por emanar de la propia Constitución, como el caso del derecho a la igualdad y a la no discriminación, en la práctica, las comunidades originarias sufren del segregacionismo impuesto por una legislación y un trato emanado de sus propios compatriotas que dista muy lejos de esos paradigmas. Los propios operadores jurídicos poseen un doble criterio al abordar el problema legal de las comunidades nativas y campesinas, cuyos miembros son vistos como ciudadanos de segunda clase (Rodríguez Moguel, 2005)

Desde el plano epistemológico (estudio del conocimiento), conviene abordar el tema de los empirismos a partir del neopositivismo del que emana esta categoría y que se denomina también empirismo lógico, o positivismo lógico. La denominación que más responde a su contenido es el segundo como veremos. Es el positivismo contemporáneo al siglo xx. Emerge el concepto de un movimiento intelectual complejo porque está formado por autores de formación diversa, físicos, ingenieros, matemáticos, lógicos, incluso economistas y juristas y filósofos. Y comprende varias círculos, escuelas o grupos, como el de Viena, el de Berlín, el de Polonia (Escuela de Lvov), el círculo de Varsovia, Upsala, Oslo, Chicago, etc. Y así ocurre que frente a un mismo problema dan diversas soluciones los diferentes autores. Pero la selección de algún rasgo común permite agruparlos pues todos participan de un mismo espíritu cientificista (Martínez Miguelez, 2010). Por otro lado, una serie de circunstancias ha contribuido a determinar la peculiaridad de este positivismo. Son tres las circunstancias fundamentales: primera el desarrollo de la nueva física culminada en la teoría de la relatividad de Einstein; después el progreso de la lógica simbólica y su enlace con la lógica matemática; finalmente la irrupción de la filosofía analítica del lenguaje en general, de larga tradición inglesa, concretamente al ámbito científico.

El neopositivismo trata de fundamentar la ciencia, en particular la física desde la perspectiva del lenguaje científico. Baza la ciencia –moderna– en dos pilares fundamentales, la lógica simbólica de naturaleza formal y la experiencia factual, posible y comprobable. Estos dos elementos básicos de la ciencia justifican el nombre de empirismo lógico. La lógica simbólica, permite formar sistemas diversos por elección (convención) de axiomas de partida y la determinación de las reglas de operar (calcular); nada contienen del

mundo real, pero se puede aplicar al mismo. Y la lógica se encuentra también en la misma realidad del lenguaje. Surge entonces la visión de la sintaxis lógica, que si se vulnera da lugar a incoherencias ininteligibles que no dicen absolutamente nada, por ejemplo, la secuencia de palabras: dos mismo con lugar sastre. Pero a la lógica sintáctica del lenguaje es preciso unir una semántica que proporcione sentido a la frase, a causa de que sus significados tengan posibles referencias reales que se puedan verificar, y de lo contrario se forman unas proposiciones sin sentido alguno, p. ej. Este árbol es un ángel. Esta proposición, aunque correcta en sintaxis lógica, es absurda, no tiene sentido, porque es inverificable, o ya en otra versión, no es refutable. Hay, pues, sinsentidos sintácticos y semánticos, pero los últimos son de difícil solución, los primeros se muestran a la vista. El problema de la verificación fue uno de los problemas más difíciles de resolver y se ensayaron varias soluciones, porque al final resulta que ni las primeras proposiciones –las protocolarias– sobre hechos elementales son verificables. Así, por ejemplo, la proposición “Todos somos iguales ante la Ley”, resulta semántica correcta, pero sintácticamente compleja en la medida que es inaplicable en la realidad en todo el contexto de su expresión.

Pues bien, el neopositivismo, o empirismo lógico reclama un lenguaje exacto y bien construido, y por supuesto con sentido. La Ciencia fundamentalmente emplea dos clases de proposiciones, unas que son lógicas, formales, sin contenido que permiten derivar proposiciones tautológicas, y otras que son empíricas sobre observaciones y experiencias de realidades. Y estas son las proposiciones que necesitan tener sentido. Y el sentido de una proposición empírica se encuentra en la posibilidad de su verificación en la realidad. Basta la verificabilidad, es decir, es suficiente indicar el método para verificarla. Toda proposición inverificable carece de sentido, es más, es un sinsentido.

Desde estos presupuestos, de acuerdo Rodríguez Moguel, (2005, p. 67), el positivismo lógico saca consecuencias importantes, las cuales son las siguientes:

1.7.2.6.1. Carecen de sentido las proposiciones de juicios sintéticos a priori, considerados válidos antes e independientemente de la experiencia.

1.7.2.6.2. Carecen de sentido las proposiciones metafísicas, sean juicios de pretendidos conocimientos de esencias, fines etc., o sobre pretendidas entidades, tales como Dios, libertad, etc. en tanto son y por ser inverificables.

1.7.2.6.3. En particular carecen de sentido proposiciones de juicios de valores objetivos, necesarios y absolutos. A partir de estos presupuestos, podríamos preguntarnos ¿Carecen realmente de sentido, las normas declarativas de la Constitución?

1.7.2.6.4. Carecen también de sentido las normas fundadas en estos valores inexistentes.

1.7.2.6.5. La ciencia es única y uniforme. No es admisible la división entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, o entre ciencias naturales y ciencias culturales.

1.7.2.6.6. Se puede sacar una última consecuencia importante para la moral y el derecho:

Los valores y las normas morales y jurídicas, o son hechos (lo que de hecho estima la gente que es un valor moral o jurídico) y sus normas son también hechos creados por el hombre, o entran en el rango de la metafísica y de los sinsentidos. Así la idea de un derecho natural ideal es irracional, un sinsentido. Todo esto queda descalificado y rechazado rotundamente, como algo acientífico, irracional, sinsentido.

El positivismo lógico es una *doctrina científicista* que excluye y niega existencia a todo aquello que no se puede estudiar científicamente, esto es, todo lo que, aunque tenga razonamiento lógico esté desprovisto y no se funde en una cobertura de la observación y experiencia empíricas (Kaufmann, 2009). Desde otra perspectiva, acorde con los caracteres que Kolakowski asigna al positivismo en general, este autor comprueba que a pesar de disputas y discrepancias el empirismo lógico tiende a:

«Primero, un racionalismo concebido como oposición al irracionalismo, es decir, la convicción de que solo los enunciados cuyo contenido puede ser controlado mediante medios accesibles a todos, tienen derecho a reclamarse de la ciencia o poseen un valor cognoscitivo».

«Segundo, un nominalismo que, en general, es aplicado a la epistemología, y en particular a la teoría del significado, a la teoría de los objetos de las matemáticas, así como a las consideraciones axiológicas».

«Tercero, una orientación anti-metafísica nacida de la opinión según la cual los juicios llamados metafísicos no se someten a las condiciones de control experimental... no se prestan a convertirse en objeto de los procedimientos de refutación eventual».

«Cuarto, el cientismo, es decir, la fe en la unidad metodológica fundamental de la ciencia, y la convicción de que las distancias que continúan produciéndose en los modos de acceso al saber en las distintas ciencias –ante todo entre las ciencias del hombre y las ciencias de la naturaleza– resultan únicamente de la inmadurez de las ciencias del hombre que, con el tiempo, se acercarán inevitablemente al modelo de las ciencias de la naturaleza» (Hurtado de Barrera, 2010). No vamos a entrar aquí en una crítica a fondo ni pormenorizada de muchos extremos discutibles del neopositivismo. Pero si sobre su postura, la de tachar de sinsentido todo cuanto no tiene la racionalidad empírica, la propia de la ciencia. Es una postura dogmática y además entraña una petición de principio. Aquí viene bien una cita de un autor nada sospechoso de tener espíritu metafísico.

El negar a priori todo «sentido» a todos los enunciados que no son verificables en términos fisicalistas es una petición de principio; ella consiste en eludir la controversia propiamente dicha; pues de lo que se trata es precisamente de saber si pueden existir o no existen seres *o acontecimientos* no designables en aquellos términos. Cuando el positivista lógico declara que esta cuestión es un simple sinsentido, porque incluye o se refiere a enunciados inverificables, no prueba absolutamente nada, sino que enuncia él mismo una afirmación metafísica –aunque sea negativa– sin prueba alguna. (Brecht, 2007)

Por mi parte podemos objetar, al menos desde el campo de las Ciencias Sociales y mucho más específicamente, del Derecho, que parece evidente que todas las palabras, también las que emplea la filosofía pueden tener significado y sentido, aunque se refieran a seres irreales, es decir, tanto si se refieren a realidades sensibles como a entidades suprasensibles, pues también la aritmética y la geometría tienen por objeto seres irreales, por tanto, de existencia inverificable. O, es que el número uno, o la circunferencia, ¿y todo el contenido de la aritmética y de la geometría carecen de sentido porque en sí mismos no se refieren a nada (real) perceptible por los sentidos? ¿O es perceptible por los sentidos el contenido de estos saberes? Su contenido se puede representar sensiblemente, pero en sí mismo no es sensible. Son solo ideas mensurables e inconmensurables que

admiten definición racional y hasta prueba racional, pero no verificación empírica. Ahora bien, la metafísica hace preguntas sobre las cuestiones que más inquietan y preocupan al hombre. No es razonable desprenderse de ellas, despreciándolas, sin entrar a discutir las. Tienen mucho sentido y racionalidad, aunque un sentido y una razón de ser diferentes de los de la ciencia. Realmente entre otras cosas, tiene sentido preguntar por el ser, la vida, la muerte, el obrar, la justicia, el mal, la misión y destino del hombre en el mundo, etc. Y centrados en que el hombre es un ser práctico que no puede dejar de actuar, tiene sentido preguntar si su actuar está en todo ya determinado, o si en algo es libre, y cuando lo es en su caso. Y puesto que el hombre es un ser racional y no actúa porque sí, sin razones, al menos en muchos de sus actos, es razonable preguntar por qué motivos actúa si actúa libremente, y qué fines pretende o para qué fines actúa.

Y puesto que hay fines que, de acuerdo con criterios determinados, se pueden calificar de objetivamente buenos y malos, tiene sentido preguntar si existen deberes acerca de ellos; y qué son deberes si es que existen, y qué son normas, y qué relación tienen con los valores, con los fines, etc. Y puesto que el hombre es un ser social hay que preguntar si hay alguna sociedad necesaria para el mismo, y cuál o cuáles sean estas, etc. Y puesto que en la sociedad política existen poderes diversos hay que despejar si y cuáles son solo posibles o necesarios y para qué sirven en su caso, etc. etc.

Estas y otras cuestiones prácticas no pueden resolverse ni empleando el método inductivo que parte de la experiencia de casos concretos ya existentes, ni del esquema relacional de causalidad entre fenómenos, que excluye la finalidad, y es el que es propio de las ciencias que tratan de realidades naturales. Y por supuesto, no son cognoscibles científicamente. Pues lo que un hombre puede hacer (u obrar), todavía no es –no está hecho–; y tal vez nunca sea, pero puede ser realidad. No se trata de averiguar solo lo que ya es real, sino también lo que puede serlo, y tal vez deba serlo, o al contrario deba no serlo. Pero acerca de lo que no es real, la ciencia no puede estudiarlo como algo ya existente, aunque puede prever acontecimientos del futuro si cree en principios indemostrables, de los que sin embargo se fía. Y tampoco puede averiguar lo que debe, o no debe ser, y debe o no debe hacer el hombre *por* ser bueno o malo objetivamente, o para estar de acuerdo con tales o cuales valores necesarios. Claro está que aquí nos hemos situado expresamente en un campo inaccesible a la ciencia, pero no a la inteligencia y a la razón humana. (Wallerstein, 2006).

En resumen, por las referencias hechas, hemos de admitir que hay una *moral metafísica* (constituida por una serie de entidades supraempíricas), y una *metafísica moral* (saber no científico de las mismas) que escapan a la ciencia, y que un neopositivista consecuente no pueden entrar a considerar porque, según su modo de ver, constituyen un cúmulo de sinsentidos. Pero agreguemos que, no solo hay una metafísica de la moral, asimismo hay una metafísica de la política, y una metafísica de la sociedad, y una metafísica del derecho. Todo ello es objeto de una filosofía del derecho que no se reduzca a ser ciencia particular o general del derecho positivo creado por el hombre. Y es que lo creado realmente por el hombre, lo real, primero hay que crearlo: ¿y el hombre creador del derecho puede crear como tal lo que quiera con tal que llegue a ser real? ¿No hay límites, posibilidades e imposibilidades, necesidades en la creación del derecho? ¿El derecho como obra humana carece de finalidad, o esta puede ser perjudicial al propio hombre o a la sociedad? Y la ciencia, también la del derecho, es solo un saber especial que usa métodos especiales y tiene su objeto limitado a lo real, pero sin duda no agota todos los saberes posibles y necesarios, porque no todos los saberes posibles y necesarios se refieren a lo real. Solo un cienticismo excluye estos posibles saberes. (Rodríguez Moguel, 2005).

El positivismo lógico semántico entiende por sentido la verificación empírica de significados en la realidad, y por racionalidad, solo la científica, es decir, la razón y la lógica puestas al servicio y sometidas a la experiencia de los sentidos. Pero la razón en algunas cuestiones necesita liberarse de la experiencia y funcionar autónomamente, pues tiene campos propios y exclusivos a los que ella puede acceder, pero no la ciencia, ni la razón en su función científica. La sensibilidad, es decir, todos los sentidos externos tienen un campo propio de conocimiento en el que realizan aprehensiones sensibles exclusivas de ellos. No tendría sentido, entendido este como razón específica de ser, que la razón que es la facultad cognitiva superior del hombre siempre tuviera que estar subordinada a la sensibilidad que es facultad cognitiva inferior del mismo. Y que ella –y junto a ella la inteligencia y la comprensión, etc., es decir, el conjunto de facultades cognitivas espirituales–, no tuviera una misión propia independiente –conocer verdades, toda verdad– y un campo propio autónomo de actividad, que es buscarla dondequiera que se hallen aquellas, si es preciso cruzando la barrera de la realidad y de los sentidos, donde estos ya no tienen nada que captar pero si la inteligencia, y aunque sea para volver después a la realidad,

ya sea para justificar, o, para impugnar, o para modificar realidades, o para reclamar la existencia de una determinada realidad, a construir por el hombre.

Esta actitud como señala Álvarez Gardiol, (2009, p. 146), que comienza a desenvolverse como una teoría de la ciencia, movida por una severa exigencia de rigor y de precisión en la indagación científica, que intenta satisfacer a través del análisis del procedimiento científico y del lenguaje -similar precisamente al modo en que funcionan los instrumentos científicos de la investigación-, recibe el nombre alternativo de neopositivismo, o empirismo lógico, o positivismo lógico. La preocupación esencial de esta actitud neopositivista no pasa tanto por la intención de fundamentar una científicidad jurídica edificada sobre la verdad, sino que apunta más bien hacia el tema de la validez, en donde la búsqueda no se dirige tanto a la verdad de la sustancia cuanto al rigor del método.

1.7.3. Variable 2: Incumplimientos Normativos

Las leyes son promulgadas para que se cumplan, al menos, ese es el criterio más firme que existe respecto a la dación de las normas. En consecuencia, desde su promulgación, las leyes deben, gracias a su carácter coercitivo, cumplirse y obedecerse.

1.7.3.1. La eficacia como aplicación de las normas jurídicas

Las dificultades de medir la eficacia como cumplimiento inclinan a Peter Ingram a situar la medida de la eficacia de las normas jurídicas en su aplicación: *«Determinar que un sistema jurídico está siendo aplicado presenta seguramente muchas menos dificultades si se compara con las de evaluar la presencia de la obediencia como algo distinto a la conformidad (por coincidencia) de la conducta habitual»* (Ingram, 1983, p. 495).¹ Que la aplicación es otro aspecto o dimensión de la eficacia de las normas jurídicas es un tópico generalmente admitido. Por aplicación suele entenderse, a estos efectos, el hecho de que un órgano de adjudicación tome una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de la norma por su destinatario y, si ello no es posible, le imponga la sanción prevista para el caso de incumplimiento.

Naturalmente, puede decirse —y se dice habitualmente—, que un arrendador le aplicó una modificación legal a su arrendatario y le incrementó la renta, o que un empresario aplicó la norma *N* de un reglamento y rebajó las retenciones fiscales a sus

empleados, etc.; no es raro, pues, utilizar el término «aplicación» también para designar el proceso mental por el cual de forma consciente se toma una decisión en virtud de lo dispuesto por una norma jurídica, aunque este uso ordinario suele restringirse a que esa operación consciente tenga cierta dificultad técnica; no se dice, por ejemplo, que alguien se abstuvo de aparcar porque «aplicó» la señal de prohibición. En este sentido vulgar, aplicar y cumplir vendría a ser lo mismo y si se utiliza el término «aplicar», precisamente en ciertas ocasiones de más complejidad, probablemente se debe a una extensión analógica de lo que hacen con las normas los órganos de adjudicación.

Los órganos de adjudicación de las normas jurídicas (en adelante, por simplicidad, hablaré de «los jueces» entendiéndolos incluidos los juzgados y tribunales judiciales y cualquier otra autoridad con funciones de adjudicación, tales como órganos administrativos sancionadores, tribunales administrativos, etc.) son, por definición, órganos encargados de aplicar las normas jurídicas, bien 1) resolviendo conflictos intersubjetivos mediante la aplicación de las normas del sistema jurídico bien 2) decidiendo la imposición de las medidas ejecutivas y/o las sanciones previstas para el caso de incumplimiento.

Si aceptamos la expresión de acuerdo con la cual el súbdito obedece o desobedece la ley, entonces habrá que decir que el órgano «aplica» o no «aplica» el derecho... En la medida en que por derecho entendemos la norma jurídica genuina, o norma primaria, aquél resulta eficaz si es aplicado por el órgano, es decir, si éste ejecuta la sanción. Y el órgano tiene que aplicar el derecho precisamente cuando el súbdito «desobedece» ... (Kelsen, 2009, p. 72).

Ello, no obstante, Kelsen admite que la eficacia es, también, la «conformidad de la conducta con la norma» (ibidem, p. 46) por lo que parece claro que hay para él dos sentidos o dos dimensiones de la eficacia, la eficacia como conformidad y la eficacia como aplicación. Kelsen considera, además, que un mínimo de eficacia es condición de validez de las normas (Kelsen, 2009, p. 24) y esta eficacia mínima -cuyo mínimo nunca se cuantifica- puede ser tanto la eficacia como obediencia como, en su defecto, la eficacia como aplicación (ibidem y Kelsen, 2009, pp. 63-64, donde, contestando a Julius Stone, aclara que se trata de la «eficacia en el sentido de que las normas jurídicas establecidas deben ser obedecidas en términos generales, y, si no obedecidas, aplicadas»). Raz, por su parte, subraya que la dimensión de eficacia como aplicación es, en realidad, la que define la

existencia de las normas jurídicas y no la obediencia o desobediencia de sus destinatarios: «...el hecho de que sean desatendidas por la población es irrelevante para su existencia... Puesto que pertenecen a un sistema caracterizado por la aplicación organizada de las leyes por órganos especialmente establecidos, incluso las leyes ampliamente desatendidas o incumplidas son leyes en la medida en que sean reconocidas por estos órganos» (Raz, 2000, pp. 201- 202).

La aplicación de las normas jurídicas parece tener, por tanto, un carácter definitivo para evaluar su eficacia o ineficacia. Esta idea se encuentra muy extendida y podría expresarse así:

- 1) Una norma jurídica es eficaz si es general y mayoritariamente cumplida, o
- 2) Una norma jurídica es eficaz si, cuando no es cumplida, es general y mayoritariamente aplicada.

Una norma jurídica, de acuerdo con esta habitual tesis, sería eficaz en la dimensión 1) si fuera general y mayoritariamente cumplida aun cuando, en los casos en que fuera incumplida, no fuera general y mayoritariamente aplicada. Una norma jurídica sería eficaz en la dimensión 2) si, aun siendo general y mayoritariamente incumplida, fuese general y mayoritariamente aplicada.

1.7.3.2. Distinciones conceptuales previas

En su sentido más claro y familiar, «aplicación del Derecho» parece significar que los jueces toman decisiones singulares sobre lo que los particulares tienen que hacer o no hacer en cada caso, o sobre las medidas o sanciones que les son aplicables en el caso, de acuerdo con la norma jurídica en la que el caso es subsumible, esto es: constatando que el caso en cuestión no es más que un supuesto singular y concreto del caso general que una norma N regula. Los juristas entienden habitualmente que *«la aplicación del derecho, así concebida, suele ser considerada como una subsunción... la función sería una de constatación o de homologación: se trata de determinar si la hipótesis de la ley se realiza en el supuesto de hecho»* (Díez Picazo, 2003, p. 209). En este sentido, los jueces no cumplen las normas que aplican, sino que las «hacen cumplir»; cabe decir que aquellas normas que el juez aplica las acepta o reconoce como normas aplicables, pero no que las cumple u

obedece. Lo que los jueces cumplen cuando aplican las normas es la norma que les obliga a aplicar las normas del sistema. Hay también multitud de normas de carácter procesal que se dirigen al juez (sobre trámites, procedimientos, práctica de las pruebas, plazos, etc.) que el juez puede cumplir o incumplir, pero éstas no son propiamente las normas que el juez aplica.

José J. Moreso y Pablo E. Navarro han distinguido, a estos efectos, entre aplicabilidad interna y aplicabilidad externa; la aplicabilidad interna es una función del concepto de ámbito de validez de las normas, mientras que la aplicabilidad externa es una función del deber institucional de ciertas autoridades. La aplicabilidad interna se refiere, exclusivamente, a que un supuesto individual *c* sea «una instancia de un caso genérico *C*» definido por la norma; la norma *N* es aplicable internamente a *c* si y sólo si *c* está comprendido en *C* (Moreso y Navarro, 2006, pp. 17 y 23). En términos más tradicionales se diría simplemente que la norma *N* es aplicable a *c* si y sólo si *c* es subsumible en *C*. La aplicabilidad externa se refiere al hecho institucional de que exista en un sistema normativo una norma *N2* que obligue a aplicar la norma *N* a los casos comprendidos en *C*.⁵ Las condiciones para que el juez esté obligado a aplicar una norma a un caso son, en efecto, que la norma sea internamente aplicable (es decir, que el caso sea subsumible en la norma) y que la norma sea externamente aplicable (es decir, que haya una norma en el sistema jurídico que prescriba aplicar esa norma a los casos incluidos en ella).

Este sentido, tan claro y familiar, oculta sin embargo dos aspectos de la aplicación que son relevantes si la aplicación ha de entenderse como una dimensión de la eficacia de las normas jurídicas (que tiene, además, carácter definitivo). El primero estriba en que las normas no cumplidas no son automáticamente objeto de una decisión judicial (ni siquiera en el sentido amplio en que hablo de «jueces»). Los jueces no operan como árbitros sobre el terreno de juego de modo tal que sólo su error o falta de atención les pueda inducir a no declarar nula una jugada incorrecta o a dejar sin sanción una infracción sancionable. Los jueces actúan normalmente sólo a instancia de alguien, sea un particular, el Ministerio Público o cualquier otra autoridad, de modo que entre el incumplimiento y la aplicación hay una solución de continuidad que sólo se salva por la intervención de alguien que insta al juez a aplicar la norma jurídica incumplida o supuestamente incumplida. Quiere ello decir que, si esta intervención no se produce, la norma incumplida no tiene opción de ser aplicada o inaplicada por los jueces, lo que nos sitúa ante un nuevo supuesto de ineficacia que no sería la ineficacia por incumplimiento e inaplicación, sino la ineficacia por incumplimiento y

ausencia de una condición necesaria de la aplicación. Hay alguna excepción puntual a este aspecto general del problema: existen hoy sectores de actividad en los que el sistema jurídico establece una vigilancia como la del árbitro del encuentro, como por ejemplo el control mediante agentes en las zonas de aparcamiento regulado por parquímetros o por «zona azul», o como el control de las rentas del trabajo asalariado mediante las retenciones en la fuente y su tratamiento informatizado. Estas excepciones, que generalizan la posibilidad de instar la aplicación, aun cuando sea previsible que puedan incrementarse por innovaciones tecnológicas (es el caso de la discutible vigilancia de zonas públicas mediante cámaras de vídeo), no cuestionan hoy por hoy el carácter rogado que tiene, en general, el subsistema de aplicación de las normas jurídicas y la falta de continuidad entre el incumplimiento y la aplicación.

El segundo aspecto estriba en que la decisión judicial aplicando una norma consiste en emitir una norma singular (o, si se prefiere, una orden) para que el destinatario realice una acción o se abstenga de ella o para que otros operadores jurídicos oficiales (agentes judiciales, policía, registradores, autoridades administrativas, etc.) lleven a cabo ciertas acciones ejecutivas; todo ello significa que la decisión judicial que aplica una norma puede, ella misma, ser eficaz o ineficaz según sus destinatarios la cumplan o dejen de cumplir.

Tiene gran interés, en este aspecto, la distinción previa que plantea Oscar Correas entre efectividad «formal» y efectividad «material» en la aplicación del Derecho. Entiende Correas que si «*un funcionario A, en virtud de una norma y, estuviera obligado a producir la norma x que debe ordenar la conducta z*» y efectivamente el funcionario produce la norma x ordenando la conducta z, pero la conducta z no se produce de hecho, entonces «*diremos ... que la norma y es efectiva sólo formalmente porque no se produce la conducta z que era la conducta buscada por la misma*» (Correas, 2004, p. 214); en tal supuesto la norma y es eficaz porque produce la norma x pero no es eficaz porque no produce la conducta z. «*Diremos que hay efectividad material, por el contrario, en los casos en que la conducta buscada se produce*» (ibidem, p. 215). En efecto, un nivel del problema de la eficacia como aplicación es si los jueces aplican las normas que regulan el caso y otro, muy distinto, es si las decisiones judiciales que aplican la norma que regula el caso se cumplen o ejecutan, es decir: si son, ellas mismas, eficaces.

El último aspecto citado se parece mucho al de la eficacia como cumplimiento con dos diferencias. La primera es que se trata ahora del cumplimiento de normas singulares (mayoritariamente singulares y concretas); ello significa que para cada decisión judicial de este tipo la eficacia sería de ocasión única y, por tanto, que la norma singular y concreta sólo sería susceptible de ser absolutamente eficaz o absolutamente no-efficaz; tal tipo de norma o decisión normativa, a su vez, puede cumplirse por los obligados por distintos motivos como el miedo a la ejecución, el respeto a la autoridad del juez, etc. La segunda es que la decisión judicial firme tiene un doble componente pues incluye, junto a la decisión, la amenaza de ejecución pero, en este nivel, la amenaza se traduce en que el juez «debe» dictar una serie de decisiones singulares encaminadas a la ejecución en el caso de que el obligado no cumpla la decisión judicial, decisiones que se dirigen –como acabamos de señalar- a diversos operadores jurídicos como los agentes judiciales, la policía, u otros órganos autorizados (administración pública, registros públicos, etc.). Todo ello significa que la eficacia de la decisión judicial no depende sólo del cumplimiento/incumplimiento por parte del destinatario directo, sino del cumplimiento/incumplimiento por parte del juez mismo y del cumplimiento/incumplimiento por parte de los operadores ejecutivos obligados a satisfacer las decisiones ejecutivas del juez. Que en un sistema jurídico normal las decisiones judiciales son generalmente cumplidas o ejecutadas es un rasgo casi-definicional, pues un sistema jurídico en el que las decisiones judiciales fueran generalmente incumplidas carecería del rasgo de eficacia general que se supone garantiza su existencia como tal sistema jurídico. Nuevamente, sin embargo, arrastramos todas las incertidumbres que ya vimos respecto al cumplimiento de las normas por los ciudadanos: cuál sea el umbral de ineficacia que nos permitiría negar la existencia de un sistema jurídico por falta de cumplimiento de las decisiones judiciales es una cuestión sin solución aparente. Cabe imaginar, desde luego, un sistema jurídico (o, más plausiblemente, un sector de él) con un alto grado de eficacia-cumplimiento de sus normas por los ciudadanos y un escaso nivel de eficacia-cumplimiento de las decisiones judiciales y cabe imaginar un sistema jurídico (o, más plausiblemente, un sector de él) con un bajo nivel de eficacia-cumplimiento en el primer sentido y un alto nivel en el segundo. Cuestión distinta es la lentitud en el cumplimiento o ejecución de las decisiones judiciales, rasgo endémico en la mayor parte de los sistemas jurídicos contemporáneos, al que tanto la sociología del Derecho como la opinión pública vienen prestando una atención principal y que suele ser motivo de una situación de permanente reforma en la organización judicial y en las normas procesales.

Todo esto complica notablemente la idea de la eficacia como *cumplimiento o subsidiaria aplicación* pues introduce dos nuevas dimensiones de la eficacia dando lugar a un cuadro más complejo que podría representarse así:

Tabla 1: Dimensiones de la eficacia-ineficacia de las Normas

<i>Eficacia</i>	<i>Ineficacia</i>
Por cumplimiento	Por incumplimiento
Por demanda de aplicación	Por ausencia de demanda de aplicación
Por aplicación	Por inaplicación
Por cumplimiento de la aplicación	Por incumplimiento de la aplicación

Fuente: (Correas, 2004)

1.7.3.3. Supuestos de Inaplicación

Cabe pensar en tres supuestos de inaplicación que sí se alzarían como objeciones a la conclusión. Serían el supuesto de inaplicación por desconocimiento, el supuesto de inaplicación por interpretación errónea y el supuesto de inaplicación por violación.

El supuesto de inaplicación por desconocimiento es poco plausible. Su implausibilidad no deriva de una creencia mágica en el principio «*iura novit curia*» sino de la estructura judicial y su funcionamiento. La posibilidad de discutir si una norma es o no es la norma aplicable al caso supone, generalmente, que alguien invoca la norma ante el órgano administrativo o judicial llamado a decidir sobre el caso; la discusión puede prolongarse en instancias superiores, pero finalmente habrá una o varias decisiones que se habrán pronunciado sobre si el caso es subsumible en la norma o, por el contrario, queda fuera de su alcance o constituye una excepción. Sólo si hipotéticamente nos encontráramos con una norma que ni los particulares ni las autoridades ni los jueces conocen, pero que es una norma válida del sistema, podríamos en efecto concluir que estamos ante un supuesto de ineficacia absoluta por incumplimiento y por inaplicación.

El supuesto de inaplicación por interpretación errónea sería el de una situación en que la norma *N* regula claramente el caso genérico *C*, hay una serie de casos singulares *c* que son claramente subsumibles en *C*, pero los tribunales supremos consideran generalmente que los casos *c* no son subsumibles en *C* (no están dentro de su alcance).

El tercer supuesto es el de inaplicación por violación. En este caso nos encontraríamos ante jueces que, sin negar que un caso esté dentro del alcance de una norma o afirmar que constituya una excepción a su aplicación, dejan de aplicar la norma. Este supuesto se parece al primero (el de desconocimiento) en que es, aparentemente, muy poco plausible, aunque resulte posible.

1.7.4. Marco Jurídico de los Derechos de los pueblos Indígenas

Marco Jurídico Internacional

Tabla 2: marco Jurídico Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas

Año	Convenio	Descripción
1957	Convenio 107 de la OIT	Este convenio define a los pueblos indígenas como grupos humanos claramente diferenciados y enfatiza el hecho de otorgarles mejores condiciones de vida.
1989	Convenio 169 de la OIT	Sucesor del Convenio anterior, 107. Representa un instrumento jurídico internacional actualizado, mucho más amplio y profundo que su predecesor y más exhaustivo el cual establece con más precisión los derechos de los pueblos indígenas.
1992	El Programa 21 y la Declaración de Río (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el	Estos instrumentos establecen y sistematizan los derechos de los pueblos indígenas incardinándolos dentro del contexto del Derecho Ambiental internacional.
1993	Convenio sobre la Diversidad Biológica [Artículos 8(j) y 10(c)] (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo)	Este Convenio, resalta la importancia de la relación de los pueblos indígenas con la diversidad biológica y el cuidado del medio ambiente a partir de la identificación y reconocimiento del aporte de estos pueblos a los fines descritos.
1994	Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación	En los Artículos 16 (g) y 17 (c), la Convención exige las protecciones de los conocimientos, técnicas y prácticas tradicionales indígenas.

1993	Declaración y Programa de Acción de Viena – Conferencia Mundial de Derechos Humanos	Esta Conferencia supuso un avance histórico en el fomento y la protección de los derechos de grupos frecuentemente marginados, incluyendo pueblos indígenas, mujeres y niños. Mediante la Declaración de Viena, la Conferencia reafirmó “la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un
2002	Declaración de Atitlán	La Declaración hace hincapié en la importancia que tienen para los pueblos indígenas los derechos a la tierra, los recursos naturales y la libre determinación para la plena realización de la seguridad alimentaria y la
2007	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	Tras 20 años de negociación, la Declaración estableció una norma esencial para eliminar las violaciones de derechos humanos cometidas contra los pueblos indígenas en todo el mundo, para combatir la discriminación y la marginación, y para defender la protección de medios de subsistencia indígenas..
2009	Declaración de Anchorage	En el Artículo 9 de la Declaración, se insta a los organismos de las Naciones Unidas a atender a los impactos del cambio climático en sus estrategias y planes de acción, en particular los impactos a los pueblos indígenas.

Fuente: FAO (2017)

Marco Jurídico Nacional

- El Art. 89 de la Constitución Política del Perú
- Ley 29785 del Derecho a la Consulta Previa, 2015.
- Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva.
- Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas
- Ley 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

- DECRETO-LEY 22175 Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, 1978.
- Ley 24656. Ley General de Comunidades Campesinas.
- Ley 24657, Ley de Deslinde y Titulación de Territorios Comunales. Ley 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas,
- Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Ley 28736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento Voluntario o Contacto Inicial,
- Ley 26821. Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales
- Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 29763 .
- Ley 26834. Ley de Áreas Naturales Protegidas.
- Ley 29338, Ley de recursos Hídricos.
- Ley 28611, Ley General del Ambiente.
- Decreto Supremo N.º 003-79-AA,
- Decreto Supremo 011-97-AG
- Decreto Supremo 008-2007 –MIMDES.
- Decreto Supremo 038-2001-AG Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. Decreto Supremo No 008-2010-MINAM del 14 de julio de 2010.
- Resolución de Intendencia 019-2005, Régimen especial para la Administración de las Reservas Comunales.
- Plan de Inversión Forestal (FIP)
- Plan Director de las Áreas Naturales Protegidas

II. MARCO METODOLÓGICO

2.1. Tipo y diseño de la investigación

Se trata de una investigación cualitativa, pues se van a realizar mediciones de naturaleza subjetiva que pueden ser útiles para tomar mejores decisiones. Los medios de recogida de datos estuvieron estructurados, y entre ellas se encuentran las entrevistas individuales y cuestionarios, y entre sus características, siempre preguntas objetivas y muy claras.

En este caso, las herramientas estadísticas fueron aplicadas estrictamente de manera que desprendan resultados en la población de interés.

Asimismo, de acuerdo con el problema planteado que involucra la necesidad de establecer los criterios que determinen la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1348, se incorpora al tipo de investigación descriptiva.

El diseño de esta investigación posee un carácter “no experimental”, pues, lo que se busca es la observación de los hechos dentro de su contexto natural, sin que se introduzcan de forma intencional, cambios en las variables.

2.2. Población y muestra

A) Población

La población es el conjunto de todos los individuos que se desean investigar, en la presente investigación, la población estuvo constituida por los operadores del Derecho representada por magistrados, secretarios judiciales, abogados del distrito judicial de Lambayeque, Fiscales del Distrito Fiscal de Chiclayo y por la comunidad jurídica representada por docentes universitarios en el área de Derecho, investigadores y juristas.

B) Muestra

Se tomó como muestra a 9 magistrados, 21 abogados, 9 fiscales; y 5 docentes especializados en la Cátedra de Derecho que representan a la comunidad jurídica, cumpliendo así con los criterios de inclusión.

2.3. Variables

Variable independiente

Los incumplimientos y empirismos normativos

Variable dependiente

Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017.

2.3.1. Operacionalización de Variables

Variable Independiente	Dimensiones	Indicadores
Incumplimientos y Empirismos Normativos	Causas de Incumplimientos	<ul style="list-style-type: none"> • Por desconocimiento de la Ley • Por inaplicación • Por resistencia al contenido de la Ley • Por antinomias jurídicas y errores de interpretación con otras normas del ordenamiento jurídico • Por presión externa (medios, opinión pública, grupos en conflicto)
	Causas de Empirismos Normativos	<ul style="list-style-type: none"> • Conflictos constitucionales • Escepticismo con la eficacia de la norma
Variable Dependiente	Dimensiones	Indicadores
Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017.	Afectación de los derechos territoriales de los pueblos originarios	<ul style="list-style-type: none"> • Dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas
	Afectación de las jurisdicciones ejercidas en las comunidades y pueblos nativos	<ul style="list-style-type: none"> • Imposición de la jurisdicción estatal de Administración de Justicia • Medidas represivas contra las autoridades de las comunidades campesinas y

nativas por el ejercicio de su labor y su representatividad.

Afectación del derecho a la consulta previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos

- Resistencia al marco normativo de la Ley de la Consulta Previa

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos de recolección de datos

Las técnicas de recolección de datos estuvieron directamente relacionadas con el tipo de información requerido por las variables. Así, por ejemplo, se utilizó el análisis de textos, así como entrevistas y encuestas.

Los Instrumentos específicos para utilizar en la investigación, fueron:

- a) Análisis de documentos jurídicos (jurisprudencia) mediante el uso de fichas de control.
- b) Encuestas, que fueron aplicadas a los magistrados y fiscales
- c) Entrevistas que fueron aplicadas a juristas especialistas en la materia

2.5. Métodos de procesamiento de la información

Se tabuló la información a partir de la información recogida. Para ello se utilizó el paquete Estadística “SPSS, - (Statistical Package for Social Sciences), para procesar los resultados y obtener el modelo de correlación de Pearson y nivel de confianza.

2.6. Criterios éticos

En el desarrollo de la investigación se consideraron los principios éticos esenciales que deben ofrecer todo investigador con respecto a la objetividad, imparcialidad, fehaciencia, originalidad y transparencia con respecto al objeto de estudio, sus fuentes, el tratamiento estadístico y el respeto de los derechos de autor.

2.7. Criterios de rigor científico

Los criterios de rigor científico están relacionados al uso apropiado de las fuentes de información, de la exactitud de los datos que se han de procesar, de la validación de los instrumentos de investigación y de la adecuada publicidad de los resultados obtenidos a fin de verificar la validez o no de la hipótesis planteada.

3. RESULTADOS

3.1. Resultados con respecto a la Variable Independiente: Incumplimientos y empirismos normativos

De acuerdo con uno de los objetivos de investigación era necesario diagnosticar el nivel de incumplimientos y empirismos normativos que se da entre los operadores jurídicos del Distrito Judicial de Lambayeque. Los resultados fueron obtenidos de la aplicación del cuestionario (ver Anexo 1) al personal seleccionado en la muestra para recolectar dicha información.

Esta encuesta estuvo estructurada de acuerdo a la Escala de Likert, con cinco niveles de respuesta que van de forma gradiente de más a menos con un punto intermedio, neutro o de indecisión.

3.1.1. Con respecto al desconocimiento de las leyes que regulan el derecho de las Comunidades campesinas y nativas por parte de los operadores jurídicos

Tabla 3: Con respecto al desconocimiento de las leyes que regulan el derecho de las Comunidades campesinas y nativas por parte de los operadores jurídicos.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Existe mucho desconocimiento	3	23,1	25,0	25,0
	Indeciso	2	15,4	16,7	41,7
	Relativamente se conoce	7	53,8	58,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	

Perdidos	Sistema	1	7,7
Total		13	100,0

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

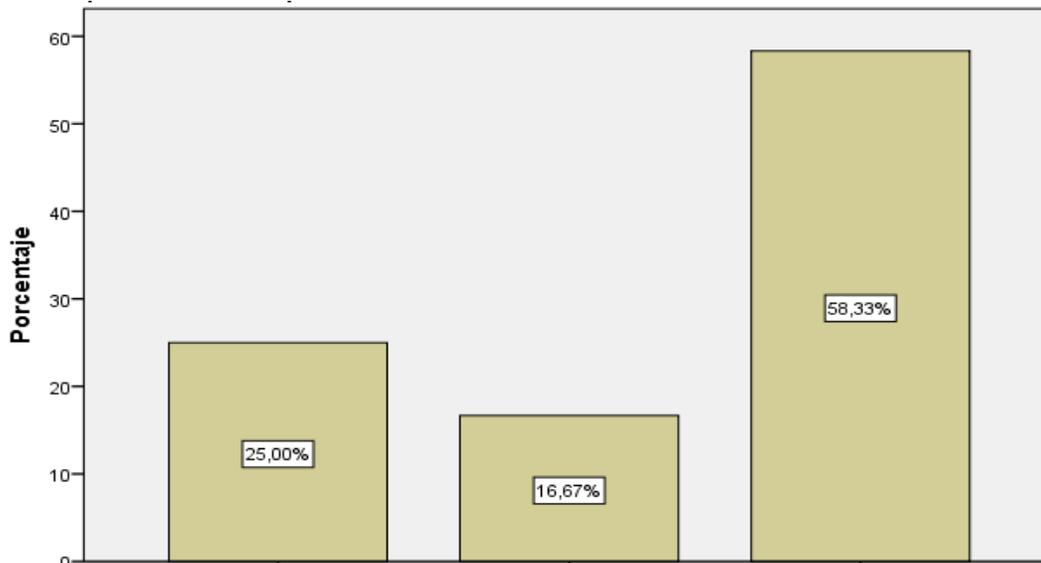


Figura 1: Con respecto al desconocimiento de las leyes que regulan el derecho de las Comunidades campesinas y nativas por parte de los operadores jurídicos

Fuente: Tabla N° 02

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En la categoría “existe mucho desconocimiento”, ubicamos el 25% de los operadores jurídicos, lo que representa, a decir de los encuestados, un serio problema en la medida que, quienes están a cargo de impartir justicia no poseen, a priori, una formación adecuada con respecto a la normativa que regula el derecho de las comunidades campesinas y nativas.

En la categoría “indecisos”, encontramos al 16.67% quienes reflejan un nivel de posición neutral respecto a dicho tema.

En la categoría “Relativamente se conoce”, ubicamos a un 58.33% que constituyen el porcentaje más alto y que refleja, de alguna forma, un determinado manejo de información respecto a los límites de los territorios de las comunidades campesinas y nativas por parte de los operadores jurídicos. Si bien es cierto, no es requisito indispensable el conocer las leyes que regulan el derecho de las comunidades campesinas y nativas por parte de los operadores jurídicos, se entiende que los operadores jurídicos deben tener una

aproximación gnoseológica sobre dicha materia, pues en ello está implícita su cultura al respecto y, por ende, su disposición y capacidad para entender las problemáticas que pueden derivarse de ello. Esta postura también refleja, que la mayoría de los operadores jurídicos conocen de manera genérica respecto a esta problemática lo que evidencia la carencia de una formación más especializada que les permita comprender la dimensión de los derechos que pueden ser afectados.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 3.53 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “Relativamente se conoce”, respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Incumplimientos y empirismos normativos”.

La desviación estándar con un valor de 0.888 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayormente a esa distancia, tanto a la derecha como a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.2. Respecto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú por inaplicación de las leyes.

Tabla 4: Respecto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú por inaplicación de las leyes

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Muy afectados	3	23,1	25,0	25,0
	Afectados	4	30,8	33,3	58,3
	Moderadamente afectados	4	30,8	33,3	91,7
	Para nada afectados	1	7,7	8,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

Fecha: Diciembre del 2017

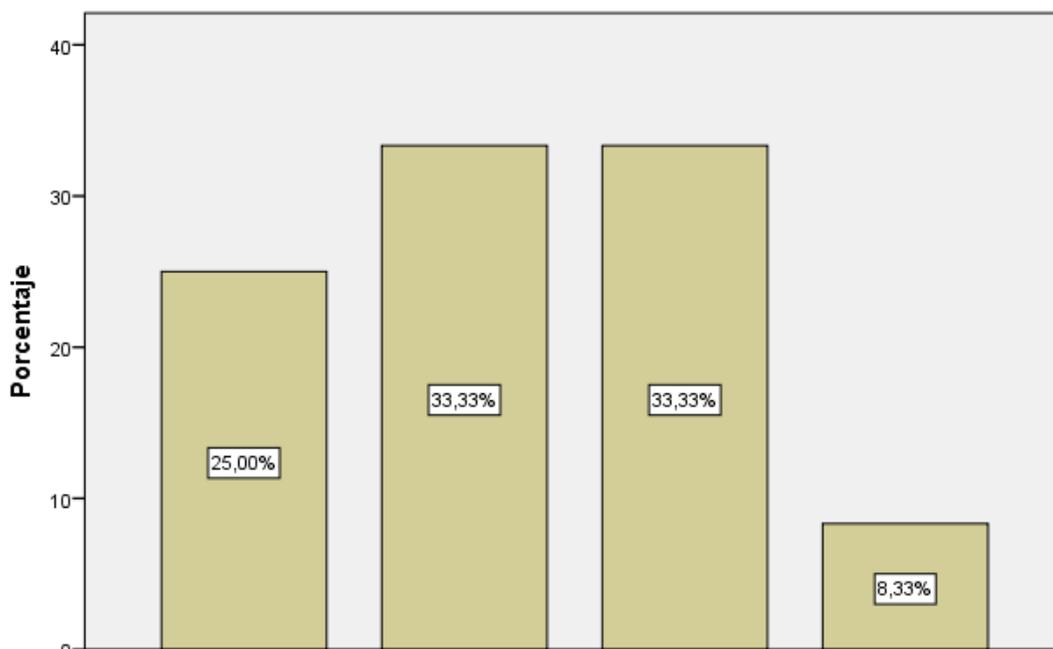


Figura 2: Respecto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú por inaplicación de las leyes

Fuente: Tabla N° 3

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “Muy afectados” y “Afectados”, ubicamos el 25% y el 33% de las respuestas de los operadores jurídicos, lo que refleja un claro y determinante conocimiento de que gran parte de la problemática respecto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú se debe a la inaplicación de las leyes que regulan los diversos aspectos de dichos derechos.

Esta inaplicación se explica en la medida que, tratándose de sectores sociales que han vivido siempre en el ostracismo y la marginación, se encuentran en una condición de extrema vulnerabilidad frente a la arbitrariedad y el abuso. Como señala Chuecas (2012), “el actual modelo institucional que regula las relaciones de la sociedad nacional, el Estado y los pueblos indígenas y comunidades han tenido una definición e incorporación en la vida pública de la Nación a través de un largo proceso de luchas y contradicciones, avances y retrocesos”. Al respecto, el “Informe sobre la situación de los pueblos indígenas del mundo” ONU (2016) precisa que “la injusticia perpetua, la desposesión de sus tierras, territorios y recursos, la opresión y la discriminación, así como la falta de control de sus propios modos de vida, se explica porque los Estados coloniales y modernos, en la búsqueda del crecimiento

económico, les han denegado ampliamente su derecho al desarrollo”. En la categoría “Moderadamente afectados”, encontramos al 33.33% quienes relativizan la importancia de las consecuencias generadas por esas inaplicaciones; no obstante, consideran un determinado grado de significancia para esta situación.

En la categoría “para nada afectados”, ubicamos a tan solo un 8.33% que constituyen el porcentaje más bajo y menos preocupante, pues, se evidencia que, en mayor o menor grado, para los operadores jurídicos encuestados existe clara conciencia de la gravedad de la inaplicación de las leyes respecto a los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 2.25 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “Afectados”, respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Incumplimientos y empirismos normativos”. La desviación estándar con un valor de 0.965 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayormente a esa distancia, más a la derecha y mucho menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.3. Respecto La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por resistencia al contenido de la Ley.

Tabla 5: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por resistencia al contenido de la Ley

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Casi siempre verdad	4	30,8	33,3	33,3
	Usualmente verdad	1	7,7	8,3	41,7
	Indeciso	3	23,1	25,0	66,7
	Ocasionalmente verdad	2	15,4	16,7	83,3
	Casi nunca verdad	2	15,4	16,7	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

Fecha: Diciembre del 2017

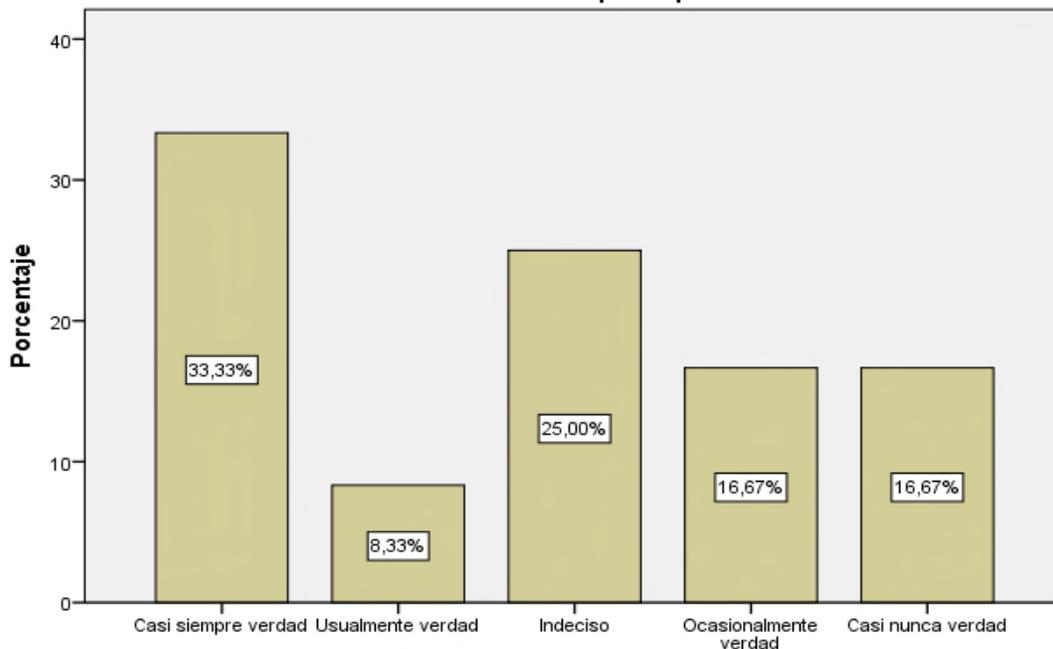


Figura 3: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por resistencia al contenido de la Ley
Fuente: Tabla N° 04

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “Casi siempre verdad” y “Usualmente verdad”, ubicamos el 33.33% y el 8.33% de las respuestas de los operadores jurídicos, lo que refleja una relativa adjudicación de la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por resistencia al contenido de la Ley.

En las categorías “Ocasionalmente verdad” y “Casi nunca verdad” encontramos dos grupos muy homogéneos en sus respuestas con un 16.67% cada uno respectivamente, lo que denota que, de acuerdo a estos grupos, las razones de la referida afectación por resistencia a la Ley son relativo.

Al respecto, la resistencia a la Ley puede darse, tanto por los sectores que afectan los derechos e intereses de los pueblos originarios como por estos mismos cuando consideran que es la norma estatal la que afecta directamente sus intereses como el caso, por ejemplo, de la “Ley de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios”, Ley N° 29785 la cual generó resistencias, tanto por algunos sectores de la élite peruana como por las propias

organizaciones originarias “por no ajustarse plenamente al extenso alcance de los nuevos paradigmas jurídicos” (Valer, 2013).

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 2.75 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “Importante”, respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Incumplimientos y empirismos normativos”.

La desviación estándar con un valor de 1.545 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayoritariamente a esa distancia, más a la derecha y mucho menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.4. Respeto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por antinomias jurídicas y errores de interpretación con otras normas del ordenamiento jurídico

Tabla 6: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por antinomias jurídicas y errores de interpretación con otras normas del ordenamiento jurídico

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Muy de acuerdo	3	23,1	25,0	25,0
	De acuerdo	6	46,2	50,0	75,0
	Indeciso	2	15,4	16,7	91,7
	En desacuerdo	1	7,7	8,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

Fecha: Diciembre del 2017

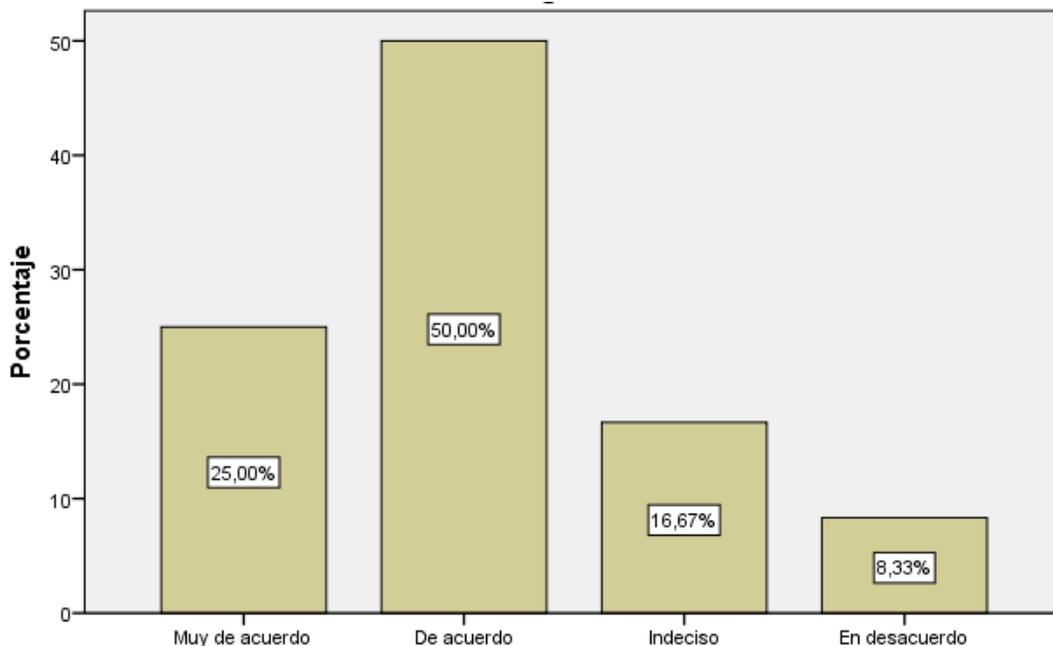


Figura 4: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por antinomias jurídicas y errores de interpretación con otras normas del ordenamiento jurídico
Fuente: Tabla N° 05

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “Muy de acuerdo” y “De acuerdo”, ubicamos el 25% y el 50% de las respuestas válidas de los operadores jurídicos encuestados respectivamente, lo que refleja un claro y determinante conocimiento de que gran parte de la problemática respecto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú se debe a cuestiones de técnica normativa en cuanto a la solución de antinomias o erróneas interpretaciones que pueden presentarse con respecto al marco legal que regula estos aspectos.

En la categoría “Indeciso” encontramos un 16.67%, lo cual denota una cierta tendencia ya evidenciada en las anteriores respuestas y sólo un 8.33% expresa su desacuerdo con la afirmación realizada en la encuesta.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 2.08 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “De acuerdo”, respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Incumplimientos y empirismos normativos”.

La desviación estándar con un valor de 0.900 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayoritariamente a esa distancia, más a la derecha y mucho menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.5. La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por presión externa (Estado, empresas, medios, opinión pública, grupos en conflicto).

Tabla 7: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por presión externa (Estado, empresas, medios, opinión pública, grupos en conflicto)

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Casi siempre verdad	1	7,7	8,3	8,3
	Usualmente verdad	6	46,2	50,0	58,3
	Indeciso	4	30,8	33,3	91,7
	Casi nunca verdad	1	7,7	8,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

Fecha: Diciembre del 2017

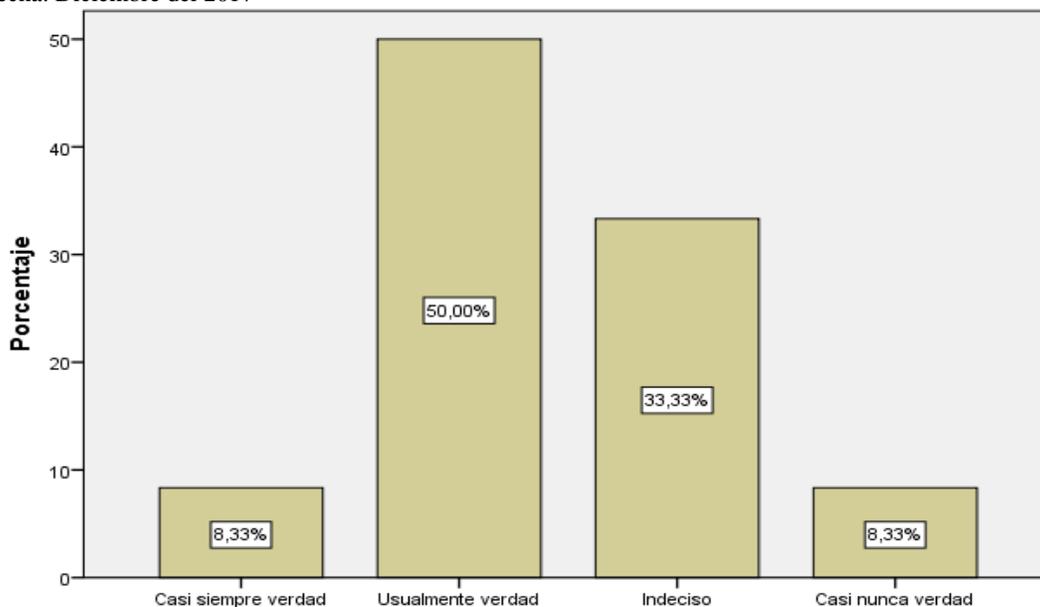


Figura 5: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por presión externa (medios, opinión pública, grupos en conflicto)

Fuente: Tabla 6

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “Casi siempre verdad” y “Usualmente verdad”, ubicamos el 8.33% y el 50% de las respuestas válidas de los operadores jurídicos encuestados respectivamente, lo que refleja una mayoritaria aceptación respecto a la problemática de que la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por presión externa (Estado, empresas, medios, opinión pública, grupos en conflicto). Al respecto, Postero & Zamosc (2005) señalan que en la actualidad esas presiones han adquirido una dimensión extremadamente preocupante por los intereses puestos en juego. Así, por ejemplo, en lo relacionado a la explotación de recursos naturales en zonas o territorios pertenecientes a las comunidades indígenas o campesinas, las grandes empresas desarrollan una diversidad de estrategias orientadas a justificar sus actividades en base al descrédito de las referidas organizaciones a lo que se suma el Estado mediante su poder coactivo y represor a lo que se suma un gran despliegue publicitario por parte de los medios que obedecen a los intereses de esos grupos de poder; todo ello orientado a un solo propósito: socavar la legitimidad de quienes detentan la titularidad jurídica frente a quienes usurpar territorios y afectar derechos de pueblos cuya existencia depende de esos mismos bienes.

En la categoría “Indeciso” encontramos un 33.33%, lo cual acentúa la tendencia ya evidenciada en las anteriores respuestas y que denota a un sector de operadores jurídicos que prefiere mantener una postura neutral ante esta problemática y sólo un 8.33% expresa su desacuerdo con la afirmación realizada en la encuesta.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 2.50 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “De acuerdo”, respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Incumplimientos y empirismos normativos”.

La desviación estándar con un valor de 1.00 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayoritariamente a esa distancia, más a la derecha y mucho menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.6. La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por Conflictos Constitucionales.

Tabla 8: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por Conflictos Constitucionales.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Siempre	1	7,7	8,3	8,3
	Casi siempre	1	7,7	8,3	16,7
	A veces	6	46,2	50,0	66,7
	Nunca	4	30,8	33,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

Fecha: Diciembre del 2017

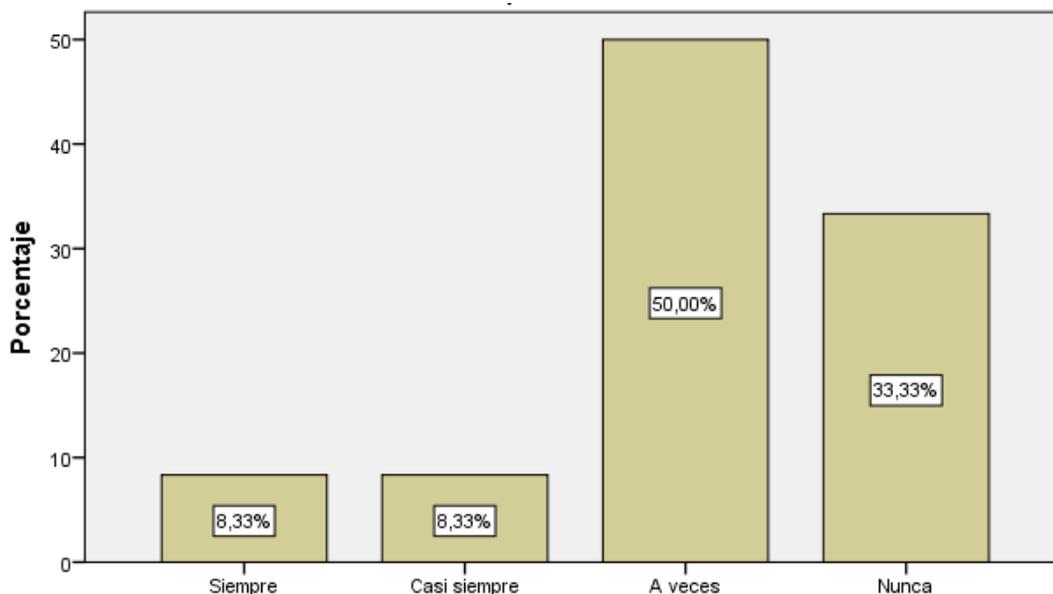


Figura 6: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por Conflictos Constitucionales

Fuente: Tabla 06

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “Siempre” y “Casi siempre”, ubicamos un 8.33% y un 8.33% de las respuestas válidas de los operadores jurídicos encuestados respectivamente, lo que refleja una minoritaria aceptación respecto al planteamiento de que, la afectación de los derechos de los pueblos originarios no se centraría necesariamente en conflictos de carácter constitucional.

En ese sentido, la Carta Magna crea condiciones para que exista una determinada fluidez entre derecho consuetudinario y derecho positivo, pues no se dan conflictos explícitos entre las normas que regulan estos aspectos. Tampoco puede hablarse de una cuestión de derechos humanos, pues en ese sentido, el tema de fondo “es la mentalidad jurídica conservadora y monista, el racismo, la incapacidad de que el poder sea compartido por todos, y también la capacidad legal para producir derecho” (Glegor Barié, 2003: 507).

Siguiendo la descripción de la categoría “Indeciso” encontramos un 50%, lo cual demuestra que, al respecto, quizás no existe un conocimiento más profundo sobre esta materia.

Un 50% expresa “A veces” su desacuerdo con la afirmación realizada en la encuesta y un 33.33% expresa su total rechazo, lo que sumados dan un mayoritario 83.33% que reflejan la postura inequívoca de contrariedad con la referida afirmación.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 3.42 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “A veces” respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Incumplimientos y empirismos normativos”.

La desviación estándar con un valor de 1.311 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayoritariamente a esa distancia, más a la derecha y mucho menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.7. La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por escepticismos con la eficacia de la Norma.

Tabla 9: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por escepticismos con la eficacia de la Norma

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Siempre	6	46,2	50,0	50,0
	Casi siempre	5	38,5	41,7	91,7
	Nunca	1	7,7	8,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

Fecha: Diciembre del 2017

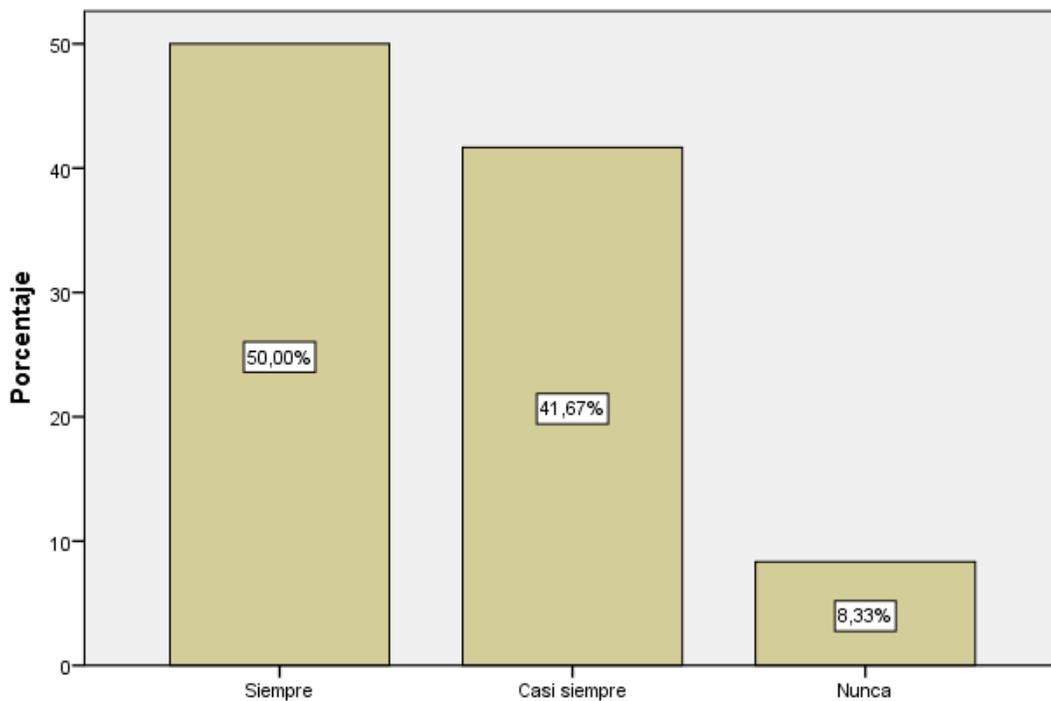


Figura 7: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales se da por escepticismos con la eficacia de la Norma

Fuente: Tabla N° 08

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “Siempre” y “Casi siempre”, ubicamos un 50% y un 41.67% de las respuestas válidas de los operadores jurídicos encuestados respectivamente, lo que refleja una mayoritaria aceptación respecto a la existencia de escepticismos con la eficacia de la Norma

Un 8.33% expresa que nunca, lo que evidencia que existe un reducido grupo de operadores jurídicos de las áreas críticas encuestadas que no tienen un conocimiento efectivo de los efectos generados por la inaplicación de las normas en nuestro país.

Al respecto, Chuecas (2012) señala que el escepticismo respecto a la legitimidad de los derechos de los pueblos indígenas se da por un rechazo de los sectores más occidentalizados de los países en donde se da esta clase de conflictos, principalmente motivados por el sentido de superioridad racial y cultural que se mantiene muy vivo hoy en día. Ello trae como consecuencia que, pese a existir el marco jurídico de protección de los derechos de este sector social, en la práctica tales leyes no se cumplen o se cumplen a medias lo que, a su vez, origina igualmente escepticismo en los pueblos y comunidades nativas que consideran que todo es fruto de un engaño por parte del Estado.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 1.75 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “De acuerdo” respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Incumplimientos y empirismos normativos”.

La desviación estándar con un valor de 1.138 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayoritariamente a esa distancia, más a la derecha y mucho menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.8. Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas

Tabla 10: Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Siempre	3	23,1	25,0	25,0
	Casi siempre	5	38,5	41,7	66,7
	A veces	3	23,1	25,0	91,7
	Nunca	1	7,7	8,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

Fecha: Diciembre del 2017

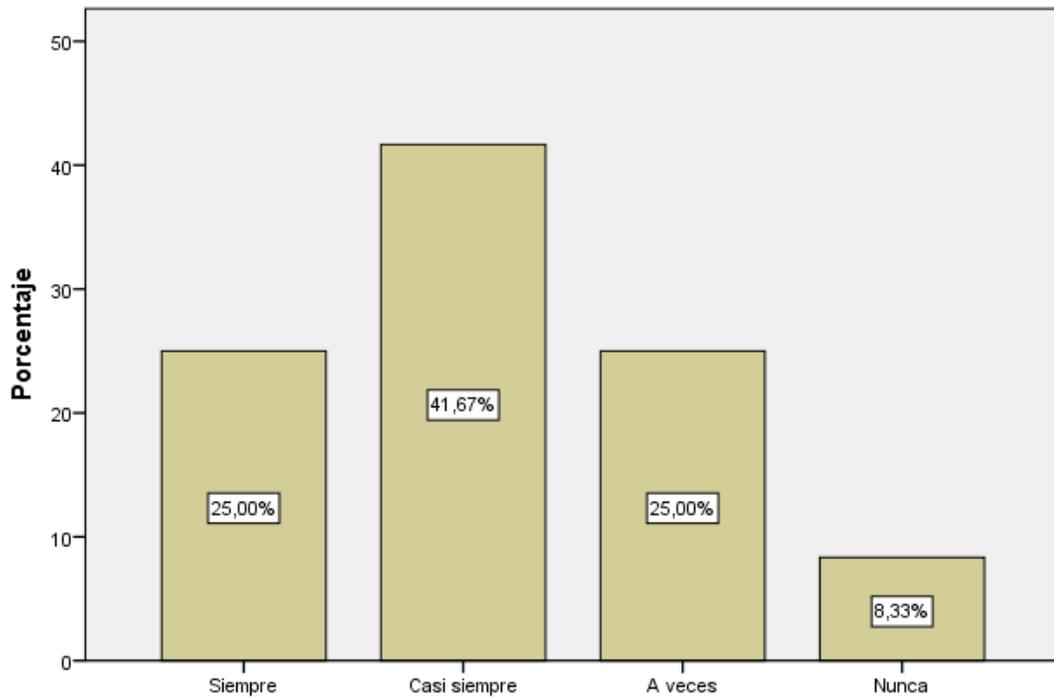


Figura 8: Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas

Fuente: Tabla 09

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “Siempre” y “Casi siempre”, ubicamos un 25% y un 41.67% de las respuestas válidas de los operadores jurídicos encuestados respectivamente, lo que refleja una mayoritaria aceptación respecto a la afirmación de acuerdo a la cual, la afectación de los derechos de los pueblos originarios tiene como una de sus principales causas por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas. Un 25% expresa “A veces” su desacuerdo con la afirmación realizada en la encuesta y un 8.33% expresa su total rechazo a la afirmación expresada.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 2.25 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “De acuerdo” respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

La desviación estándar con un valor de 1.138 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayoritariamente a esa distancia, más a la derecha y mucho menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.9. Respecto Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas

Tabla 11: Respecto Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Siempre	3	23,1	25,0	25,0
	Casi siempre	2	15,4	16,7	41,7
	A veces	6	46,2	50,0	91,7
	Raras veces	1	7,7	8,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

Fecha: Diciembre del 2017

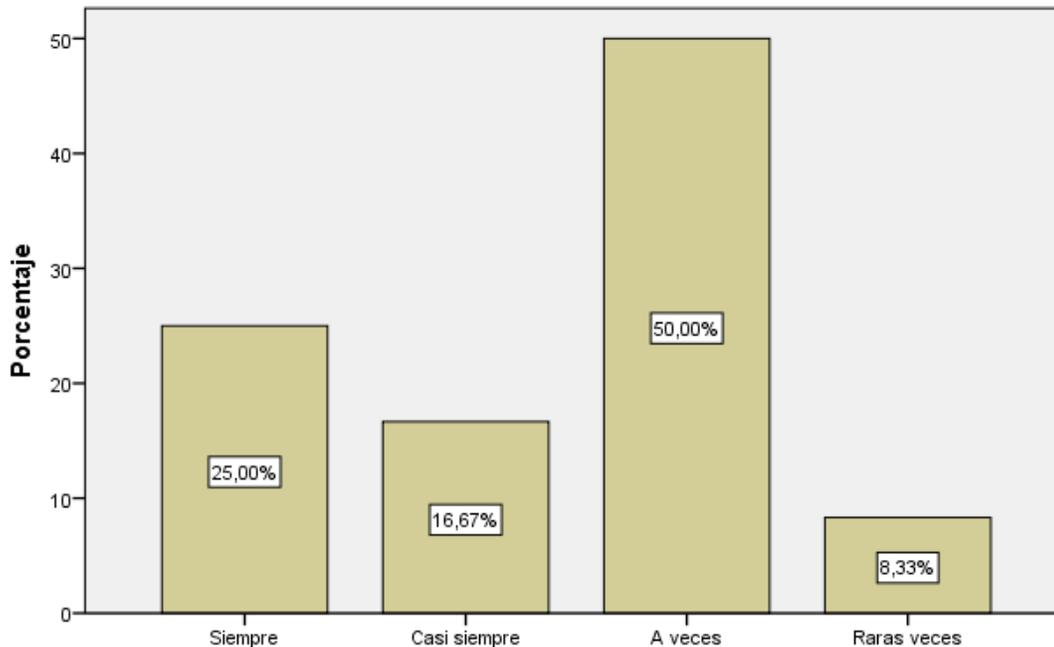


Figura 9: Respecto Afectación de los derechos de los pueblos originarios por dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas

Fuente: Tabla 10

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “Siempre” y “Casi siempre”, ubicamos un 25% y un 16.67% de las respuestas válidas de los operadores jurídicos encuestados respectivamente, lo que refleja una aceptación relativa a que la causal de la afectación de los derechos de los pueblos originarios se centre exclusivamente en el tema relacionado a la dación de licencias y autorización de explotación de recursos en áreas pertenecientes a las comunidades campesinas y nativas. Un 50% expresa “A veces” lo que se ajusta más a la realidad práctica, pues si bien se dan conflictos relacionados a la materia de irrespeto y usurpación de territorios de los pueblos originarios, ello no es un factor recurrente. Por último, un 8.33% expresa su total rechazo a la afirmación expresada.

Esta situación estaría reflejando la poca disposición de los operadores jurídicos a involucrarse de manera más activa y decidida en los asuntos de su organización, lo que de por si es preocupante pues estaría poniendo sobre el tapete un serio problema de desarrollo organizacional en la institución municipal.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 2.42 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “De acuerdo” respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

La desviación estándar con un valor de 0.996 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayoritariamente a esa distancia, más al centro y mucho menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.10. Respecto a los efectos negativos que genera la imposición de la jurisdicción estatal de Administración de Justicia

Tabla 12: Respecto a los efectos negativos que genera la imposición de la jurisdicción estatal de Administración de Justicia

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Siempre	4	30,8	33,3	33,3
	Casi siempre	5	38,5	41,7	75,0
	A veces	3	23,1	25,0	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

Fecha: Diciembre del 2017

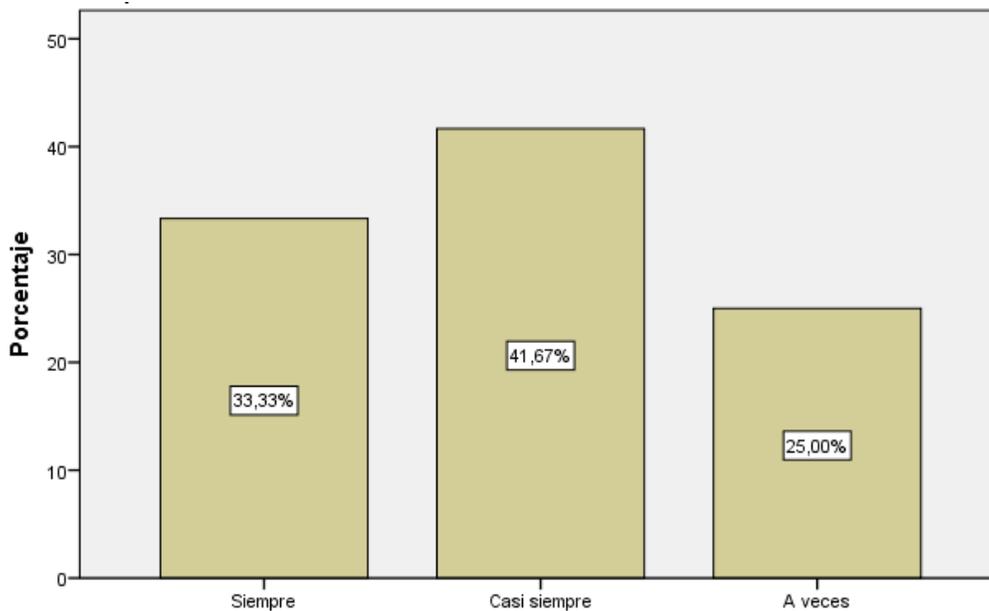


Figura 10: Respecto a los efectos negativos que genera la imposición de la jurisdicción estatal de Administración de Justicia

Fuente: Tabla 11

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “Siempre” y “Casi siempre”, ubicamos un 33.33% y un 41.67% de las respuestas válidas de los operadores jurídicos encuestados respectivamente, lo que refleja una mayoritaria aceptación respecto a los efectos negativos que genera la imposición de la jurisdicción estatal de Administración de Justicia. Un 25% expresa “A veces” su desacuerdo con la afirmación realizada en la encuesta no teniendo respuestas adversativas en los otros ítems.

Esta situación estaría reflejando el consenso de los operadores jurídicos con respecto a la importancia que posee el verticalismo jurisdiccional, el cual, si bien es cierto reconoce la coexistencia de formas jurídicas consuetudinarias, al parecer este aspecto queda soslayado en la práctica, pues siempre terminan imponiéndose los criterios axiológicos y jurídico culturales del Sistema Jurídico positivista imperante por parte del Estado peruano.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 1.92 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “Casi siempre” respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

La desviación estándar con un valor de 0.793 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayoritariamente a esa distancia, más a la derecha y menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.11. Afectación de los derechos de los pueblos originarios por medidas represivas contra las autoridades de las comunidades campesinas y nativas por el ejercicio de su labor y su representatividad

Tabla 13: Afectación de los derechos de los pueblos originarios por medidas represivas contra las autoridades de las comunidades campesinas y nativas por el ejercicio de su labor y su representatividad

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Casi siempre	4	30,8	33,3	33,3
	A veces	5	38,5	41,7	75,0
	Raras veces	2	15,4	16,7	91,7
	Nunca	1	7,7	8,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.
 Fecha: Diciembre del 2017

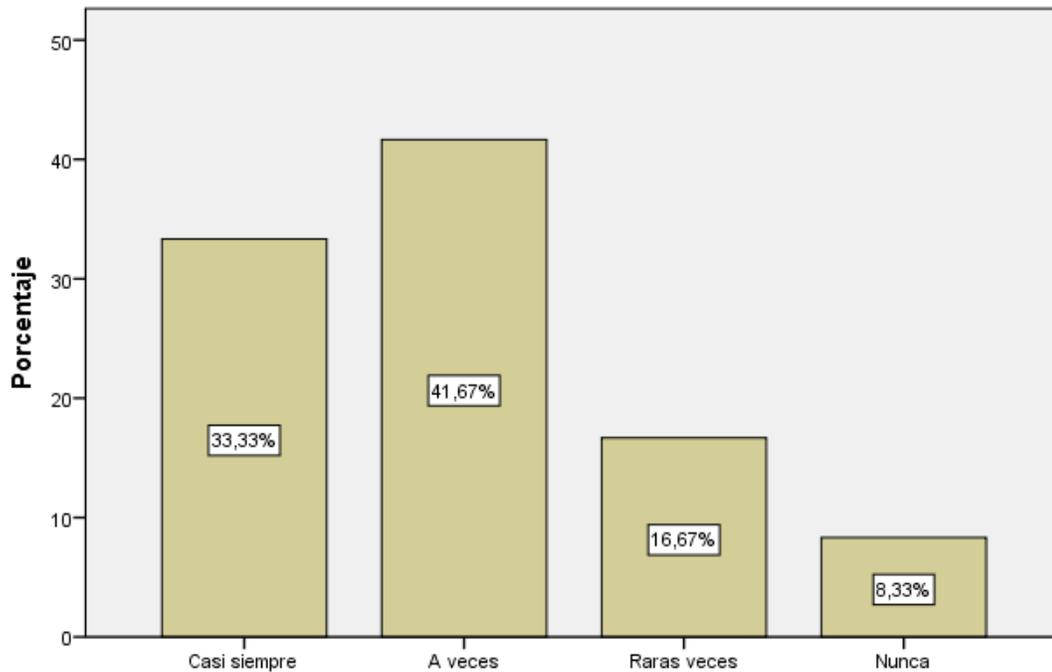


Figura 11: Afectación de los derechos de los pueblos originarios Medidas represivas contra las autoridades de las comunidades campesinas y nativas por el ejercicio de su labor y su representatividad

Fuente: Tabla 11

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “Siempre” y “A veces”, ubicamos un 33.33% y un 41.67% de las respuestas válidas de los operadores jurídicos encuestados respectivamente, lo que refleja una mayoritaria aceptación respecto a la afectación de los derechos de los pueblos originarios por medidas represivas contra las autoridades de las comunidades campesinas y nativas por el ejercicio de su labor y su representatividad. Un 16.67% expresa “Raras veces” su desacuerdo con la afirmación realizada en la encuesta y, por último, sólo un 8.33% parece estar en contra de la referida afirmación.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 3,00 (Ver Tabla Anexo 3), ubicándose en la categoría “A veces” respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

La desviación estándar con un valor de 0.953 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayoritariamente a esa distancia, más a la derecha y menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.1.12. La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017 se debe a la resistencia al marco normativo de la Ley de la Consulta Previa.

Tabla 14: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017 se debe a la resistencia al marco normativo de la Ley de la Consulta Previa.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	De acuerdo	6	46,2	50,0	50,0
	Indeciso	6	46,2	50,0	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
Total		13	100,0		

Fuente: Resultados de cuestionario sobre “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

Fecha: Diciembre del 2017

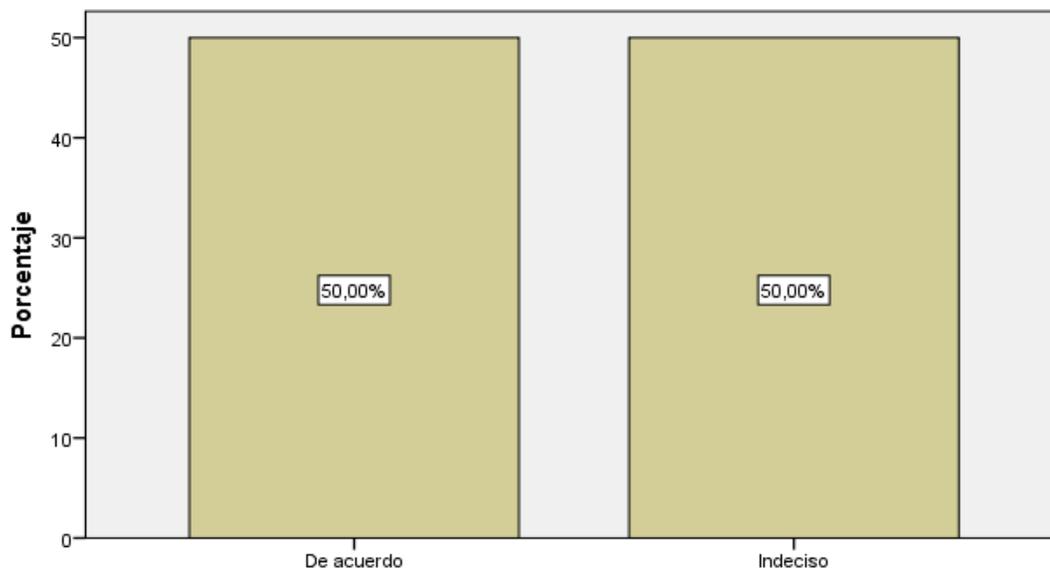


Figura 12: La afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017 se debe a la resistencia al marco normativo de la Ley de la Consulta Previa

Fuente: Tabla 20

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

En las categorías “De acuerdo” e “Indeciso”, ubicamos un 50% y un 50% para cada categoría, no teniendo porcentaje alguno ninguna de los demás restantes. Esto refleja el consenso respecto a la aceptación, en mayor o menor grado, de que existe la afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales por resistencia al marco normativo de la Ley de la Consulta Previa.

El calificativo promedio obtenido por los operadores jurídicos luego de la aplicación del cuestionario es de 2.52 (Ver Tabla N° anexo 3), ubicándose en la categoría “Indeciso” respecto al desarrollo de las dimensiones de la variable “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”.

La desviación estándar con un valor de 0.522 (Ver Tabla N° anexo 3), indica que los puntajes obtenidos por el grupo se distribuyen mayoritariamente a esa distancia, más a la derecha y menos a la izquierda, con respecto al promedio, determinando su zona de normalidad.

3.2. DEBATE DE LOS RESULTADOS

3.2.1. Variable Independiente: Incumplimientos y Empirismos Normativos

Tabla 15: Sumatoria variable: Incumplimientos y Empirismos Normativos

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	26,00	1	7,7	8,3	8,3
	27,00	2	15,4	16,7	25,0
	28,00	1	7,7	8,3	33,3
	29,00	1	7,7	8,3	41,7
	30,00	2	15,4	16,7	58,3
	31,00	1	7,7	8,3	66,7
	32,00	1	7,7	8,3	75,0
	33,00	1	7,7	8,3	83,3
	34,00	1	7,7	8,3	91,7
	35,00	1	7,7	8,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdido	Sistemas	1	7,7		
	Total	13	100,0		

Fuente: Elaboración propia

Interpretación: Se tiene de acuerdo con los resultados de la sumatoria de la Variable Incumplimientos y Empirismos Normativos, los valores en alta son los más significativos con un porcentaje de 16.7% lo que denota una clara tendencia en las respuestas del personal encuestado respecto a las

cinco dimensiones examinadas hacia una mala Incumplimientos y Empirismos Normativos.

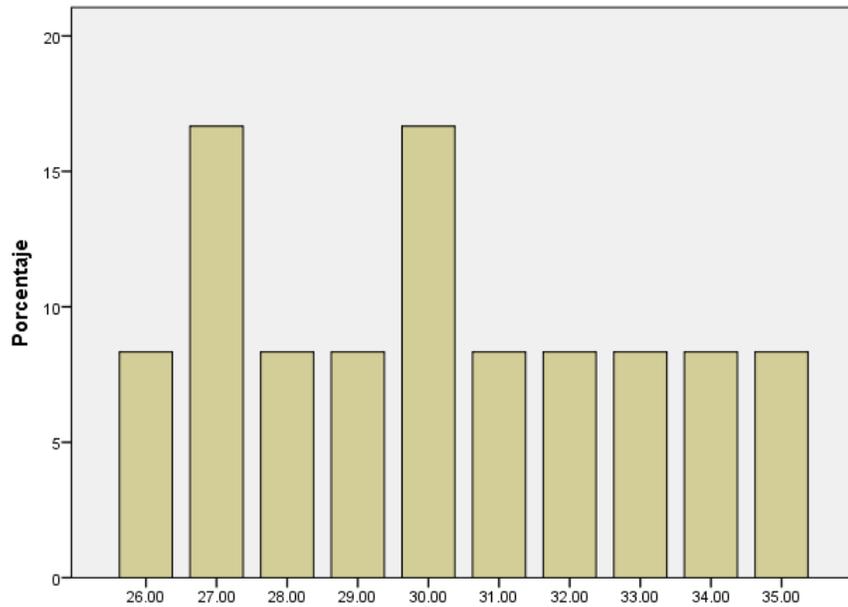


Gráfico 1: Sumatoria variable Incumplimientos y Empirismos Normativos

Fuente: Elaboración propia

En el gráfico N° 13 se puede ver con claridad la sumatoria de cada uno de los indicadores que componen la variable Incumplimientos y Empirismos Normativos, teniendo la más alta representatividad la que corresponden a las preguntas 2 y 5 del cuestionario relacionadas a “desconocimiento de la Ley” y “Escepticismo con la eficacia de la norma”.

3.2.2. Variable Dependiente: Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017

Tabla 16: Sumatoria de la variable Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	11,00	1	7,7	8,3	8,3
	13,00	1	7,7	8,3	16,7
	14,00	3	23,1	25,0	41,7
	15,00	1	7,7	8,3	50,0
	16,00	1	7,7	8,3	58,3
	17,00	1	7,7	8,3	66,7
	19,00	1	7,7	8,3	75,0
	23,00	1	7,7	8,3	83,3
	24,00	1	7,7	8,3	91,7
	25,00	1	7,7	8,3	100,0
	Total	12	92,3	100,0	
Perdidos	Sistema	1	7,7		
	Total	13	100,0		

Fuente: Elaboración propia

Interpretación: Se tiene de acuerdo a los resultados de la sumatoria de la Variable “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”, los valores en alta son los más significativos con un porcentaje de 23.1% correspondiente a la pregunta 15 relacionada a la “imposición de la jurisdicción estatal de Administración de Justicia”.

Se aprecia una clara tendencia en las respuestas de los encuestados respecto a las dos dimensiones examinadas hacia un sistema judicial demasiado vertical y desconecedor de la realidad social, cultural y antropológica de los pueblos originarios.

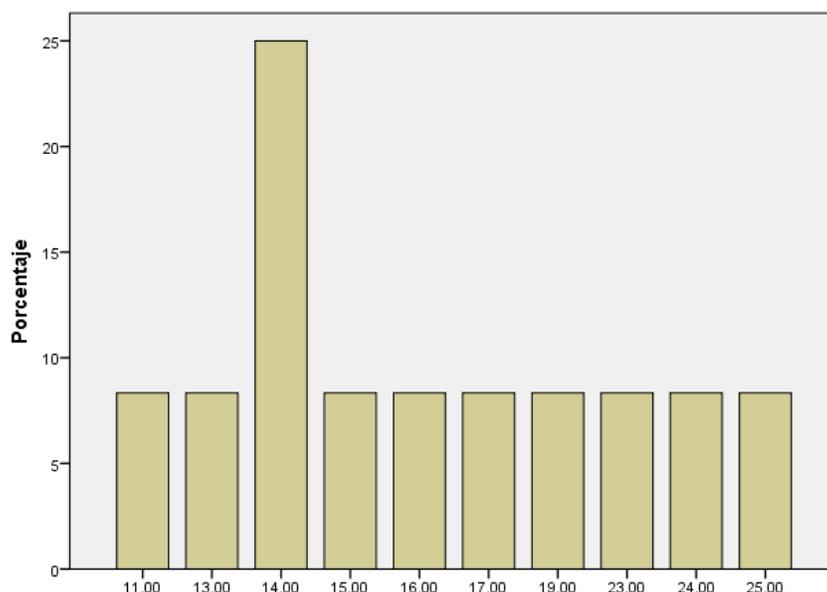


Figura 13: Sumatoria de la variable Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017

Fuente: Elaboración propia

3.2.3. Sumatoria de medias de las variables obtenidas

Tabla 17: Sumatoria de las medias de las variables

	Sumatoria variable Incumplimientos y Empirismos Normativos	Sumatoria variable Incumplimientos y Empirismos Normativos	Sumatoria variable Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017	Sumatoria variable Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017
N Válidos	45	45	45	45
Perdidos	0	0	0	0
Media	68,42	2,78	25,91	2,98
Desviación estándar	9,533	,599	3,860	,149

Fuente: Elaboración propia en SPSS 23

Interpretación:

Como puede apreciarse, las medias para todas las dimensiones de la variable Independiente “Incumplimientos y Empirismos Normativos” fueron de 68,42 mientras que su desviación estándar se ubicó en 9,533.

Así mismo, en lo que respecta a la variable “Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017” se obtuvo una media de 25,91 con una desviación estándar de 3,86.

Al calcular los puntos de corte mediante la fórmula:

$$P_{corte1} = Media - 0.75 * Sn$$

$$P_{corte2} = Media + 0.75 * Sn$$

3.2.4. Sumatorias de las frecuencias relativas y absolutas de las variables

Tabla 18: Sumatoria variable Incumplimientos y Empirismos Normativos

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido 25	1	2,2	2,2	2,2
31	1	2,2	2,2	4,4
60	1	2,2	2,2	6,7
61	1	2,2	2,2	8,9
65	2	4,4	4,4	13,3
66	3	6,7	6,7	20,0
67	1	2,2	2,2	22,2
68	3	6,7	6,7	28,9
69	4	8,9	8,9	37,8
70	5	11,1	11,1	48,9
71	7	15,6	15,6	64,4
72	5	11,1	11,1	75,6
73	1	2,2	2,2	77,8
74	4	8,9	8,9	86,7
75	5	11,1	11,1	97,8
76	1	2,2	2,2	100,0
Total	45	100,0	100,0	

Fuente: Elaboración propia en SPSS 23

Interpretación:

En la tabla se puede apreciar las frecuencias absolutas y relativas para cada uno de los indicadores que componen la variable “Incumplimientos y Empirismos Normativos”, siendo la opción 5 (totalmente en desacuerdo) la que presenta el primer lugar de recurrencia, seguida de la opción 4 (parcialmente en desacuerdo).

Tabla 19: Consolidado de Sumatoria variable Incumplimientos y Empirismos Normativos

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Baja	4	8,9	8,9	8,9
	Media	2	4,4	4,4	13,3
	Alta	39	86,7	86,7	100,0
	Total	45	100,0	100,0	

Fuente: SPSS 23

Tabla 20: Sumatoria de la variable Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	10	1	2,2	2,2	2,2
	11	1	2,2	2,2	4,4
	19	1	2,2	2,2	6,7
	22	1	2,2	2,2	8,9
	24	1	2,2	2,2	11,1
	25	7	15,6	15,6	26,7
	26	6	13,3	13,3	40,0
	27	13	28,9	28,9	68,9
	28	8	17,8	17,8	86,7
	29	6	13,3	13,3	100,0
	Total	45	100,0	100,0	

Fuente: SPSS 23

Interpretación: En la tabla se puede apreciar las frecuencias absolutas y relativas para cada uno de los indicadores que componen la variable “Gestión Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017”, siendo la opción 5 (totalmente en desacuerdo) con 13 casos lo que presenta el primer lugar de recurrencia, seguida de la opción 4 (parcialmente en desacuerdo) con 8 casos.

Tabla 21: Consolidado Sumatoria variable Afectación de los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Media	1	2,2	2,2	2,2
	Alta	44	97,8	97,8	100,0
	Total	45	100,0	100,0	

Fuente: SPSS 23

3.2.5. Escala: Nivel de confiabilidad

Tabla 22: Estadísticas de fiabilidad

Alfa de Cronbach	Alfa de Cronbach basada en elementos estandarizados	N de elementos
,946	,946	22

Fuente: SPSS 23

Interpretación:

Como puede apreciarse se tiene un alfa de Cronbach = .946. Este coeficiente que determina la consistencia interna, (Indicador suficientemente valido de la unidimensionalidad de la escala), es mayor a 0,9 nos indica una alta homogeneidad y equivalencia de respuestas (Anaya T., 2015). Y que el instrumento es válido puesto que es capaz de medir aquello para lo que ha sido concebido. (Rodríguez Moguel, 2003)

Asimismo, se ha sometido al análisis cada uno de los indicadores teniendo una respuesta bastante uniforme en cuanto al coeficiente de Cronbach lo cual nos habla de lo bien diseñado que ha estado el instrumento pues ha logrado captar en las respuestas del instrumento, mucha precisión y homogeneidad de criterio por parte de los encuestados.

Tabla 23: Estadísticas de elemento de resumen

	Media	Mínimo	Máximo	Rango	Máximo / Mínimo	Varianza	N de elementos
Medias de elemento	4,288	4,111	4,444	,333	1,081	,010	22
Varianzas de elemento	,750	,374	1,118	,744	2,992	,044	22

Fuente: Elaboración propia

CONCLUSIONES

Determinar de qué forma los incumplimientos y empirismos normativos afecta los derechos de los pueblos originarios a sus tierras y recursos naturales en el Perú — Periodo 2012-2017

Conclusiones con respecto a los Objetivos específicos:

Conclusiones con respecto al primer objetivo propuesto para esta investigación: “Determinar, desde el plano histórico y social, la evolución del Derecho de los pueblos originarios en el Perú”. Al respecto, se ha evidenciado a través de los diversos criterios con los que se ha enriquecido la presente Tesis, que en nuestro país se ha producido un proceso complejo de adaptación cultural, luego de la traumática experiencia de la Conquista española, en la que las naciones indígenas se han tenido que someter al marco jurídico impuesto por la Metrópoli y en el que sus derechos fueron totalmente conculcados y su condición humana llevada a los límites mismos de la infra humanidad. De esta manera, nuestros pueblos no sólo fueron saqueados y explotados, sino que fue desarraigado de sus raíces culturales más profundas que permitían construir los nexos de identificación. Desde esta perspectiva, sus destinos estuvieron a merced de los intereses y ambiciones de la clase española gobernante durante más de 3 siglos, no obstante, la existencia de ciertas leyes que velaban por sus tierras comunales, las cuales no podían ser usurpadas por criollos o mestizos.

El proceso de la Independencia, lejos de cambiar este panorama, lo mantuvo en la medida que se trató, más de un reacomodo geopolítico en las colonias, que de una verdadera independencia en todo el sentido de la palabra. De alguna forma, el indio no participó realmente de este proceso y fue más bien arrastrado por uno y otro grupo en la lucha por el poder; al fin y al cabo, siguió pagando tributo hasta la llegada de Ramón Castilla, más de 30 años después de la proclamación de la Independencia por parte de San Martín.

En ese contexto, el Derecho se mantuvo estático con respecto a los derechos de los indígenas en el Perú. Los cambios fueron muy tenues, casi imperceptibles, a excepción de la mencionada Ley de Castilla que eliminó el tributo indígena, la situación de marginación social y jurídica se mantuvo hasta entrado el Siglo XX, en cuyas primeras décadas se hizo muy poco por revertir la situación. El concepto de indio y campesino estaba asociado y eran tratados como ciudadanos de tercera clase. Ello tuvo un lento cambio de orientación a partir

de la influencia de las nuevas corrientes filosóficas y políticas, a partir principalmente de la Revolución Rusa de 1917 que puso sobre el tapete el tema de las reivindicaciones sociales en todo el orbe.

Con respecto al marco jurídico internacional y nacional que tutela los derechos e intereses de los pueblos originarios presenta importantes avances en el reconocimiento de los derechos indígenas colectivos, con significativos aspectos de derechos económicos, sociales y culturales. La Convención nº 169 es actualmente el instrumento internacional más actualizado y exhaustivo en relación con las condiciones de vida y trabajo de los indígenas y, siendo un tratado internacional ratificado por el Estado tiene carácter vinculante.

En cuanto a la relevancia del actual marco normativo nacional para el ordenamiento jurídico peruano, cabe aclarar que la mayoría de normas allí establecidas poseen aún, un carácter asimilacionista, o sea, están impregnadas del equivocado propósito de incorporar al indio al resto de la sociedad, ocasionando pérdida de su identidad étnica y cultural.

Esta tendencia errónea en intentar "civilizar al indio" era común durante las décadas pasadas. De esta manera, en este concepto está la idea de que los indios en algún tiempo no necesitarán ni siquiera ser llamados indio porque estarán integrados a la sociedad nacional, entonces las garantías a sus derechos estarán equiparadas a las garantías de todos los demás ciudadanos, y sus tierras dejarán a ser suya, para ser devueltos al dominio público como tierras públicas, por lo tanto, es un retroceso en el pensamiento desde el punto de vista teórico en relación con la tutela, porque recrea la idea de la emancipación y la posibilidad de devolver las tierras indígenas Estado.

Con respecto al tercer y último objetivo específico: Identificar los incumplimientos y empirismos normativos de los derechos de los pueblos originarios a partir del estudio de campo, se ha podido determinar que, en efecto, existe por un lado una serie de leyes que no se cumplen en toda su extensión, por un lado, la interpretación de las leyes siempre ofrecen una orientación en contra de los intereses de los pueblos originarios y, por otro, la falta de claridad y precisión en la redacción de los textos legales, genera una serie de afectaciones y arbitrariedades que, como siempre, recaen el sector social más débil, es decir, los pueblos indígenas.

Con respecto a los empirismos normativos, a decir de los encuestados, estos se dan en diversos aspectos y matices, por un lado, se promulga la Ley y, por otro, se impone la Ley utilizando incluso la represión lo que ejemplifica el verticalismo que mantiene el Estado con respecto a los pueblos minoritarios. Al respecto, la afectación de los derechos de los pueblos originarios por medidas represivas contra las autoridades de las comunidades campesinas y nativas por el ejercicio de su labor y su representatividad es la más clara evidencia de empirismos normativos en nuestro país. De esta manera, se forman antinomias entre la Ley y la aplicación de la misma.

Conclusión general:

El análisis del derecho de los pueblos indígenas en nuestro país es tarea compleja, teniendo en cuenta que el asunto comprende aspectos históricos, antropológicos y sociales relevantes, además de la materia de cuño jurídico propiamente involucrada.

Al respecto, la historia muestra que los intereses políticos y económicos siempre se han hecho presentes en la problemática que envuelve los derechos indígenas, repercutiendo así, sobre la protección jurídica dada a esos pueblos desde la colonización del Perú hasta los días actuales.

La cuestión indígena merece, por lo tanto, una atención especial. Al final, es en la diversidad cultural que está pautada la identidad de la nación peruana, de modo que se vuelve imprescindible la consolidación de un aparato legislativo eficaz en la protección de esos pueblos.

A pesar del gradual avance constitucional en el amparo a los derechos indígenas, cabe observar que todas las constituciones hasta antes de la de 1979, mantuvieron una óptica integracionista quedando evidente que el objetivo era imponer a los indios una cultura no india, ignorando su modo de vida tradicional. Todo el ordenamiento jurídico giraba en torno a una única meta: proteger al indio para integrarlo.

De hecho, la Constitución Federal de 1979 y luego, la de 1993, supusieron un avance sin precedentes el Perú, tal como fue aprobado a valorar la cultura indígena, aunque sea brevemente.

A medida que el legislador reconoció al indio el derecho de ser indio, manteniendo su organización social, sus creencias, sus costumbres, sus lenguas y tradiciones, además de atribuirle el derecho originario sobre la tierra que tradicionalmente ocupa. Se supera, por lo tanto, la idea de incorporación de los indios a la comunión nacional, como establecían las constituciones anteriores. Por la nueva visión constitucional, la cultura de los no indios deja de ser la única forma de cultura válida. En el caso de las mujeres,

A la luz de la Constitución en vigor, por lo tanto, las poblaciones indígenas ya no se consideran culturas extintas, condenado a la incorporación en el modo - llamada comunidad nacional, similar a lo que había sido siempre el espíritu de gobernar la legislación peruana desde el inicio del proceso de colonización en nuestro país. Toda la legislación anterior contenía referencias expresas a la integración o asimilación inevitable y, por otro lado, deseable de los indios por la sociedad. La nueva mentalidad asegura espacio para una interacción entre esos pueblos y la sociedad envolvente en condiciones de igualdad, pues se funda en la garantía del derecho a la diferencia.

Se concluye, que por mucho tiempo los derechos indígenas se quedaron a merced de los intereses políticos y económicos típicos de la ideología desarrollista de la época. Toda la legislación existente se caracterizaba por una perspectiva asimilacionista, que veía al indio como un ser no evolucionado e impulsaba al máximo su incorporación a lo que se llamaba sociedad civilizada.

RECOMENDACIONES

Es necesario, dentro del marco legislativo actual, que se establezca estrategias de cómo los derechos indígenas serán garantizados por el Estado, disponiendo objetivamente sobre la manera de actuación del Gobierno. Esto porque, disponer sobre los derechos indígenas sin establecer qué directrices deben ser tomadas por el Poder Ejecutivo para concretarlos, no producirá efecto práctico alguno.

Se debe hacer igualmente, un examen respecto a los instrumentos infraconstitucionales, pues se hace necesario un análisis de nivel constitucional sobre los derechos indígenas, pues pese a existir una sistemática mucho más clara y precisa que la que existía antes de la actual Constitución, existen muchas leyes que sólo son declaraciones formales de derechos que, en la práctica, terminan siendo conculcados cuando los intereses de determinados grupos de poder, así lo determinan.

4. REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS

- Álvarez Gardiol, A. (2009). *Manual de Filosofía del Derecho*. Madrid: Ariel.
- Angles Yanqui, G. (2014). *Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio*. Lima: PUCP. Obtenido de http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoconstitucionalperu/wp-content/uploads/sites/743/2017/03/ANGLES_YANQUI_GERARD_PUEBLOS_INDIGENAS.pdf
- Aristóteles. (2011). *La Política*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Baniwa, L. (2013). *Educação para manejo e domesticação do mundo. Entre a escola ideal e a escola real. Os dilemas da educação escolar de Río Negro*. Río Negro: Universidad do Río Negro.
- Basadre G, J. (2015). *Historia de la República del Perú* (Vol. V). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Biarnés, A., & Uclá, J. (Enero/Febrero de 2008). Liberalismo-Nacionalismo: dos caras de la misma moneda. *Permes Liberales*(51).
- Bonilla, W. (2015). *Derechos de los Pueblos originarios Mayanga y Miskitu a la Propiedad Comunal y a la Justicia*. Granada: Universidad de granada. Obtenido de <https://hera.ugr.es/tesisugr/24935608.pdf>
- CHIRIF, A. (2011). *CHIRIF, Alberto. "La consulta previa un derecho por construir"*. En: *Democracia Intercultural. Disponible en: Democracia intercultural*. Obtenido de La consulta previa un derecho por construir: <http://democraciaintercultural.blogspot.com/2011/07/la-consulta-previaun-derecho-por.html>
- Chitarra, M., & Chitarra, A. (2009). *Poscosecha y verduras: la fisiología y la manipulación*. Sao Paulo: Librería varela.
- Chuecas, A. (2012). *El derecho de los pueblos indígenas y Comunidades en el contexto histórico*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/\\$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf)
- Chuquiruna Novoa, L. (2014). *La ley de Consulta Previa N°29785 y el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego. Obtenido de http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/601/1/CHUQUIRUNA_LARIEL_A_DERECHO_PUEBLOS_INDIGENAS.pdf
- Clavero, B. (2011). *La consulta previa: Balance y perspectivas: nforme consulta previa. Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia. Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solu*. Lima: Congreso de la República.

- Correas, O. (2004). *Introducción a la sociología jurídica*. México: Coyoacán.
- Del Vencelo, A. (2002). *Fundamento Jurídico del Derecho*. Madrid: Editorial Santander.
- Diez Picazo, L. (2003). *Sistema de Derecho Civil* (Vol. I). Madrid: Tecnos.
- Drucker, P. (2009). *La sociedad postcapitalista*. Bogotá: Norma.
- Escalante Varona, A. (2015). *Aplicación de un recubrimiento comestible de goma de tara (caesalpinia spinosa molina kuntze sobre fresas (fragaria ananassa cv. aromas) para prolongar su conservación*. Lima: Universidad Agraria de la Molina. Obtenido de <http://repositorio.lamolina.edu.pe/bitstream/handle/UNALM/1854/J11.E74-T.pdf;sequence=1>
- Expediente, 03343-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional 19 de febrero de 2009).
- Gamboa Balvin, C. (2013). *Derecho a la consulta previa libre e informada: ¿Cambios legales, cambios reales?*. Lima: PUCP.
- Glegor Barié, C. (2003). *Pueblos indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: Un Panorama*. México D.F.: Banco Mundial. Obtenido de https://books.google.com.pe/books?id=2MwK6xO5H3wC&pg=PA507&lpg=PA507&dq=Conflictos+Constitucionales+en+los+derechos+indigenas+peru&source=bl&ots=Ea0HmcB_NZ&sig=e052CYYy96bFAQ9_mBi2ApnnAf4&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiRupW3ILLZAhUDulMKHYUkALkQ6AEIaDAH#v=onep
- Hurtado de Barrera, J. (2010). *Metodología de la Investigación*. Caracas: Quirón Ediciones.
- IRIGOYEN, R. (2012). *Libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento en el convenio 169 y la Declaración*. Obtenido de IRIGOYEN, Raquel. "Libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento en el convenio 169 y la Declaración". Disponible en: <http://www.slideshare.net/FTIERRA2010/raquel-yrigoyen>.
- Iturralde, D. (17 de 05 de 2016). *Corte de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-7.pdf>
- Jellinek, G. (2014). *Teoría del Estado* (12va ed.). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kaufmann, A. (2009). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Kelsen, H. (2009). *Teoría del Derecho*. Madrid: Herder.
- KLUGE, R., NACHTIGAL, J., & FACHINELLO, J. (2012). *Fisiología y manejo post-cosecha de frutas de clima templado*. Sao Paulo: Librería Rural.
- Koselleck, R. (2006). *Futuro pasado: contribuição a uma semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro:: Contraponto.
- Kymlickaa, W. (2001). *Ciudadanía Multicultural*. Madrid: Paidós.
- Mariátegui, J. (2007). *Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*. Caracas: Ayascucho.

- Martinant, F. (2005). *La reconnaissance des peuples indigènes entre droit et politique*. Paris: Villeneuve d'Ascq: Presses Universitaires du Septentrion.
- Martínez Miguelez, M. (2010). *Epistemología y Metodología Cualitativa*. Madrid: Trillas.
- McGuire, M. (2009). *Estimating stem respiration in trees by a mass balance approach that accounts for internal and external fluxes of CO₂*. San Diego: Academic Press.
- Moreso, J. J., & Navarro, P. E. (2006). *Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche*. Roma: Comanducci.
- Muñoz León, L. (2014). *Control de maduración de la carambola (Averrhoa carambola L.) mediante el uso de biofilm formulado a partir de la resina del árbol de zapote (Capparis scabrada H.B.K)*. Chiclayo: Universidad Señor de Sipán.
- Núñez, J. (2013). *EL ABUSO DE AUTORIDAD CONTRA LOS INDIGENAS DE LA AMAZONIA PERUANA CON RESPECTO AL TEMA DEL BAGUAZO DEL AÑO 2009*. Chiclayo: USS.
- ONU. (2016). <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/press%20package/sowip-press-package-es.pdf>. Obtenido de <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/press%20package/sowip-press-package-es.pdf>
- ONU. (2016). *La situación de los indígenas en el mundo*. Obtenido de <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/press%20package/sowip-press-package-es.pdf>
- Ortega R., D. (2013). *problemas fisiológicos del aguacate post cosecha*. México D.F.: Instituto de tecnologías agrícolas.
- Postero, N., & Zamosc, L. (2005). *La lucha por los derechos indígenas en América Latina*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Raz, J. (2000). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios CONstitucionales.
- Rodríguez Moguel, E. (2005). *Metodología de la Investigación Científica*. Juarez: Universidad Juarez Autónoma de Tabasco.
- Ruiz Cruz, S. (2012). *Efecto de recubrimientos comestibles de quitosano en la reducción microbiana y conservación de la calidad de fresas*. México: Universidad de Hermosillo. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/813/81339864002.pdf>
- Salazar López, J. (2014). *Caracterización físico - química de la semilla del zapote Capparis Scavrida H.B.K. de la zona de Motupe, Lambayeque*. Lima: Universidad Agraria e la Molina. Obtenido de http://repositorio.lamolina.edu.pe/browse?order=ASC&rpp=20&sort_by=1&etal=-1&offset=171&type=title
- Sánchez R., P. (2009). *manejo de producción frutócula post cosecha*. Madrid: McGraw Hills.
- Serkovic Linares, I. (2016). *Coberturas cerosas y almacenamiento en frío en la conservación pos cosecha de frutos de Tangor W. Murcott*. Lima: Universidad Agraria de la Molina. Obtenido de <http://repositorio.lamolina.edu.pe/handle/UNALM/1965>

- Sierra, M. (2016). *Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas*.
Obtenido de <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Reivindicaciones%20indigenas.pdf>
- Sozzi, G. O. (2008). *Árboles frutales. Ecofisiología, cultivo y aprovechamiento*. Buenos Aires: Facultad de Agronomía - Universidad de Buenos Aires.
- Stavenhagen, R. (2008). Los nuevos derechos internacionales de los pueblos indígenas. *Anuario Antropológico*, 2007/2008, 61 – 86.
- Torres Sánchez, M. (2015). *Potestad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales*. Lima: PUCP. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/6256/TORRES_SANCHEZ_MARIA_PUEBLOS_INDIGENAS.pdf?sequence=1
- Torres, M. D. (2015). *Potestad de los Pueblos Indígenas sobre los Recursos Naturales*. Lima: PUCP.
- Touraine, A. (2007). *¿Podremos vivir juntos?* México: Fondo de Cultura Económica.
- Tresierra, J. (2012). *Derechos de Uso de los Recursos Naturales por los grupos Indígenas en el Bosque tropical*. Washington DC: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Valencia, A. (2012). *Los Derechos Ambientales Territoriales de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Andalucía: Universidad Internacional de Andalucía.
- Valer, P. (9 de julio de 2013). *De la Constitución de 1920 a la Ley de Consulta Previa*. Obtenido de <https://www.alainet.org/es/active/65507>
- Vargas Colás, M. (2014). *Recubrimientos biodegradables de biopolímeros para su aplicación en frutas*. Valencia: Universidad de Valencia. Obtenido de <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=46476>
- Vásquez, M., Guerrero, J., & Beltrán, A. (2013). *Recubrimiento de frutas con biopelículas*. Puebla - México: Universidad de Puebla. Obtenido de <http://web.udlap.mx/tsia/files/2014/12/TSIA-72-Vazquez-Briones-et-al-2013.pdf>
- Wallerstein, I. (2006). *Análisis de sistemas-mundo. Una Introducción*. México D.F.: Siglo XXI editores.