

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO

Guido César Aguila Grados 

Escuela de Altos Estudios Jurídicos, Lima, Peru 

Contextualización: En la actualidad la noción de “pueblos indígenas” no solamente debe referirse a un aglomerado social, sino que su conceptualización debe incluir a las luchas políticas, legales, sociales y académicas que sea producido en torno a su protección jurídica. La identificación de un pueblo como indígena no solo se limita al aislamiento cultural o un posible exterminio. Muchos de los grupos sociales etiquetados como “indígenas”, no han experimentado aislamiento cultural, así como hay que otros que jamás han estado en peligro de ser exterminados.

Objetivo: Efectuar un diagnóstico sobre la situación de la población indígena aislada en la frontera Perú-Brasil; lo cual requiere en primer término determinar la “situación legal” que podría existir y ser aplicable a esos grupos. Para ello se revisará ciertas materias transversales que servirán de marco teórico básico, lo cual incluye: i) El neoconstitucionalismo y el Estado Constitucional; ii) El pluralismo jurídico; iii) Los pueblos indígenas en el Estado Constitucional.

Metodología: En cuanto a la metodología utilizada, se utilizó el método inductivo en la fase de investigación, el método cartesiano en la fase de procesamiento de datos y la base lógica inductiva en el informe de resultados.

Resultados: Existe una diversidad de reclamaciones provenientes de los pueblos indígenas. Como resulta evidente, esta multiplicidad de reclamos tiene dos posibles derroteros; la denegación de lo solicitado o, el reconocimiento de las exigencias. De ser este el último caso, las victorias indígenas tendrían que materializar en la formulación de derechos exigibles y concretos en los Estados en donde se encontrarán.

Palabras clave: Pueblos indígenas; Aislamiento; Derechos fundamentales.

THE PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLE IN ISOLATION

Contextualization: Nowadays, the notion of "indigenous peoples" should refer not only to a social conglomerate, but also to the political, legal, social, and academic struggles surrounding their legal protection. Identifying a group as indigenous goes beyond cultural isolation or potential extermination. Many social groups labeled as "indigenous" have not experienced cultural isolation, and some have never been in danger of being exterminated.

Objective: To conduct a diagnosis of the situation of isolated indigenous populations on the Peru-Brazil border, which requires first determining the "legal situation" that could be applicable to these groups. This will involve examining certain cross-cutting subjects serving as the basic theoretical framework, including: i) Neoconstitutionalism and the Constitutional State; ii) Legal pluralism; and iii) Indigenous peoples in the Constitutional State.

Methodology: This research uses the inductive method in the investigation phase, the Cartesian method in the data processing, and the inductive logical basis in the report of the results.

Results: There is a wide range of claims originating from indigenous peoples. This multiplicity of claims leads to two possible outcomes: denial of the requests or recognition of the demands. In the latter case, victories won by indigenous groups need to be materialized in the formulation of enforceable and concrete rights in the applicable States.

Keywords: Indigenous people; Isolation; Fundamental rights.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO

Contextualização: Atualmente, a noção de "povos indígenas" não deve se referir apenas a um conglomerado social. Sua conceitualização deve incluir as lutas políticas, legais, sociais e acadêmicas que ocorrem em torno de sua proteção jurídica. A identificação de um povo como indígena não se limita apenas ao isolamento cultural ou a um possível extermínio. Muitos dos grupos sociais rotulados como "indígenas" não experimentaram isolamento cultural, assim como existem outros que nunca estiveram em perigo de serem exterminados.

Objetivo: Realizar um diagnóstico da situação da população indígena isolada na fronteira Peru-Brasil; o que requer, em primeiro lugar, determinar a "situação legal" que poderia existir e ser aplicável a esses grupos. Para isso, certos temas transversais serão revisados, que servirão de referência teórica básica, incluindo: i) O neoconstitucionalismo e o Estado Constitucional; ii) O pluralismo jurídico; iii) Os povos indígenas no Estado Constitucional..

Metodologia: Quanto à metodologia utilizada, foi empregado o método indutivo na fase de pesquisa, o método cartesiano na fase de processamento de dados e a base lógica indutiva no relatório de resultados.

Resultados: Existe uma diversidade de reivindicações provenientes dos povos indígenas. Como é evidente, essa multiplicidade de reivindicações tem duas possíveis direções; a negação do solicitado ou o reconhecimento das exigências. No último caso, as vitórias indígenas teriam que se materializar na formulação de direitos exigíveis e concretos nos Estados onde se encontram.

Palavras-chave: Povos indígenas; Isolamento; Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

En la actualidad la noción de “pueblos indígenas” no solamente debe referirse a un aglomerado social, sino que su conceptualización debe incluir a las luchas políticas, legales, sociales y académicas que sea producido en torno a su protección jurídica. La identificación de un pueblo como indígena no solo se limita al aislamiento cultural o un posible exterminio. Muchos de los grupos sociales etiquetados como “indígenas”, no han experimentado aislamiento cultural, así como hay que otros que jamás han estado en peligro de ser exterminados.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007 considera que los pueblos indígenas no han podido desarrollarse según sus propias necesidades e intereses debido a que como consecuencia de la colonización han sido desposeídos de sus tierras y recursos. Quien parte de lo señalado por dicha declaración sin una mirada crítica, asumirá que los “pueblos indígenas” constituyen poblaciones existentes antes de la época de la conquista/colonización, y que presentan instituciones propias derivadas de su particular cultura, lo cual los hace diferenciables de la sociedad llegada del mundo occidental europeo. Sin embargo, esta reducción de la categoría “pueblos indígenas” hacia una formulación legal es errónea ya que no toda utilización de dicho término está encaminada a identificar grupos sociales previos a la conquista y/o la colonización; además de presentar grandes connotaciones política.

Sin embargo, aquellos reconocimientos, como lo revela el caso peruano, están relacionados con los grupos humanos del campo, autóctonos, aislados, poco desarrollado y con la necesidad de protección especial. Toda esa amalgama de grupos está incluida en la categoría de lo “indígena” y se espera que los derechos aplicables a algunos de ellos resuenen en la vida de los demás; sin tener en cuenta que aquellos otros pueden presentar vidas tan dispares unos con otros como los que presentan con la sociedad dominante donde se encuentran.

En el caso de Perú, como en buena parte de América del Sur, desde la época de la Independencia, se estableció que los indígenas tenían el estatus de ciudadanos, con derecho a compra y venta de sus propiedades. Sin embargo, como en la mayor parte de los Estados independizados, la normativa mostraba una indiferenciación respecto a la tipología de los pueblos originarios. Si bien el Estado reconocía la posibilidad de que estos grupos procedieran a la compraventa de tierras, las leyes fueron elaboradas pensando más para el indígena de la sierra que para el amazónico. Recién a finales del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX el territorio amazónico despierta el interés del Estado debido a la explotación del caucho. Por eso, Rojas y

Rojas¹ recuerdan que solo a inicios del siglo XX el Estado peruano incorporó legislativamente los territorios amazónicos; sin embargo, ello no implicó un reconocimiento del indígena amazónico como ciudadano con derechos y, desde luego, obligaciones. Esta legislación abrió la puerta a todo particular o empresa que quisiese explotar el caucho.

Muchas décadas después, se aprobó en 1970, mediante Decreto Supremo N° 37-70-AG, el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas (en el que la denominación de comunidades indígenas pasa a campesinas) y solo dos años después (1972), entró en vigor el Decreto Ley N° 20653, Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las Regiones de Selva y Ceja de Selva. Sin embargo, eran de normas que dispusieron una regulación generalista y poco técnica sin aterrizar en la problemática de un grupo heterogéneo como el indígena. Es por ello que resulta sumamente aleccionador el reclamo proveniente de los indígenas amazónicos al exigir su diferenciación étnica en el proceso caótico que actualmente domina la adjudicación de sus derechos.

1. PUEBLOS INDÍGENAS

1.1 El reconocimiento constitucional y el nacimiento de la categoría legal “Pueblos Indígenas”

Una vez consolidado los Estados postcoloniales en diferentes partes del mundo, existía una insuficiencia respecto al reconocimiento de los derechos indígenas. La presencia de regulaciones atomizadas, o regulaciones constitucionales someras a través de las que se prescribía la forma como podían transferir sus territorios indígenas, o el reconocimiento de ciertos usos y costumbres en sus uniones familiares (sucesora del derecho indiano colonial), tendría que hacer frente a dos elementos importantes de la sociedad moderna.

En primer lugar, finalizado el siglo XIX e inicios del siglo XX, la noción del Estado llevó a que se sostenga la existencia de una unidad e integridad dentro de sus órdenes públicos. Y es que, con el predominio de lo que se llamaría el neopositivismo jurídico, el derecho trataría de ser representado como un sistema completo, cerrado y capaz de ser autónomo frente a otras disciplinas. En esta nueva realidad, no podía permitirse la existencia de regulaciones privadas e individuales en su interior sin contacto con la norma fundamental estatal.

Tal vez una de las políticas más agresivas que se implementó durante este período fue la efectuada por los Estados Unidos al modificar la práctica que permitía a la población

¹ ROJAS ZOLEZZI, Martha; ROJAS ZOLESSI, Enrique. El ciudadano indígena: el problema de la relación entre sujetos colectivos y el Estado liberal. Una visión desde la Amazonia. *Anthropologica*, v. 18, n. 18, p. 196-210, 2000.

indígena vivir en reservas según su particular modo de vida. Y es que, desde 1887 hasta 1937, se emitirían una serie de normas entre las que se encontraba la General Allotment Act, cuyo fin fue disolver el carácter comunal de la propiedad indígena, dividiéndola, haciendo titulares a las personas individualmente consideradas. Lo que se buscaba era civilizar a los indios mediante su asimilación en la sociedad; para ello se tenía que evitar que tuvieran vidas separadas en sus reservas y convertirlos en un granjero y agricultor americano². En este sentido, los avances en el reconocimiento de igualdad legal constitucional constituyeron una destrucción del modo de vida de los indígenas. Es por ello, que la igualdad meramente formal acarrearía a final de cuentas un sistemático descontento en estas poblaciones. En otras palabras, paradójicamente se eliminaba el pluralismo jurídico antes reconocido y que, hasta cierto punto, reflejaba la realidad en la que se encontraban frente a la sociedad dominante³.

En este nuevo escenario, surgió una interrogante: ¿eran los pueblos indígenas realmente capaces de generar derecho? Para que la respuesta sea afirmativa era necesario vencer el convencimiento generalizado por el cual se estima que estas sociedades, con estructuras más “simples” o “primitivas”, no constituían entidades que legítimamente pudiesen emitir normas en el sentido dado por el orden legal estatal. Freeman y Napier⁴ señalan que en los siglos XIX y XX era común ver al derecho de una forma rígida y estrecha; en esta época, los grupos humanos “primitivos”, que carecían de códigos legales, cortes, fuerza pública se consideraban como carentes de cualquier elemento que pudiese ser considerado como derecho. Sin embargo, además de lo mencionado, los pueblos indígenas tendrían que enfrentar un obstáculo incluso mayor: el concepto de Estado como monopolio de la titularidad para generar normas. En ese sentido, el reconocimiento constitucional de la autonomía indígena sería una victoria, pero igualmente un mecanismo por el cual se verían regulados.

1.1.1 Pueblos indígenas como categoría jurídica internacional

Las miradas sobre la cuestión indígena a nivel internacional normalmente se enfocan en los progresos efectuados en el año 1957, dada la formulación del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es en el seno de este organismo internacional que se incorpora por primera vez materia concerniente al derecho de los pueblos indígenas.

² MILLER, Robert. **The History of Federal Indian Policies**. SSRN, mar. 2010. Disponible: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1573670>

³ STAFFEN, M. R.; ZAMBAM, N. J. Direito Global e desigualdades: um estudo a partir do “Direito dos Povos” de John Rawls. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 243–258, 2015. DOI: 10.5902/1981369419243. Disponible: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19243>. Acceso em: 26 jul. 2023..

⁴ FREEMAN, Michael; NAPIER, David. **Law and Anthropology: Current Legal Issues**. Madrid: Editorial Trotta. 2007.

La historia detrás de la decisión de la OIT por regular materia “indígenas” descansa en la preocupación por regular la prohibición del trabajo forzado y esclavitud en 1925, lo cual incluía a dichas poblaciones. Según, Mereminskaya⁵ a inicios del siglo XX, el régimen de administración de territorios por parte de Estados dominantes y ganadores de la primera guerra mundial ingresa en las competencias de la OIT la protección de derechos básicos de la población indígena.

Sin embargo, lo que en un inicio debía ser una regulación enfocada en aspectos laborales de la población indígena (como la prohibición de realizar trabajos forzados), pasaría a ser una regulación general sobre diversas materias. Al respecto, se debe tener en cuenta que la materia estrictamente laboral incorporada en el Convenio 107 se inicia en su Parte III; mientras que las Partes I y II se regulan temas disímiles, como el derecho que tienen estas poblaciones a sus tierras o el derecho a que se tenga en cuenta su Derecho consuetudinario. Stavenhagen⁶ (1999) enfatiza que el contenido en materia indigenista de este primer convenio era eminentemente asimilacionista; sin embargo, debe tenerse presente que el mismo es reflejo de aquella época. La solución a la cuestión indígena en el Derecho Internacional, de forma similar a su tratamiento en sus inicios en el derecho interno, tenía por finalidad primordial incluir a estos grupos en pie de igualdad con la sociedad dominante.

Estamos, por lo tanto, frente a un instrumento legal dirigido a la integración, antes que a una asimilación artificiosa. Sin embargo, no incluyó una de las principales demandas de los “pueblos indígenas”: el reconocimiento de su autonomía y autodeterminación. De esta forma, queda claro que se requería la reformulación de dicho Convenio; ello se logró con la formulación del Convenio 169 de la OIT de 1989 el cual enfatizó las ideas de autonomía y diversidad dejando de a un segundo plano a la idea de integración. Así, una de las principales diferencias que puede observarse en este convenio, es la técnica utilizada para identificar a las poblaciones “indígenas”. El Convenio 107 dispone que éste se aplicaría a cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Poblaciones tribales o semitribales (identificables por sus condiciones sociales y económicas, las cuales corresponden a una etapa menos avanzada que la sociedad dominante).
2. Poblaciones tribales o semitribales consideradas indígenas, al descender de poblaciones habitadas en el país al que pertenecen en la época de la conquista o la colonización.

⁵ MEREMINSKAYA, Elina. El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y Experiencias Comparadas. **Estudios públicos**, n. 121, p. 213-276, 2011.

⁶ STAVENHAGEN, Rodolfo. Los Derechos Indígenas: Nuevo Enfoque del Sistema Internacional. **Revista IIDH**. 1999.

El Convenio 169 marca un antes y un después en la regulación del derecho de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional. Es claro el impacto que ha tenido este instrumento en los Estados que la han ratificado, como lo evidencia la incorporación de normas a nivel doméstico con el fin de operativizar las protecciones establecidas en aquel convenio. Es relevante en tanto va sentando los cimientos de la generación de Derecho Internacional consuetudinario en este campo; y más aún, sirve como parámetro bajo el cual se establecen obligaciones en favor de los indígenas en el marco de sistemas de protección de derechos humanos, como en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos⁷.

Ahora bien, habiéndose dado un empuje progresivo con la formulación del Convenio 169, pasarían más de 15 años para que un nuevo instrumento internacional surgiera y regulara materia indígena. Si bien, este nuevo instrumento no sería obligatorio (es una declaración), su carácter universal, al elaborarse y aprobarse en el marco de las Naciones Unidas; le otorga una gran importancia. Este instrumento, aprobado en 2007, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la DNUDPI). Representa un gran avance para estas poblaciones y expresa la materialización escrita de normas consuetudinarias previas, dándole un impulso de carácter universal al Derecho de los Pueblos Indígenas.

A nivel del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos en vigor desde 1976 no establecen provisiones dirigidos a estos grupos. De igual forma, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH), como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), esta omisión se repite, pues, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) han incluido expresamente el derecho de estas poblaciones.

A pesar de la existencia de una falta de regulación en estos instrumentos regionales, la práctica de los órganos encargados de velar por su cumplimiento ha logrado desarrollar jurisprudencialmente obligaciones implícitas a cargo de los Estados. Esto se ha logrado mediante la interpretación expansiva de provisiones individuales en aquellos instrumentos, siendo reinterpretados a la realidad de los pueblos indígenas. Es así como, en el marco del SUDH, el Comité de Derechos Humanos ha podido canalizar los reclamos de los pueblos indígenas hacia los artículos 1° y 27° de aquel tratado. Sería mediante la combinación de ambos artículos, pero en especial por lo dispuesto en el artículo 27° del PIDCP, que el Comité de Derechos Humanos trataría de reconducir los reclamos de los pueblos indígenas.

⁷ ANAYA, James y GROSSMAN, Claudio. El Caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*: Un Nuevo Hito en el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. **Revista IIDH**, n. 11, 2003.

Esta reconducción de los reclamos de las poblaciones indígenas al artículo 27° del PIDCP, como bien no sería del todo bien recibido por aquellos grupos, pues ello implicaba calificarlos como minorías antes que como “pueblos” y, por tanto, significaba que primaría en el análisis de sus derechos una visión individualista de los mismos antes que una visión colectiva, lo cual para estos es indispensable⁸.

Por lo tanto, el Derecho Internacional, aun inicialmente pareciera regular de forma poco contundente el derecho de las poblaciones indígenas, en la práctica, ha logrado tomar los instrumentos obligatorios existentes y los ha unificado con los instrumentos no obligatorios y los ha introducido en los sistemas de protección humana obligatorios, como es el SIDH. En este sentido, la regulación a nivel internacional de las poblaciones indígenas, aun cuando se encuentra fragmentada, se vincula una a otra y hacen del mismo un marco regulatorio complejo y completo. Más adelante, considerando lo antes indicado, se podrá analizar si este marco legal complejo ha incorporado los intereses de las poblaciones indígenas móviles fronterizas y, de haberlo hecho, si se puede concluir que esto es suficiente para garantizar el goce de sus derechos fundamentales.

1.1.2 Transnacionalismo y su relación con los pueblos indígenas móviles

Si bien hemos centrado hasta el momento nuestro análisis en la regulación de los pueblos indígenas a nivel doméstico e internacional; en esta sección enfocaremos nuestra atención en materias que –aunque vinculadas a los pueblos indígenas móviles–no caen en ninguna de las categorías previamente mencionadas. Nos estamos refiriendo a la problemática de los pueblos indígenas en su dimensión transnacional. Para lograr esto, será esencial desenvolver el significado del transnacionalismo y entender la realidad de las poblaciones indígenas que viven en zonas fronterizas.

El transnacionalismo abarca procesos contemporáneos que involucran una variedad de fenómenos de naturaleza legal, económica, social, antropológica y política. Sin embargo, sus estudios más pormenorizados han provenido de la economía y la política social, al analizar los efectos de la migración entre los Estados y el surgimiento de ciudadanía compartidas o transnacionales. Esto ha originado que dicho concepto englobe una variedad de fenómenos, que aún no han encontrado lugar en disciplinas definidas o subcampos en disciplinas clásicas. Portes, Guarnizo y Landolt⁹, al cuestionar el uso del término y la tendencia

⁸ KINGSBURY, Benedict. Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law. **New York University Journal of International Law and Politics**. n. 34, 2001.

⁹ PORTES, Alejandro; GUARNIZO, Luis; LANDOLT, Patricia. The Study of Transnationalism: Pitfalls and Promise of an Emergent Research Field. **Ethnic and Racial Studies**. v. 22, n. 2, 1999.

de aglutinar sin justificación un sinnúmero de situaciones señalan que, para calificar con precisión lo transnacional (como concepto relevante de estudio independiente), se requiere el cumplimiento de tres condiciones:

El proceso debe involucrar una porción significativa de personas del universo relevante.

1. La actividad de interés no es excepcional, sino que posee una cierta estabilidad y continuidad en el tiempo.
2. El contenido de esas actividades no está capturado por un concepto preexistente, haciendo la invención del término redundante.

La realidad de los pueblos indígenas en aislamiento, que se encuentran en la frontera de Perú y Brasil. Sin embargo, es válido preguntarnos: ¿No bastaría para tratar dicha problemática (indígenas en zona de frontera) un enfoque desde la regulación nacional dada por cada uno de los Estados involucrados, y para la materia extraestatal, los conceptos revisados previamente referidos a la regulación ofrecida por el Derecho Internacional? Si bien esta respuesta es válida, solo lo es, de forma parcial. Lo cierto es que abordar el fenómeno de los indígenas móviles en zona de frontera, desde su faceta transnacional, presenta algunas ventajas:

Lo transnacional como concepto metodológico, parte de la presunción de que el Estado y sus fronteras tienen trascendencia para ciertos fenómenos y afecta la forma como los entendemos¹⁰.

Como Howard¹¹ indica,

El transnacionalismo es esencialmente sobre humanos creando fronteras y después cruzándolas. La creación de aquellas fronteras implica procesos de exclusión y de inclusión. En contraposición a ello, la regulación internacional parte de la presunción de que los Estados habrán de implementar sus obligaciones internacionales asumiendo la existencia de sus fronteras y, que las mismas no puede ser excusa para dejar de satisfacer aquellas obligaciones. Sin embargo, en una realidad compleja como la actual, la existencia de las fronteras implica un impacto en el disfrute de los derechos humanos.

Uno de los casos en que mejor se aprecia esto es en la migración masiva de personas de un Estado a otro. En esos casos, surge la pregunta de hasta qué punto los derechos ofrecidos por el Estado receptor deberán ser extendidos en pie de igualdad a los migrantes

¹⁰ STAFFEN, Márcio Ricardo. On the authority of transnational law. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, vol. 23, n. 1, p. 465-482, 2021.

¹¹ HOWARD, Michael. **Transnationalism and Society**: An Introduction. Edit. McFarland & Co. in Jefferson, 2011.

que ingresan a su jurisdicción. Esto es clave para entender cómo muchos fenómenos que incluyen dos Estados no pueden ser regulados por una sola jurisdicción y que la toma de decisión que haga uno de estos, con relación a una materia común, tiene impactos directos en el funcionamiento (correcto o no) de la regulación en la jurisdicción del otro. En nuestro caso, la existencia de la movilidad de pueblos indígenas en zona de frontera (Perú-Brasil) nos debe hacer cuestionar cuál es el impacto de ésta para dichos grupos. Esto nos llevará a constatar que tanto el Estado brasileño como el peruano, deben implementar legislación que garantice la plena vigencia de los derechos de los pueblos indígenas más allá de su ubicación geográfica, y la solución de algunos obstáculos vinculados a ello, como es la identificación de su nacionalidad. Y es que, es muy difícil identificar la nacionalidad de las poblaciones que moran en el límite territorial de dos Estados, por dos factores:

- La micromigración por la que los pobladores indígenas se trasladan de una frontera a otra sin advertirlo.
- La macromigración, por la cual los pobladores tienen la intención de trasladarse hacia el territorio vecino en busca de retos y desafíos, existiendo reproducción y vivencia de las prácticas propias.

Además, debe recordarse que estos traslados se producen en un contexto marcado por relaciones sociales excluyentes y jerárquicas, no sólo externas al propio colectivo, sino que se viven también en su interior. Las migraciones representan un elevado componente de tradición, es decir el trasladarse de territorio forma parte habitual de su vida como comunidad. Todo ello nos lleva a preguntarnos, qué consecuencia acarrea dicha situación desde el punto de vista legal para el disfrute de sus derechos. En especial, cuando (como podrá verse más adelante) para los pueblos indígenas móviles fronterizos la presencia de dos jurisdicciones en donde desarrollan su vida genera un número de consecuencias y complicaciones, todas ellas agravadas por fenómenos transnacionales e internacionales convergentes como es la delincuencia transfronteriza y el terrorismo en zonas inhóspitas.

A diferencia de otros grupos transnacionales, surgen por la intervención de la sociedad moderna. Y es que, ellos preexisten a la construcción de los Estados modernos en nuestra región, sin embargo, la historia los llevaría a sufrir el fraccionamiento de su territorio. Estos grupos, más allá de la ficción de la nacionalidad, constituyen grupos que no están representados por los arquetipos nacionales, sino por una identidad cultural tribal/indígena que relativiza la idea omnicomprensiva de la noción de soberanía. Conceptualmente, la transnacionalidad de los indígenas en zonas de frontera sirve en lo esencial para delimitar la problemática de estos grupos como algo que no debe agotarse en el Derecho interno ni en el Derecho internacional, sino en la cooperación entre los Estados involucrados. El

transnacionalismo nos sirve como un método que fundamenta la generación de negociaciones ahí en donde existen fenómenos que traspasan la frontera del Estado nación.

1.2 Soberanía estatal y orden legal interno

1.2.1 Soberanía estatal y su reconocimiento en el Derecho internacional

El origen de la soberanía está referido al poder supremo dentro del Estado, un asunto del Derecho Constitucional antes que del Derecho Internacional. Sin embargo, el concepto de soberanía tiene implicancia para el Derecho Internacional tal y como lo entendemos contemporáneamente; encontrándose en su misma génesis¹². Tras el triunfo de la noción de soberanía, las relaciones internacionales pasan a configurarse bajo lo que se denominaría el Principio de la Soberanía Nacional. Sin embargo, ante la imposibilidad de que existiese normas internacionales autónomas, se tuvo que sostener que los Estados podían verse obligados a ciertas normas internacionales siempre que diesen su consentimiento. De esa forma, se respetaba el principio naciente de soberanía nacional y se daba inicio al Derecho Internacional como lo conocemos.

La gran mayoría de los productos normativos de esta rama del Derecho se encontraban en efecto compuesto por tratados bilaterales (que involucraban a dos Estados) y regulaban materias específicas y atomizadas, como lo referido a tratados de paz, tratados sobre tributación internacional entre dos Estados, tratados de límites o de inversiones. Posteriormente se advertirá que la noción de soberanía presentaría efectos diferentes para el Derecho Internacional en contraste al derecho interno. La principal de ellas es que, en contraposición a lo ocurrido en el derecho doméstico, la noción de soberanía en el Derecho internacional nunca llegaría a evolucionar hacia la noción de soberanía popular y, por tanto, el papel del ser humano, en esta última manifestación legal, nunca adoptaría una preeminencia absoluta frente al poder del Estado. Ello ha generado que, a lo largo de la vida del Derecho Internacional, los intereses internacionales estuviesen por encima de la protección de los valores mínimos del ser humano. Sólo después de las dos guerras mundiales, se lograría la firma de tratados multilaterales de derechos humanos.

Debido a que el Derecho internacional carece de un instrumento equivalente a una Constitución, la protección del ser humano habría de efectuarse de forma fraccionada a lo largo de décadas. Por ello, los instrumentos de protección de derechos humanos iniciales no tenían un carácter obligatorio, sino de soft law. Solo posteriormente, aquellos instrumentos de soft law (declaraciones de protección de derechos humanos) transmutarían

¹² CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martii; RANGANATHAN, Surabni. **Sovereignty as a Legal Value**. Cambridge UK: Cambridge University Press, 2012

en tratados generales de derechos humanos, aunque debe reconocerse que los primeros instrumentos internacionales obligatorios de derechos humanos universales no incluyeron órganos de monitoreo con fallos obligatorios ante posibles incumplimientos estatales¹³.

La interacción y dinámica de nociones como la Soberanía estatal (tal y como se entiende en el Derecho Internacional), Soberanía estatal (tal y como se entiende en el derecho interno, con el advenimiento de la soberanía popular y el constitucionalismo), el fenómeno de los tratados multilaterales de derechos humanos y la importancia del derecho consuetudinario internacional; todos ellos impactan en el estatus actual de la regulación de los “pueblos indígenas” y nos da una mirada directa en lo que podría ser su próximo desarrollo y derrotero.

1.2.2 Pluralismo jurídico y su vinculación a la problemática indígena

Al respecto, De Souza¹⁴ señala:

El pluralismo jurídico ha de entenderse como la concretización que se da en un mismo espacio geopolítico donde rija, oficialmente o no, más de un régimen jurídico, pudiendo tener dicha pluralidad normativa un fundamento económico, racial, profesional u otro, o corresponderse a un período de transformación social.

Por tanto, el pluralismo jurídico reconoce la existencia de una diversidad social en el substrato que compone la nación, teniendo esto un impacto en la generación de una diversidad legal que regula las diferentes capas sociales. Ahora, han sido ciertas corrientes académicas, especialmente provenientes de la sociología, las que han recordado a los juristas que el pretendido monopolio de la producción legal (basado en el Derecho estatal) colisiona con la realidad social a la que pretende regular. Esto, pues la realidad social evidencia la existencia de una diversidad cultural en los diferentes Estados que nacieron bajo el cuño del ideario del Estado-nación (basado en la presunción de homogeneidad cultural). Y, tras constatar esta diversidad entonces se pudo entender que el Derecho es una manifestación cultural más que puede corporizarse en diversas formas dentro del territorio de los Estados.

1.2.3 El pluralismo cultural

Esto estriba en la agravación de la “diferencia”, dentro de lo que alguna vez fue (o

¹³ STAFFEN, Márcio Ricardo. On the authority of transnational law. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, vol. 23, n. 1, p. 465-482, 2021.

¹⁴ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. **Pensar el Estado y la sociedad**: Desafíos Actuales. Buenos Aires: Waldhunter, 2009.

se pensaba era) homogéneo; es decir como efecto de la consolidación del “pluralismo cultural” dentro de los Estados. Ahora bien, para entender la conexión del pluralismo jurídico con el “pluralismo cultural” (multiculturalismo) debemos explicar este último concepto

El pluralismo cultural hace referencia a una realidad constatable; es decir, a un Estado, una nación o un espacio geográfico donde coexiste una pluralidad de culturas. Esa diversidad de culturas (diversidad cultural) en lo político se formula como pluralismo cultural. Esto entraña la tolerancia a un mosaico de posibilidades y alternativas de posturas y expresiones de un conjunto humano determinado. Esta pluralidad ha ido variando según los momentos de la historia, dada la existencia de realidades diversas, sin embargo, actualmente se encuentra agravada con el reconocimiento formal (constitucional) de la diferencia dentro de los Estados y por diversos reconocimientos informales.

Aunque el pluralismo jurídico nos presenta un escenario que se aparta del modelo unificado del positivismo moderno, éste tampoco implica creer en la existencia de regímenes autónomos fragmentados. Por el contrario, el pluralismo legal nos indica que la existencia de estos regímenes legales semiautónomos, se encuentra en comunicación con los demás sistemas. Por ello, toda medida normativa estatal que pretenda regular materias que cuentan con normas informales o regímenes propios sociales, deberán tomar en cuenta estas últimas para ser efectivas. No tener presente aquello, significa para los Estados la creación de regímenes ineficaces en la práctica y la aceptación en los hechos de ciertos grupos sociales fuera del control real del Estado. Esto, como puede verse, tiene implicancias para los grupos indígenas y, cómo no, para el grupo específico que estudiamos pues el Estado (como veremos más adelante) ha intentado regular la situación de los pueblos indígenas móviles y móviles en zona de frontera.

Es en ese sentido, que el pluralismo jurídico ha captado la problemática indígena. Por ello, Brandt¹⁵ habla del pluralismo jurídico vinculado a lo indígena de la siguiente forma:

En este sentido, si bien, el pluralismo jurídico pudiera entenderse como una respuesta a la ineficiencia estatal en materia de administración de justicia para los pueblos indígenas, esto va más allá, puesto que su reconocimiento implica el entendimiento e interiorización de sus potestades jurisdiccionales, derecho propio y prácticas tradicionales que constituyen la base primordial de su cultura e identidad que les ha permitido existir con identidad propia.

Existe una doble presión, esto es un pluralismo generado “desde arriba” y otro “desde abajo”. El primero: el proceso de globalización del Derecho, que ha supuesto una limitación en la actuación y facultades de los estados nacionales y ha conducido a la reformulación del concepto de soberanía. El segundo: el reconocimiento y afirmación de

¹⁵ BRANDT, Hans-Jürgen. **Normas, valores y procedimientos en la justicia** comunitaria. Lima: IDL, 2002.

identidades, culturas, nacionalidades y sujetos excluidos en los ordenamientos jurídicos de los estados existentes. Esto es relevante para el desarrollo de la investigación a la cual aludiremos más adelante.

Por otro lado, esta perspectiva nos servirá para entender que el pluralismo jurídico también presenta una manifestación activa (y no solo negativa). Es decir, el pluralismo jurídico en lo relativo a la problemática indígena no se agota en reconocer espacios en los que el Estado no debe intervenir (evitando desplazar la vigencia de la producción legal indígena), sino en la necesidad de proteger las bases de aquel pluralismo legal (diversidad cultural). Esta perspectiva activa implica que el estado debe proteger ciertos derechos o situaciones que están en la base del pluralismo legal, como:

- **La diversidad cultural:** considerada por la antropología como formaciones sociales dentro de una misma jurisdicción que presenta características radicalmente distintas (etnias, tribus indígenas). De considera patrimonio cultural de la humanidad, por lo que se señala que no sólo atañe su protección a los Estados, sino a la comunidad internacional, materializando lo dicho en distintos instrumentos internacionales.
- **La identidad cultural:** derecho fundamental de los grupos étnico-culturales, mas no de minorías nacionales. Los primeros buscan que se les reconozca el derecho de ser diferentes, los segundos pretenden términos de integración más justos, aun cuando se les permita mantener a manera de beneficio algunos rasgos de su cultura. Es un derecho fundamental que hoy cuenta con protección tanto a través de instrumentos internacionales como en los ordenamientos jurídicos de los Estados.
- **El Derecho a la diferencia** es el derecho a ser distinto en valores, creencias, adscripción étnica, etcétera. La importancia de esta nueva formulación de la diferencia (como derecho) engloba en un mismo plano a las situaciones de distintividad etnocultural con otras como las identidades de sexo-género (derecho a las diferentes opciones, derechos de los homosexuales en cuanto que tales, entre otros).

2. EL AGRAVAMIENTO DE LA CRISIS DE LA SOBERANÍA ESTATAL Y LOS RECLAMOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR SU AUTODETERMINACIÓN TERRITORIAL Y DE GOBIERNO

La noción de soberanía estatal se encuentra en proceso de relativización y cuestionamiento. En este contexto, encontramos uno de los discursos más representativos de las “poblaciones indígenas”: los reclamos encaminados al reconocimiento de su

autodeterminación. Esta exigencia discursiva vendría de la mano de la teoría indigenista moderna que apuntaría al reconocimiento del multiculturalismo e incluso el plurinacionalismo en los estados, antes que a la asimilación de estos pueblos dentro de las sociedades dominantes como propusiera la corriente centrada en la teoría de la integración.

Esto originó dos vertientes de acción; uno a nivel interno y otro a nivel internacional:

Desde el frente interno, esto se tradujo en la necesidad de reconocer legalmente y, después, constitucionalmente el derecho a la igualdad de estos grupos, ya no solo desde un plano formalista de igualdad ante la ley, sino además cultural. Esto implicaba que el Estado reconociera que los pueblos indígenas tenían el derecho de autodeterminar su modo de vida y a expresar su cultura, por lo que ya no habría campo para su fagocitación en el orden cultural dominante.

Este proceso intrincado de reconocimiento de la autodeterminación de las poblaciones indígenas se vería replicado en otros estados herederos de los colonizadores anglosajones (como Australia, Nueva Zelandia, y otros). Aún más, aquel proceso se aprecia igualmente en diferentes partes del continente americano, específicamente en las excolonias españolas y portuguesas; lo que demuestra que el advenimiento de la autodeterminación indígena constituye un reclamo básico de estas poblaciones, que en muchos casos refleja la necesidad histórica de que se reconozca que son poblaciones diferentes a la sociedad dominante y que merecen tener un su particular modo de vida. En ese sentido, conforme pasara el tiempo, habría un prolífico reconocimiento de la autodeterminación de las poblaciones indígenas a nivel constitucional alrededor del mundo.

Sin embargo, corresponde preguntarse ¿por qué el Estado admitió y aceptó la autonomía de los pueblos indígenas, si esto significa una disminución de su soberanía al interior de su territorio? ¿El reconocimiento efectuado por los Estados a la autodeterminación de las poblaciones indígenas, reflejada en la posibilidad de que estos detenten jurisdicciones individuales, normas propias de aplicación para sus comunidades (en forma de normas consuetudinarias), entre otras, no implica un proceso regresivo, al significar un retorno a la atomización legal dentro del orden interno estatal? ¿No acarrea esto eliminar una de las grandes conquistas de la noción de soberanía? Lo cierto es que estas concesiones autonómicas, a primera vista, implican un deterioro en la noción de soberanía absoluta al interior de los Estados (en especial, en la generación del derecho y de la administración de justicia). Sin embargo, esto es producto de una lucha política de las poblaciones indígenas a lo largo del globo, que ha requerido años en producirse y que los ha visto enfrentados a políticas asimilacionistas y de integración. Esto quiere decir que las cesiones estatales no son el producto de la generosidad del Estado, sino conquistas políticas de los grupos indígenas.

Ahondando respecto a la influencia del Derecho internacional en el reconocimiento a nivel constitucional del derecho de autodeterminación indígena, esto se produciría por el hecho de que el internacional es el primer Derecho en desarrollar el derecho de estos grupos. A diferencia de lo que sucedería con otras ramas del Derecho internacional como el ambiental, que se origina gracias a los desarrollos previos del derecho doméstico, en el caso de los derechos de las poblaciones indígenas, será el Derecho internacional el que tome la vanguardia en su regulación por medio del Convenio 107 y después por medio del Convenio 169 de la OIT.

En ese sentido, con la emisión de los instrumentos de la OIT, se produciría en la esfera internacional un desarrollo teórico profundo sobre la relación de la población indígena y su tierra, su comunidad, entre otras cosas. Y, dado que el Derecho internacional contemporáneo tiende a tener una vida propia y autónoma a la voluntad de los Estados (rompiéndose el antiguo paradigma del voluntarismo estatal), el Estado no podía permitirse dejar el desarrollo y contenido del Derecho de los pueblos indígenas a instancias puramente internacionales. Su incorporación en el derecho constitucional, entonces, sirve como un mecanismo dirigido a influir directamente en los alcances y límites de aquel derecho de autodeterminación que iba ganando momentum en la esfera internacional. Esto, a su vez, se conecta con la segunda razón por la que el Estado realiza aquella concesión, tal y como indicáramos previamente.

3. EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS LIMITACIONES

3.1 La conquista progresiva de sus derechos civiles y políticos

Habiendo dejado establecido el funcionamiento de diferentes elementos conceptuales básicos y su influencia en la “cuestión indígena”, como es el reconocimiento de derechos fundamentales dentro de los órdenes internos estatales, así como el proceso de reconocimiento de los mismos en las relaciones internacionales, el papel de la soberanía del Estado, la influencia de procesos complejos como la globalización y el rol de los organismos no gubernamentales internacionales; a continuación, nos enfocaremos en analizar, específicamente, el contenido de los derechos que hasta ahora se les han reconocido a estos grupos.

En este espacio nos centraremos en el contenido de los derechos indígenas en lo referido a sus derechos civiles y políticos. Pero antes de entrar de lleno en ello, cabe aclarar ciertos puntos preliminares sobre este tipo de derechos. Es bien conocida la clasificación clásica de los derechos humanos por la que se reconoce la existencia de una primera generación de ellos, correspondiente a los derechos civiles y políticos. Esta primera generación de derechos incluiría el derecho a la vida, el derecho a la libertad y seguridad

personal, el derecho al libre movimiento, el derecho a ser escuchado, el derecho a la privacidad, el derecho a la libertad religiosa y a la libertad de expresión, el derecho a la vida en familia y los derechos especiales de minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, entre otros.

En contraposición a estos derechos, se entendía que los derechos económicos, sociales y culturales constituían derechos que los Estados, aunque obligados por tratados o por su ley fundamental, debían implementar en el orden interno de forma progresiva. Por ejemplo, el derecho al empleo, si bien es un derecho, solo sería exigible progresivamente, presentando aquel un contenido programático para el Estado, antes que un derecho individual en estricto en favor de sus ciudadanos.

Esta división de los derechos humanos habría de tomar fuerza especialmente porque en el marco de las Naciones Unidas, los dos primeros instrumentos obligatorios universales referidos a los derechos humanos, el PIDCP y el PIDESC (que incluyen derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales respectivamente) fueron elaborados en dos instrumentos distintos. Sin embargo, como bien recuerda Cançado¹⁶:

Desde esta época, esta dicotomía no revestía un carácter absoluto, puesto que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos prevé la posibilidad de una realización progresiva de ciertos derechos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene disposiciones susceptibles de aplicación a corto plazo; los límites entre las dos categorías no son entonces siempre precisos, tal vez la distinción es ante todo una cuestión de grado o de intensidad de las obligaciones generales que vinculan a los Estados partes.

Ahora bien, debe dejarse claramente sentado que, sea que nos refiramos a los derechos civiles y políticos, o económicos, sociales y culturales, su contenido no siempre requiere ser reinterpretado a modo de derechos culturales. A decir verdad, los sistemas de protección de derechos humanos, tanto en el SUDH (con el PIDCP y el PIDESC), como en el SIDH o el SADH, permiten que los derechos incluidos en estos sean disfrutados por los pueblos indígenas sea a título de derechos individuales como desde una manifestación cultural. En ese sentido, solo una parte de los derechos humanos de los pueblos indígenas son reinterpretados, adoptando un contenido distinto al regular, específicamente, con características colectivas. Es así como, en la sección que continua, solo nos centraremos en los derechos civiles y políticos incluidos en el PIDCP o en la Convención Americana de Derechos Humanos (u otro instrumento), que ha adoptado un contenido particular y solo aplicable a los pueblos indígenas.

La mayor parte de los derechos denominados derechos civiles y políticos representan derechos ya reconocidos en favor de los pueblos indígenas en los ordenamientos

¹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio. La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 40, p. 11-23, 2001.

internos estatales. Y es que, tal y como se indicara en los dos primeros capítulos de la presente investigación, después de la era colonial, se reconoció en favor de los pueblos indígenas derechos básicos como la igualdad ante la ley, capacidad jurídica, derecho de votación y derechos de propiedad.

Estos reconocimientos lograrían estatus constitucional, gozando de reconocimiento general, aun cuando en algunos casos fuese solo formalmente. Aun así, algunos de aquellos derechos reconocidos en pie de igualdad con la sociedad dominante, significaba la descripción de la vida indígena con cierta deformación en lo que respecta a su imaginario colectivo. Con el fin de superar esto, algunos derechos civiles y políticos de los grupos indígenas, como por ejemplo el de la libertad religiosa, o las provisiones de estos como minorías, habrían de ser reinterpretadas.

Si bien, los pueblos indígenas han visto con cierta desconfianza la reconducción de sus especiales necesidades de protección a la categoría de minoría étnica (al significar la interpretación de sus derechos desde un enfoque individualista en detrimento a una noción colectiva de sus intereses), es en base a esta disposición que el Comité de Derechos Humanos ha logrado los logros significativos para la protección de sus derechos en el SUDH. Y, aunque aún no se ha determinado concretamente si el artículo 27° del PIDCP incluye una concepción colectiva de los derechos humanos de las minorías; lo cierto es que el mismo ha representado un avance importante en la concepción general de los derechos humanos. En ese sentido, se brinda un impulso importante al reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas como grupos particulares. Esto, en primer lugar, por el hecho de que, aunque en aquella provisión no se habla de grupos indígenas; sus reclamos se han visto atendidos en base a dicha provisión; aun en los casos en que los reclamos provienen de grupos en Estados en donde los pueblos indígenas en estricto no constituyen una minoría, pues, en ciertos casos, los reclamos lo formulan grupos provenientes de Estados en donde los grupos indígenas constituyen un segmento de la población significativa o bien la mayoría.

Lo relevante en este caso es que el Comité, antes de utilizar las provisiones del PIDCP en lo concerniente a la prohibición de discriminación o al derecho de escoger el lugar de residencia libremente (tal y como está establecido en el artículo 12°) preferiría analizar la posible vulneración sufrida por la recurrente en base al artículo 27° de forma tal de recoger cualquier posible vulneración al derecho de disfrutar la propia cultura; que en este caso sería la cultura indígena de la peticionaria. Al respecto, el Comité indicaría lo siguiente:

El derecho de vivir en una reserva (indígena) no se encuentra en sí garantizada por el artículo 27° del Pacto. Aún más, el Acta Indígena no interfiere de forma directa con las funciones que son expresamente mencionados en aquel artículo. Sin embargo, en opinión del Comité el derecho de Sandra Lovelace a acceder a su cultura y lengua nativa en comunidad con otros miembros de aquel grupo ha sido y continúa siendo interferido en tanto no existe otro lugar fuera de la Reserva Tobique en el que aquella comunidad exista.

(...) En vista de estos hallazgos, el Comité no considera necesario examinar si los mismos hechos además implican violaciones separadas de los otros derechos invocados. (...)

Lo establecido por el Comité en este extremo resulta ilustrativo para entender la dinámica que éste habría de adoptar en los años por venir. Y es que, frente a denuncias efectuadas por poblaciones indígenas, el Comité vería necesario, antes de analizar sus derechos, a la luz de los derechos individuales tradicionales incorporados en el PIDCP, tener en cuenta si los mismos implicaban una manifestación cultural, y por lo mismo sin blindaje completo en las provisiones pensadas desde una teoría individualista de los derechos humanos. Por esto mismo, el Comité analizaría constantemente los reclamos de las poblaciones indígenas a la luz del artículo 27°, pues este artículo provee ciertas ventajas en su aplicación a estos grupos. Es así como, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los derechos de los pueblos indígenas terminan adoptando contornos distintos, pudiendo ser ejercidos en base a derechos tradicionales o, por medio de provisiones de enfoque cultural, que en muchos casos serán la única forma de proteger ciertas circunstancias que no encontrarían una resolución equilibrada para ellos.

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos para dar respuesta a los reclamos del grupo indígena excluiría la aplicación de este artículo pues el mismo solo es exigible a título colectivo y, el procedimiento ante el Comité solo permite denuncias a título individual. Ante esta situación, el Comité analizaría la denuncia presentada por el Pueblo Indígena Lubicon Lake a la luz del artículo 27° del PIDCP, admitiendo a trámite un caso que conllevaba el análisis de cuestiones económicas, sociales y culturales. El Comité indicaría al respecto:

Aunque inicialmente circunscrito a los términos de violaciones a las provisiones del artículo 1° del Pacto, no existe duda que muchos de los reclamos presentados generan cuestiones bajo el artículo 27°. El Comité reconoce que los derechos protegidos por el artículo 27°, incluye el derecho de las personas, en comunidad con otros, a involucrarse en actividades **económicas y sociales** que son parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen. (Énfasis agregado)

Con ello, queda claro que el artículo 27° del PIDCP, representa una cláusula que, para el caso de los pueblos indígenas, conecta sus derechos civiles y políticos con derechos de naturaleza económico, social y cultural. Y no podría ser de otra forma, en tanto los derechos civiles y políticos, clásicamente concebidos, representan para los propósitos de los pueblos indígenas un simple reconocimiento en pie de igualdad con los otros segmentos de la sociedad en donde se encuentran. Sin embargo, como se ha visto en las secciones previas de esta investigación, la igualdad formal, propia de los denominados derechos civiles y políticos, puede conllevar a la desintegración y extinción de la cultura indígena en tanto esta se basa en la posibilidad de mantener una diferenciación frente a otros grupos.

El disfrute de los derechos a los que se refiere el artículo 27° (del PIDCP) no

menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte. No obstante, en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo -por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura- **pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría.** (Énfasis agregado)

3.2 La reivindicación de sus derechos económicos, sociales y culturales

Habiendo revisado de forma general las reivindicaciones de los pueblos indígenas a sus derechos civiles y político y teniendo en cuenta las implicancias de ello para la concepción general de los derechos humanos y el nacimiento de herramientas teóricas que han permitido la protección efectiva de aquellos derechos, a continuación, pasaremos a dar revisión al reconocimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales.

3.2.1 Concepción general de los derechos económicos, sociales y culturales

Desde la teoría clásica de los derechos humanos, existe cierta tendencia de dividir los derechos que la componen en dos o hasta tres grupos. Al respecto, debe tenerse presente que los derechos económicos, sociales y culturales nacen como categoría independiente a las de los derechos civiles y políticos por cuestiones históricas y por razones filosóficas. Si bien estos derechos surgen como una categoría independiente; como ya se ha indicado, la interdependencia de ambas categorías de derechos (civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales) es patente y actualmente incuestionable. Ahora, por cuestiones de orden, debe tenerse en cuenta cuáles son los derechos que son incluidos en la vieja clasificación de derechos económicos, sociales y culturales, y que han sido, a su vez, reconocidos a favor de los pueblos indígenas. Para esto, tengamos en cuenta que los derechos económicos, sociales y culturales incluyen según el PIDESC, el derecho al trabajo, derecho sindical, derecho a la alimentación y vivienda adecuada, derecho a la salud/medio ambiente, entre otros.

Ahora, de forma similar a lo que se produjo con el reconocimiento de ciertos derechos especiales en el SUDH en favor de los pueblos indígenas al reinterpretarse los derechos civiles y políticos tradicionales, también serían objeto de reconducción reinterpretativa los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, una diferencia es saltante. A diferencia de los derechos civiles y político reconocidos en el PIDCP, los derechos del PIDESC no cuentan con un órgano que determine su cumplimiento con un alcance similar. Por esta razón, no existen casos que desarrollen el contenido de aquellos derechos para los pueblos indígenas. Debe tenerse presente que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales recién vino a cobrar existencia en 1985, y solo en 2008 –mediante Resolución de Asamblea General– se aprobaría el Protocolo Facultativo del PIDESC que le permite recibir y considerar comunicaciones.

En ese sentido, no presenta el desarrollo jurisprudencial de su contraparte. Aun así, en otros sistemas de protección de derechos humanos los derechos económicos, sociales y culturales han sido ejercidos y protegidos de forma similar al caso de la ampliación efectuada a ciertas provisiones de derechos civiles y políticos. Por ejemplo, en el SIDH se haría esto con el fin de ampliar el sentido a provisiones referidas a derechos civiles a tal punto de cubrir derechos económicos y sociales que no han sido consagrados expresamente en la Convención Americana. De este modo, la Corte Interamericana en diversos casos ha considerado que el derecho a la vida incluye el concepto de “vida digna”, concepto en donde puede encontrarse obligaciones implícitas del Estado respecto al aseguramiento del derecho de salud de las personas; modo al derecho de estos a un ambiente equilibrado. Y, para el caso de los pueblos indígenas, el mayor de las reconceptualizaciones se daría de la mano de la ampliación del derecho de propiedad, el mismo que rebrotaría desde una concepción cultural.

3.2.2 ¿Derechos económicos, sociales y culturales dentro de la lucha por los derechos indígenas?

El mejor lugar para encontrar este tipo de reconocimientos se encuentra en el SIDH de la mano de la labor efectuada por la Corte Interamericana. En el caso ya mencionado de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, la Corte Interamericana, al analizar la supuesta adjudicación de tierras comunales indígenas en favor de terceros y el incumplimiento del Estado por reivindicarles los mismos, conectó la exigibilidad del cumplimiento del derecho de propiedad de la Comunidad Indígena Yakye Axa con el derecho a la alimentación y a la salud de este grupo. Uno de los aspectos más relevantes del análisis llevado a cabo por la Corte Interamericana se encuentra en el hecho de que encuentra la forma de hacer exigibles niveles mínimos de aseguramiento y protección al derecho de salud y alimentación mediante la interpretación extensiva y evolutiva del derecho a la vida al incorporar el concepto de “vida digna”.

Otro caso interesante para tener en cuenta es el caso del Pueblo de Saramaka v. Suriname, oportunidad en que la Corte tuvo que analizar los reclamos del Pueblo Saramaka (pueblo tribal) que sufrió la desposesión en la titularidad de sus tierras ancestrales, al ser otorgadas concesiones sobre estos en favor de empresas extractivas. El caso, es de importancia por el contenido brindado respecto a lo que constituye un “pueblo tribal”, resalta además por la conexión que hace la Corte entre el derecho de propiedad de aquellas poblaciones (resguardado por el artículo 21° de la Convención Americana), el derecho del

grupo tribal a disponer de sus recursos naturales ubicados en sus territorios y el derecho a que toda concesión u otorgamiento de derechos en favor de terceros requiera la puesta de información veraz mediando estudios ambientales para determinar el impacto que tendrán en sus vidas.

El Derecho de los pueblos indígenas ha procedido a regular de forma más comprensiva los derechos de estos grupos. En primer lugar, la dicotomía entre la generación de derechos humanos pierde sentido y, en segundo lugar, el solo reconocimiento de derechos individuales es reconocido como insuficiente para los indígenas.

3.3 Actuales reclamos de los pueblos indígenas

Para hablar de los reclamos que vienen formulando los pueblos indígenas, baste mencionar los que se ha efectuado en foros internacionales como: i) El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas o ii) En la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Como veremos enseguida, en ambos espacios se ha puesto énfasis creciente en el tratamiento de ciertos tipos de reclamos que van adquiriendo cada vez más protagonismo en la vida de los grupos indígenas. Podemos clasificar los siguientes reclamos:

Participación en la Toma de Decisiones (Gobernanza) - Uno de los reclamos que va adquiriendo mayor fuerza dentro de los grupos indígenas es el derecho que les asiste a influir directamente en las políticas que afectarían sus intereses. Si bien, esto no constituye una novedad en sí misma, pues podemos encontrar provisiones internacionales que tratan de hacer efectivo aquel derecho, lo cierto es que, solo en los últimos años los reclamos indígenas se han centrado de forma tan clara en reclamar su derecho de participación. Esto es así, pues, aunque reconocida la participación de los pueblos indígenas en instrumentos internacionales (así como en diversa legislación nacional) lo cierto es que la concreción de este derecho en la realidad aún se encuentra lejos de efectuarse de forma efectiva. Por ello, la participación efectiva en la formulación de políticas públicas sigue siendo un reclamo constante que va adquiriendo nuevos contornos.

Protección del Medio ambiente Indígena y Reconocimiento de la Titularidad sus Recursos Naturales - Vinculado al reclamo anterior, se encuentra el reclamo indígena a la protección efectiva de su medio ambiente, especialmente frente al desarrollo de proyectos en sus territorios o cercanos a estos (lo cual se debe efectuar, mediando la elaboración y aprobación de un estudio ambiental) y el reclamo dirigido a que se proteja, de forma efectiva, su derecho a obtener los recursos naturales (superficiales) que vienen usando tradicionalmente, aun cuando sean aprobados proyectos de explotación de recursos.

En su informe Charters y Stavenhagen¹⁷ que los pueblos indígenas han argumentado, legítima y extensamente, que los grandes proyectos de desarrollo que no tienen en cuenta sus intereses fundamentales entrañan la violación de sus derechos humanos básicos. Dichos pueblos mantienen que la concepción indígena del desarrollo autónomo se [basa] en los principios del respeto y la conservación de la tierra, los recursos naturales y todos los elementos del medio ambiente natural; el consenso en la adopción de decisiones; y el respeto mutuo de los valores y de la ideología de los pueblos, incluida la soberanía sobre la tierra, los recursos y el medio ambiente con arreglo al derecho natural.

Todo esto sirve para poner en relieve el hecho de que los reclamos provenientes de los pueblos indígenas, por la vulneración de su derecho a un ambiente equilibrado, constituye uno de los reclamos, con la participación y protección de sus tierras, que más cala en la discusiones y foros internacionales. Aún más, ha logrado articular el interés de una serie de actores nacionales, ONGs internacionales y nacionales (y ya no solo tribunales) con el fin de determinar lo que está sucediendo con la protección de la salud, alimentación y protección cultural indígena. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que los conflictos relativos a proyectos extractivos y el medio ambiente, además de ser frentes políticos se enmarcan en una realidad jurídica, pues, como se verá más adelante (capítulo 4), este es uno de los reclamos que mayor recepción ha tenido en la jurisprudencia internacional y nacional.

Ahora bien, aunque el proceso de reconocimiento referido a los derechos ambientales de la población indígena se va formulando caso por caso, nos encontramos en un momento idóneo para preguntarnos: ¿Qué implica hablar de los reclamos sobre el medio ambiente de los pueblos indígenas? ¿En qué reconocimientos legales se han traducido estos cuando han sido atendidos por órganos internacionales? En el caso de los reclamos referidos al medio ambiente, esto ha llevado a que se hable del derecho de esos pueblos a exigir que el Estado apruebe un estudio ambiental antes de aprobar la ejecución de cualquier proyecto de inversión considerable, asegurándose que no afectarán negativamente a los indígenas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se ha mencionado hasta el momento, existe una diversidad de reclamaciones provenientes de los pueblos indígenas. Como resulta evidente, esta multiplicidad de reclamos tiene dos posibles derroteros; la denegación de lo solicitado o, el reconocimiento de las exigencias. De ser este el último caso, las victorias indígenas tendrían que materializar en la formulación de derechos exigibles y concretos en los Estados en donde

¹⁷ CHARTERS, Claire; STAVENHAGEN, Rodolfo (ed.). **El Desafío de la Declaración** - Historia y Futuro de la Declaración de la ONO sobre Pueblos Indígenas. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. 2010.

se encontraran.

De forma similar a como se ha producido la concreción de los reclamos indígenas a participar en la toma de decisiones de políticas públicas, los reclamos por la protección efectiva a su medio ambiente y el acceso a sus recursos naturales también adquiriría concreción en el mundo legal internacional. Para esto, primero tuvo que reconocerse que los reclamos medio ambientales se encontraban íntimamente ligados al derecho a la salud y a alimentación indígena y, en definitiva, a una final desigualdad social, pues, ante la afectación de su medio ambiente, las consecuencias se trasladarían a sus derechos a obtener recursos, impactando directamente en la capacidad de cubrir sus otras necesidades básicas.

Sin embargo, una lucha tan multiforme difícilmente lograría conquistas concretas. Por ello, los reclamos medio ambientales, finalmente, serían traducidos en derechos específicos. Sin ánimos de agotar el tema, podemos encontrar algunos reconocimientos de derechos que giran entornos a los reclamos medioambientales de los pueblos indígenas, a decir: i) El derecho de los indígenas como la obligación del Estado de exigir que se lleve a cabo estudios ambientales de forma previa a la aprobación de proyectos que pudieran impactar en los territorios nativos y ii) El reconocimiento a favor de los pueblos indígenas a seguir disponiendo de los recursos naturales que han venido explotando de forma ancestral en su territorio.

De forma idéntica a cómo este derecho fue reconocido progresivamente, el derecho de que los pueblos indígenas a seguir explotando sus recursos naturales ancestrales también serían reconocidos. En ese sentido, cualquier proyecto de inversión deberá tener presente aquel derecho con el fin de evitar su vulneración o restricción. Este derecho a los recursos naturales fue reconocido en instrumentos escritos (como la DNUDPI) y, posteriormente, explicitado por la Corte Interamericana. Lo importante en este punto, es tener presente la consonancia entre las exigencias indígenas sobre estos temas en los foros domésticos e internacionales y los derechos que han sido reconocidos.

En un contexto así, en donde la participación de las negociaciones internacionales es un requisito para obtener un reconocimiento legal pleno, ¿Cómo lograrán los pueblos indígenas móviles transfronterizos (en aislamiento) obtener derechos que resuelvan sus particulares necesidades de protección? ¿No es cierto que el énfasis en participación de las políticas públicas y, con ello, en la aprobación de estudios ambientales, o parte de la presunción de la posibilidad de que los indígenas tengan la capacidad de ser incluidos en dicho proceso?

¿Qué sucede con las poblaciones indígenas que, con el fin de asegurar su supervivencia, necesitan ser excluidas de toda negociación? ¿Hasta qué punto, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas de forma general, como la consulta previa, el

consentimiento libre e informado, o la participación en estudios ambientales, pueden ser adaptados a las características especiales de los pueblos indígenas móviles transfronterizos?

Para garantizar los derechos mencionados, será fundamental una mayor consideración de sus particularidades en las instancias de toma de decisiones internacionales. Esto implica una mayor inclusión de sus voces y perspectivas, así como la adopción de medidas específicas que aborden sus necesidades de protección y sostenibilidad cultural. Además, es esencial fomentar la cooperación entre los Estados y las organizaciones internacionales para asegurar que estos pueblos sean debidamente representados y protegidos en el ámbito internacional.

En conclusión, el reconocimiento de los derechos indígenas, especialmente en lo referente a la protección medioambiental y el acceso a los recursos naturales, es un proceso en constante evolución. Si bien se han logrado avances significativos, es fundamental seguir trabajando en la concreción de estos derechos para asegurar la justicia y el respeto de la diversidad cultural y ambiental en el mundo actual.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANAYA, James y GROSSMAN, Claudio. El Caso Awas Tingni vs. Nicaragua: Un Nuevo Hito en el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. **Revista IIDH**, n. 11, 2003.

BRANDT, Hans-Jürgen. **Normas, valores y procedimientos en la justicia** comunitária. Lima: IDL, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 40, p. 11-23, 2001.

CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martii; RANGANATHAN, Surabni. **Sovereignty as a Legal Value**. Cambridge UK: Cambridge University Press, 2012

CHARTERS, Claire; STAVENHAGEN, Rodolfo (ed.). **El Desafío de la Declaración** - Historia y Futuro de la Declaración de la ONO sobre Pueblos Indígenas. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. **Pensar el Estado y la sociedad: Desafíos Actuales**. Buenos Aires: Waldhunter, 2009.

FREEMAN, Michael; NAPIER, David. **Law and Anthropology: Current Legal Issues**. Madrid: Editorial Trotta. 2007.

HOWARD, Michael. **Transnationalism and Society: An Introduction**. Edit. McFarland & Co. in Jefferson, 2011.

KINGSBURY, Benedict. Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law. **New York University Journal of International Law and Politics**. n. 34, 2001.

MEREMINSKAYA, Elina. El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y Experiencias Comparadas. **Estudios públicos**, n. 121, p. 213-276, 2011.

MILLER, Robert. **The History of Federal Indian Policies**. SSRN, mar. 2010. Disponible: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1573670>

PORTES, Alejandro; GUARNIZO, Luis; LANDOLT, Patricia. The Study of Transnationalism: Pitfalls and Promise of an Emergent Research Field. **Ethnic and Racial Studies**. v. 22, n. 2, 1999.

ROJAS ZOLEZZI, Martha; ROJAS ZOLESSI, Enrique. El ciudadano indígena: el problema de la relación entre sujetos colectivos y el Estado liberal. Una visión desde la Amazonia. **Anthropologica**, v. 18, n. 18, p. 196-210, 2000.

STAFFEN, M. R.; ZAMBAM, N. J. Direito Global e desigualdades: um estudo a partir do “Direito dos Povos” de John Rawls. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 243–258, 2015. DOI: 10.5902/1981369419243. Disponible: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19243>. Aceso: 26 jul. 2023..

STAFFEN, Márcio Ricardo. On the authority of transnational law. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, vol. 23, n. 1, p. 465-482, 2021.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Los Derechos Indígenas: Nuevo Enfoque del Sistema Internacional. **Revista IIDH**. 1991.

INFORMAÇÕES DO AUTOR

Guido César Aguila Grados

Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Brasil. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario - UNR (Argentina); Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante UA (España) & por la Università Degli Studi di Palermo (Italia). Docente en la Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL (Peru).

COMO CITAR

GRADOS, Guido César Aguila. La protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 28, n. 2, p. 311-336, 2023. DOI: 10.14210/nej.v28n2.p311-336.

Recebido em: 14 de mar. de 2023

Aprovado em: 01 de jun. de 2023