UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO

"EL DERECHO INDÍGENA Y EL PLURALISMO JURÍDICO EN JOSÉ ANTONIO ENCINAS, PARA ENTENDER LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE PUNO, 2015"

PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

TESISTA: DAVID ALBERTO PAYE APAZA

ASESORA: DRA. JANETH TELLO CORNEJO

HUÁNUCO – PERÚ

2018

DEDICATORIA

Con profundo amor a mi esposa Araceli, a mis encantadores hijos Antero David y Adriana, la razón permanente de mi superación.

David Alberto

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional “Hermilio Valdizán” por su esfuerzo de acreditación.

A la Escuela de Posgrado por ser el centro de investigación.

A los doctores docentes por el rigor científico que le imponen al conocimiento jurídico y científico.

David Alberto

“He vivido a plenitud con muchos cambios paradigmáticos, lo que me a permitido soñar para que la vida cada día sea más interesante para entender y mejorar mis acciones”

David Alberto Paye Apaza

RESUMEN

El problema que ha conmovido nuestra conciencia intelectual fue el derecho indígena y el pluralismo jurídico en la obra de J.A. Encinas y su vigencia en el contexto nacional.

Objetivos: demostrar la vigencia del derecho indígena y el pluralismo jurídico. Cuando algo falta en su sentencia, éste ya no es normal, de ahí que introducir este problema al contexto de derecho general ha sido y es nuestra responsabilidad.

Se elaboró el instrumento y se trabajó con una muestra de 40 personas incluidas en el problema, se tomó la encuesta y en 16 tablas, gráficos e interpretación, las mismas que dieron lugar a los resultados.

Seguido, se contrastó los resultados con los referentes bibliográficos, las bases teóricas, las encuestas, se tomó en Puno, puesto que la obra del gran maestro José Antonio Encinas tuvo como escenario la región Puno.

Palabras clave: derecho indígena, pluralismo jurídico, obra de José Antonio Encinas.

RESUMO

O problema que abalou nossa consciência intelectual foi o direito indígena e pluralismo jurídico no trabalho de J.A. Oaks e sua validade no contexto nacional.

Objetivos: demonstrar a validade do pluralismo jurídico e direito indígena. Quando algo faltando na sua declaração, é não mais que normal, apresenta este problema no contexto da lei geral foi e é nossa responsabilidade.

O instrumento foi elaborado e trabalhou com uma amostra de 40 incluído no problema, o levantamento foi tomadas e 16 tabelas, gráficos e interpretação, a mesma que deu origem aos resultados.

Seguido, com referências bibliográficas, bases teóricas, os levantamentos de resultados é contrastado, tomadas em Puno, desde que o trabalho do grande mestre José Antonio Encinas teve como pano de fundo da região de Puno.

Palavras-chave: direito indígena, pluralismo jurídico, a obra de José Antonio Encinas.

ABSTRACT

The problem that has shaken our intellectual conscience was the indigenous law and legal pluralism in the work of J.A. Oaks and its validity in the national context.

Objectives: to demonstrate the validity of legal pluralism and indigenous law. When something missing in your statement, it is no longer normal, why introduce this problem in the context of general law has been and is our responsibility.

The instrument was elaborated and worked with a sample of 40 included in the problem, the survey was taken and 16 tables, graphics and interpretation, the same that gave rise to the results.

Followed, with bibliographic references, theoretical bases, the surveys results is contrasted, taken in Puno, since the work of the great master José Antonio Encinas had as a backdrop the region Puno.

Key words: indigenous law, legal pluralism, the work of José Antonio Encinas.

INDICE

DEDICATORIA ii

AGRADECIMIENTO iii

RESUMEN v

RESUMO vi

ABSTRACT vii

INDICE viii

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.3. OBJETIVOS 4

1.4 HIPOTESIS 5

1.5. VARIABLES 5

1.5.1 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES 6

1.6. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA 6

1.7 VIABILIDAD 8

1.8 LIMITACIONES 8

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.2. MARCO DOCTRINAL 16

2.3 EL PENSAMIENTO PEDAGÓGICO DE JOSE ANTONIO ENCINAS FRANCO 36

2.4. CONCEPTOS IMPORTRANTES DENTRO DEL MARCO CONCEPTUAL 78

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN 101

3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA 101

3.3 DEFINICIÓN OPERATIVA DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN

DE DATOS - DESCRIPCION DE METODOS POR OBJETIVOS.....101

3.4 TÉCNICAS DE RECOJO, PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS 102

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

5.1 CONTRASTACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO CON LOS REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS DE LAS BASES TEÓRICAS 120

5.2. APORTE CIENTÍFICO 123

CONCLUSIONES 125

SUGERENCIAS.....127

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....129

ANEXOS.....132

ANEXO 01: MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES 133

ANEXO 02: MATRIZ DE CONSISTENCIA.....134

ANEXO 03: INSTRUMENTOS.....135

NOTA BIOGRÁFICA

ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE DOCTOR

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICA

INTRODUCCIÓN

La Universidad como formadora de profesionales para la preservación, proyección, desarrollo y difusión del conocimiento científico y la cultura fundamentalmente abocado al Derecho y la justicia.

El derecho como fenómeno jurídico-cultural se ha visto revestido de grandes teorías siempre orientadas a la conservación y desarrollo del hombre y la sociedad. El Derecho indígena y el pluralismo jurídico ha ganado en gran espacio gracias a la vivencia y e impulso que le ha dado el Dr. José Antonio Encinas, desde los albores de la implantación de los derechos fundamentales y humanos. Así como B. A. Jorge en su obra “Teoría General del Derecho Inclusivo”, sostiene que la inclusión debe ser fundamentalmente para la igualdad y la paz social.

En el I Capítulo. Se ha tratado el planteamiento del problema, problema, objetivos e hipótesis.

En el II Capítulo, se ha desarrollado lo concerniente al marco teórico: antecedentes, bases de investigación.

En el III Capítulo, se trató sobre el proceso metodológico de la investigación donde tocamos el tipo, nivel, diseño, métodos y técnicas de recolección de información.

En el IV Capítulo, nos detuvimos para hacer un análisis de la validez y confiabilidad del instrumento de investigación.

En el V Capítulo, realizamos la discusión de los resultados, contrastando la información estadística más conocida como trabajo de campo, con los referentes bibliográficos de las bases teóricas, epistémicas, también se hizo la validación de las hipótesis: general y específicas. También el aporte científico para concluir en las conclusiones, sugerencias, bibliografía y anexos,

David Alberto

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

La grave crisis de institucionalidad y deslegitimidad del Estado y la Sociedad peruana, obedece al mal diseño del Estado y de nuestro Orden Socio-Jurídico. Los gobiernos que hemos tenido a lo largo de toda la República, no han hecho sino seguir el tinglado de exclusión y de subordinación al modelo colonial que tanto daño nos ha hecho al instalarse primero como un sistema de gobierno, y posteriormente al quedarse como una herencia colonial mental. Es en este marco que tanto nuestro Estado, como la institucionalidad jurídica, Política, económica que tenemos en el país sigue sin reconocer y proteger debidamente los derechos indígenas de más de 160 etnias que viven tanto en la Amazonía, como en la serranía de nuestro territorio nacional. Ante éste problema de falta de reconocimiento de ser sujetos de derecho y de, protección a su condición de personas y seres humanos, es que el presente trabajo lo que busca es mostrar una dramática realidad que sufren nuestro compatriotas que por razones de ser la estirpe que ha sucedido a nuestros antepasados, y conservan y cultivan culturas ancestrales en su realización social, sean desconocidos, expatriados, considerados en un rubro incluso de extraterritorialidad en nuestro país. Lo que considero que es completamente injusto, que contraviene en esencia los principios y fines de una democracia, de un Estado de Derecho que se precia de ser unitario, cuando el propio sistema es excluyente y discriminador.

En ese sentido el problema radica en su carácter de legitimidad del derecho ordinario que tenemos en nuestro país, que reproduce la colonialidad del poder, que sojuzga los derechos indígenas en contravención incluso de las normas internacionales, y hasta de los principios básicos de la dignidad humana y el goce de sus derechos fundamentales.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Problema General

Cómo incide el Derecho Indígena en el pluralismo jurídico en la obra de José Antonio Encinas?

Problemas Específicos

1. ¿Cuál es el valor del Derecho Indígena en la obra de José Antonio Encinas?
2. ¿Cómo incide el pluralismo jurídico en la obra de José Antonio Encinas?
3. ¿Cuál es la vigencia de la obra jurídica de José Antonio Encinas en los derechos humanos?

1.3. OBJETIVOS

Objetivo General

Determinar cómo incide el Derecho Indígena en el pluralismo jurídico en la obra de José Antonio Encinas.

Objetivos Específicos:

- Determinar el valor del Derecho Indígena en la obra de José Antonio Encinas.
- Determinar cómo incide el pluralismo jurídico en la obra de José Antonio Encinas.
- Constatar la vigencia de la obra de José Antonio Encinas en los Derechos Humanos.

1.4 HIPOTESIS

Hipótesis General

- El Derecho Indígena incide favorablemente en el pluralismo jurídico de José Antonio Encinas.
- El Derecho Indígena tiene vital importancia en la obra de José Antonio Encinas.
- La obra de José Antonio Encinas refleja su importancia en la defensa de los Derechos Humanos.

1.5. VARIABLES

Vx : El Derecho Indígena.

Vy : El pluralismo jurídico

1.5.1 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DEFINICIÓN DE VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTO
Vx Derecho Indígena	Disciplina cuya finalidad es la de normar las relaciones jurídicas propias de la estructura de la organización social, económica, política, religiosa, etc. de la población indígena del país, en la que tratan de conservar su identidad, su lengua, su historia, su cultura y el derecho de propiedad.	Normar las relaciones jurídicas, organización social, económica, política, educativa, población indígena, distribución de las tierras indígenas Conservar identidad, su lengua, su historia, su derecho a la propiedad, tierras.	¿Para qué se norman las relaciones jurídicas? ¿Conoce la organización social indígena? ¿Por qué la presencia del analfabetismo indígena? ¿Conoce la situación indígena? ¿Cuáles son las dimensiones más desarrolladas? ¿Cómo está organizada la población indígena? ¿Son dueños de las tierras que ocupan? ¿Cómo conservan su identidad los indígenas? ¿Qué lengua usan los indígenas? ¿Sus derechos son?	Encuestas
Vy Pluralismo jurídico de José Antonio Encinas	El pluralismo jurídico de José Antonio Encinas se manifiesta en la defensa del niño y de la mujer indígena, los derechos fundamentales y sobre todo la educación.	Pluralismo jurídico, Defensa del niño, La mujer indígena Derechos fundamentales La educación	¿José Antonio Encinas, cómo lo manifiesta su pluralismo jurídico? ¿Qué lugar ocupan los niños y mujeres en la obra de Encinas? ¿Qué dice sobre la educación? ¿Qué derechos fundamentales les plantea José Antonio Encinas? ¿Encinas fue férreo defensor de…?	Encuestas

1.6. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA

La agudización de la crisis social en todos los ámbitos, ha llevado al Perú, así como a otros países, a distanciarse de ser un Estado Social y Democrático, por no corresponder el modelo jurídico-constitucional a la realidad socio-cultural de estos pueblos. Consciente de esta situación y estando seguro que el cambio

de modelo en la estructura y el sistema jurídico-constitucional del país sería la única forma de viabilizar un Estado social que genere orden y bienestar en el ámbito familiar, fue una de las razones fundamentales para decidir abordar este tema y proponer la presente tesis.

En nuestro país se viene observando que no existe la voluntad y el propósito de hacer una verdadera reivindicación de los Derechos Indígenas por más que exista todo un ordenamiento internacional respecto a leyes que protejan estos derechos y por más que en los últimos tiempos se viene operando cambios en el pensamiento social; cambios en la conciencia interna que se manifiestan en exigencias un nuevo orden de la vida social y del derecho, y que apuntan a cuestionar el modelo del Estado de Derecho, por su inoperancia como modelo de estructura constitucional al momento de plasmar a la realidad, y sobre todo de alejarse de la asistencia y garantía que debe de dar a los peruanos más desposeídos. Es por ello, que nos proponemos a rescatar los aportes doctrinarios de pensadores como José Antonio Encinas quien en su tiempo ya se adelantaba a proponer la necesidad de que en el Perú se construya una verdadera nación, considerando a los indígenas y reconociendo sus derechos como parte sustancial del sentido de peruanidad y de nación que deberíamos considerar, por lo que resultaba imperativo proponer un nuevo sistema jurídico y político para el país, que en nuestro tiempo encajaría muy bien como el modelo de Estado Garantista, Social y Democrático frente a la utopía liberal y colonial que tanto daño nos ha hecho. El Estado Garantista, social viene a ser un modelo colectivo, que permite relievar los derechos fundamentales de los más débiles, y permita facilitar su plena realización de todos los ciudadanos conformantes de un país.

1.7 VIABILIDAD

La investigación resultara viable porque se cuenta con bibliografía adecuada, expertos prestos a la asesoría, los recursos económicos y financieros de parte del investigador.

1.8 LIMITACIONES

De carácter económico, bibliográfico, asesoría de expertos, tiempo.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES

Tesis a Nivel Internacional

Tesis a Nivel Nacional

Tesis a Nivel Regional

De otro lado la estructura política, económica y social del país de entonces presentaba al campesinado, integrado básicamente por las masas indígenas, como un sector, dominado y explotado por la clase terrateniente. Esta situación determinará que el propio campesinado protagonice movimientos de sublevación en todo el país, suscitando en sectores de la intelectualidad sentimientos de adhesión, quienes formaron movimientos democráticos nacionalistas y anti oligárquicos que hicieron causa común con las reivindicaciones del sector indígena, dando origen, por ejemplo, a instituciones como la Asociación Proindígena, fundada en 1909, teniendo como sus principales representantes a Pedro Zulen y Dora Mayer. El Comité Proderecho Indígena Tahuantinsuyo creado en 1920, constituido por los indigenistas residentes en Lima, y el movimiento Orkopata con la destacada personalidad de Gamaliel Churata, escritor y poeta de la vanguardia literaria del Perú de los años 20. La actividad permanente de estos movimientos, que denunciaban y abogaban por suprimir el estado de explotación del indio, constituyó uno de los factores que dio forma a

la corriente indigenista. En este contexto, en el campo educativo, los indigenistas apostaban por una educación que asumiera como tarea principal la incorporación del indio a la sociedad. Se trataba de comprometera la escuela en la solución del problema de la explotación, dominación y aislamiento del indio.

La escuela social en José Antonio Encinas, la condición del indio, al margen de la responsabilidad política del Estado peruano, es señalada por Encinas como un obstáculo en la forja de nuestra nacionalidad. Frente a este problema sostuvo que la escuela debía iniciar la campaña de reivindicación de los “derechos del indio” tipificando, de este modo, el carácter social de la Escuela, no como un enunciado sino como un espacio vivo de experiencias capaces de transformar dicha situación a partir de la transformación de la personalidad del niño. En esta línea, señala, “superar el doloroso cuadro que presenta esa juventud triste y apática llevando una vida homogénea sin que las incertidumbres del porvenir aguijoneen su alma”. Se trata de hacer conciencia en el indio la inmensa posibilidad de ser gestores de su propio destino, nutriendo la actividad escolar no sólo con los conocimientos que lo hagan más efectivo sino también potenciando la capacidad de proponerse las utopías de cambio en las que la participación de ellos mismos es un valor importante. Está claro, pues, que la escuela social debe ser entendida no sólo en el objetivo del mejoramiento del estudiante sino en el mejoramiento de las condiciones de su entorno social y económico. Recalcaba, la necesidad de adaptar la orientación de la escuela en su sentido verdadero dándole una nueva visión, diferente a la que se pretendía mediante los planes oficiales de estudios. Coincidió con Mariátegui, al entender que la solución del problema del indígena no puede encararse sólo desde el análisis pedagógico y lo que es más serio, reducir la función de la escuela a la

enseñanza de la lectura y la escritura, a contar y rezar, cuestiones ajenas al problema fundamentalmente económico que en el agro es lo esencial. No tener en cuenta esta realidad ha llevado a la escuela al fracaso. Es imposible pues, como decía Encinas, querer civilizar al indio “mediante la escuela”. Esta función social de la escuela aparece fuertemente ligada a la necesidad de contribuir con un proyecto nacional en el que el sector indígena sea considerado como un componente importante reconociendo en su condición humana la acción transformadora y no como un obstáculo como era asumido por los indígenas del “Perú Oficial”.. Este es un punto a destacar en el ejercicio magisterial de Encinas, que va más allá de un asistencialismo con los más necesitados, pues se trata de darles las herramientas que ofrece la educación para que el sujeto ejercite su vida como ser humano productivo y creativo.

Es necesario reconocer el avance que significó la tipificación del carácter social de la escuela, en tiempos en que en el país primaba una práctica educativa enciclopédica. La escuela social va a exigir un nuevo maestro, siendo necesaria la revisión de los planes y programas de estudios de la Escuela Normal de Lima, debiéndose enseñar materias que preparen al maestro en la psicología indígena, historia de la evolución política y económica del país, en la cual el sistema de dominación y explotación del indio sea tema de análisis y reflexión, así como la historia desde la visión de los vencidos, planteamiento que sería retomado años más tarde. Incorpora en esta preocupación la formación de un maestro capaz de cumplir con su función política, entendiendo lo político como la acción encaminada a solucionar los problemas que enfrenta en su ejercicio profesional y como agente socio cultural en su comunidad haciendo del maestro el leader social que reclama nuestra sociedad. Llevar a la práctica la escuela social fue

para Encinas apostar por un modelo de Escuela Rural. La escuela rural La visión crítica de la realidad social del indio tiene una importancia en el pensamiento pedagógico de José Antonio Encinas, para quien el indio es reconocido en su dimensión humana. Es desde esta concepción que el maestro Encinas no ve a los indios como una masa amorfa sino, como el elemento vital que debe ser parte de un proyecto nacional en el que la educación tiene un papel importante que cumplir: “el factor indígena, la realidad psicológica del indígena, basada en una experiencia profundamente social de los hábitos indígenas que pudieron servir como una posibilidad de educación peruana”. En este sentido expresa que la escuela “debe comenzar infundiendo la más grande confianza y demostrando previamente su utilidad social, para ello debe ejercitar su acción cerca del adulto, interesándose en las actividades de su vida, tales como el trabajo, las distracciones, los alimentos, las relaciones sociales, alentándolas, encarrilándolas y quizás transformándolas”.

La escuela rural, que concibe Encinas, debe ser un factor de utilidad para el indio, una preparación en la propia vida y para la propia vida en relación a su entorno social. Esta escuela no puede y no debe ser una institución que lo desarraigue de su vida cotidiana, respetando su modo de vida y su organización social, siendo su verdadero significado el de su vocación “revolucionaria”. En consecuencia, antes de organizarse pedagógicamente, estableciendo planes de estudio, programas, horarios, la escuela debe organizarse socialmente promoviendo en las comunidades la organización de diferentes grupos para mejorar la agricultura, la crianza de animales y en suma la vida económica. Se trata, en lo esencial, en saber qué orientación debe tener la escuela, debiendo estar relacionada con el medio social y económico. Esta relación, en el plano

pedagógico, es para Encinas el mejor estímulo para que el indio sin mayor esfuerzo logre aprender a leer, escribir y contar, como la más sencilla de las tareas puesto que se trata de dominios que se hacen necesarios para desenvolverse y responder a las necesidades en la relación dinámica de actuación de vida en su entorno. En este sentido, el estudiante sentirá que la educación le abre el horizonte y con ella aspiraciones que le permitan convertirse en un ser histórico. La escuela, pensada por Encinas, deberá ser un espacio de permanente reflexión, observación, experimentación fecunda y de agitación espiritual.

Esta visión diagnóstica crítica, de la realidad social, donde la escuela tiene, una responsabilidad ineludible hace que Encinas se aboque a pensar en una escuela que tenga como prioridad incorporar el problema del indio como parte de sus objetivos a resolver; podemos reconocer que la obra de Encinas representa un modelo de escuela rural.

Coherente con este compromiso, encontramos a José Antonio Encinas, recién egresado de la Escuela Normal de Varones, decidido a hacer del Centro Escolar N° 881 de Puno la escuela que él aspiraba para el sector indígena.

Es así que durante los cuatro años que dirigió este Centro Escolar, ensayó el modelo de escuela social eliminando de ella toda forma de maltrato hacia el indio e iniciando la campaña de reivindicación de los derechos del indio. Encinas plasma esta experiencia educativa en su libro Un ensayo de escuela nueva en el Perú en cuyo prólogo Gamaliel Churata escribió lo siguiente: “Este libro es acaso el mensaje de un hombre reclamado por las necesidades del país. A través de la exposición de su doctrina pedagógica -exposición llena de vivacidad, de

energía, colorido y pasión- se descubre al estadista, al hombre signo en quien deben mirar los hombres nuevos la posible realidad de un conductor que en la sabiduría empírica, hace radicar la mayor riqueza de una cultura”. (Universidad Nacional de Educación “Enrique Guzmán y Valle”. Vicerrectorado de Investigación Año 2 N° 4 Edición Especial. Lima, Mayo del 2012, Por. Aurora Marrou Roldan).

El maestro Encinas, es la figura de mayor calidad de síntesis de innovación y renovación de la Educación Peruana. Fundador de la Escuela Nueva en el Perú con principios de pedagogía de liberación, que entraña un proyecto de profundo sentido humanista, a favor de reconocer la diversidad social peruana, hecho que lo convierte en paradigma de la educación transformadora en nuestro país.

Sobre él y particularmente sobre su aporte al Derecho Indígena muy poco se ha escrito incluso en la Región de Puno, por lo que resulta inexistente trabajos en ésta área. Sin embargo a nivel nacional destacamos:

- "Los Pueblos Indígenas y el Acceso a la Justicia". María del Rosario Salamanca Huenchullán. Abogada y Asistente Social. Edición editado por el IEP, que está vinculado a la relación del acceso a la justicia ordinaria por parte de los Pueblos Indígenas.

- "Tierra, territorio y Desarrollo Indígena". Editado por el Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de La Frontera. 1995. Edición Chilena que tiene que ver con la reivindicación de la propiedad con un sentido antropológico y étnico al respecto.

Por otro existe el conjunto de la normatividad internacional como es el Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante el Convenio) fue ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998 y entró en vigencia el 5 de septiembre de 1991. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración) fue adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2000. En relación con la participación y la adopción de políticas públicas la Declaración reconocen los siguientes derechos:

1. Conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, que incluye el derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del país. (Art. 5)

2. Medidas que garanticen acceso a la educación en su propia cultura e idioma. (Art. 14.3)

3. Medidas para combatir prejuicios, eliminar discriminación y promover tolerancia entre pueblos indígenas y demás sectores de la sociedad. (Art. 15.1)

4. Medidas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y laboral. (Art. 17.2)

5. Medidas para asegurar que mujeres y niños indígenas gocen de protección y garantía contra toda forma de violencia y discriminación (Art. 22.2)

6. Determinar y elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo, en particular programas de salud, vivienda. (Art. 23).

2.2. MARCO DOCTRINAL

2.2.1 Teoría Garantista del Derecho

La teoría Garantista del Derecho cambia el papel de La Teoría del Derecho clásica, antes era avalorativa, ahora se vuelve valorativa. La obligación del Juez era siempre aplicar la Ley, ahora se transforma en la facultad de aplicarla o no hacerla. El jurista de un observador del derecho se transforma en un dictaminador de la validez o invalidez de las normas.

Luigi Ferrajoli, su principal representante, rechaza la tesis kelseniana de la validez del derecho únicamente en virtud de la legitimación formal, que se refiere a lo estrictamente legal e instrumental donde se privilegia la racionalidad de la norma, y propone que además de la legitimación formal también tiene que satisfacer los criterios exigidos por los derechos fundamentales, en su función social (legitimación sustancial).

“Las constituciones según Ferrajoli, deben ser entendidas como presencias heterogéneas que compone una sociedad. Las constituciones son en suma para los pactos sociales de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos fundamentales de todos con ello se trata de combatir la idea dominante de la teoría constitucional de que las constituciones son el reflejo de cierta homogeneidad social que presupone un demos, la voluntad popular como fuente de su efectividad”. (Ferrajoli. 1995). Busca cubrir los vacíos que de forma aislada han sido enfocados por los reduccionismos. Cumple una función limitativa del poder. Los límites del poder se materializan con los principios de

legitimación formal y sustancial.

La teoría del Estado de Derecho está vinculada a la realidad socio-jurídica y también política del Estado democrático. El Estado de Derecho Garantista se propone invertir los papeles: El derecho ya no es más un instrumento de la Política, al contrario ahora la política deberá ser el instrumento del Derecho sometida en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales.

Se trata de elevar a la cúspide la preponderancia de la legalidad como garantía de la paz, el bienestar y la seguridad pública.

2.2.2. Contribución a una Legislación Tutelar Indígena, por José Antonio Encinas

Antiquísimo problema que continúa siendo actual por deficiencia en la solución unas veces, y otras por punible olvido es el indígena. Elemento esencial en el proceso demótico de la nacionalidad peruana, como el gaucho pampino o el llanero del norte, el indio forjó la entraña de nuestras tradiciones bizarras. Más, perdido su augusto señorío a través de la conquista, relegado por desadaptación, incapaz para asimilar, violentamente, las costumbres y la sicología de los peninsulares, quedó convertido en el pariacolonial, no obstante la romántica tutela de las leyes españolas. Y así, a pesar de todas las mutaciones sociales y políticas, durante la República como en el curso del coloniaje, ha vivido en un status quo tristísimo, insensible a todo renuevo intelectual, reacio a toda implantación de cultura nueva, desorbitado y receloso, huraño y retrógrado, egoísta y apático, sufriendo la explotación del astuto y del fuerte, con el

pesimismo estoico de una raza sin esperanzas.

Y, sin embargo, no sólo por su valor histórico inicial sino, también, por su valor presente; porque tiene espléndidas aptitudes virtuales y forma el mayor porcentaje de nuestra población, exige el indio estudio y tratamiento atinados y el amparo de una legislación que lo redima de las condiciones negativas en que secularmente vive.

En el brillante trabajo que motiva esta nota, el doctor Encinas aborda, resueltamente, tan vital problema. No es su objeto pintar un cuadro patético de la raza, ni ofrecer una visión sentimental de sus quebrantos. Se trata de un examen realista, apuntalado con hechos y verdades históricas, que permiten hacer un paralelo, por vía de igualdad, entre el indio colonial y el indio libre. De ése examen comparativo se desprende una identidad de condición. Sigue el indio ubicado en la inferior categoría social; su actividad intelectiva es ínfima; su energía pasional, intensa; el mismo espíritu conformista, hipocondríaco y rebelde al progreso. Cierto es que han desaparecido los caciques y curacas de otrora; pero no lo es menos que continúan explotados por gobernadores, jueces, subprefectos, vocales y abogados. Sólo se ha producido una sustitución de calidades con persistencia de situaciones. Y en cuanto al punto de vista legal, se constata un sensible retroceso. Aunque sólo en teoría, los españoles dispensaron a los indios, en disposiciones legislativas especiales, un paternal auxilio. La organización del colectivismo agrario, la restricción de la compraventa, las cajas de comunidades, los defensores de indios, el procedimiento judiciario verbal, y otros muchos hechos y preventivos, acreditan la verdad de este aserto. En cambio, la legislación republicana es reciamente

individualista. Lo cual se explica considerando que nuestros códigos, sobre todo el civil, están saturados del espíritu que animó la legislación napoleónica y el personalismo de la Revolución.

El problema del indio continúa, pues, insoluto. ¿Con qué criterio afrontarlo? ¿Está su solución en el encumbramiento cultural del indio, en el cruce o en la extinción de la raza, como también se ha sostenido? El doctor Encinas rechaza todas estas soluciones; en su concepto, la cuestión esencial gira en torno de problemas jurídicos. Nuestras leyes no han llegado hasta el indio sino deformadas; lo cual quiere decir que, en cuanto podían ser benéficas, han sido ineficaces. Por sus condiciones antropológicas, por su especialísima constitución, síquica, el indio está divorciado de los restantes elementos étnicos nacionales; exige, pues, leyes tutelares propias. Y no se argumente que esto significaría romper la unidad de la legislación. ZAVALA (2002) sostiene: “Si los hombres fueran naturalmente iguales, si sus caracteres racísticos y sicológicos arrojaran una constante de homogeneidad, en buena hora. Pero esto es inexacto; por naturaleza existen diferencias irreductibles que rompen o deben romper el prejuicio, puramente estético, de la unidad legal. Con clarividencia de gran político, Bolívar sostenía que las desigualdades naturales debían ser corregidas por la igualdad ficticia de las leyes. Y ésta igualdad no puede consistir sino en tratar, desigualmente a seres desiguales. La obra legislativa contemporánea se produce así; poniendo de lado prejuicios formalistas o arquetipos abstractos, abandona la clásica preceptiva jurídica para enfocar, dentro de la experiencia, la vida real. ¿Qué significa, sino la consagración de éste principio, la copiosa y humanista legislación del trabajo creada por los juristas contemporáneos? ¿Acaso se trata de dar igualdad en la ley y no en los

hechos? El argumento de la unidad legal es insostenible. Basta para anularlo la energía poderosa de la experiencia, no sólo propia sino internacional. Todo empecinamiento en éste sentido resulta, pues, inexcusable.

Prueba auténtica de que nuestras leyes no poseen eficiencia alguna para actualizar al indígena, ni para dar homogeneidad a la conciencia colectiva, base del alma nacional, está en su condición de absoluto desadaptado. Tal como vive el indio, es un elemento negativo para la formación de la nacionalidad, porque ésta reposa, ante todo, en una fuerte compenetración sicológica. Hasta hoy el indígena no ha llegado al concepto de nación; vive al margen de todo vínculo político; no comprende ni puede comprender los intereses del Estado. El sufragio de los indios es una irrisión. Tampoco siente el indio la solidaridad étnica. Su espíritu de raza es tan poco edificante, que cuando eleva su nivel social tornase el más peligroso verdugo de los suyos. El ligamen histórico también se ha perdido. «Las tradiciones de la raza, sus leyendas, las épocas, gloriosas de su historia, ya no viven en el alma del indio.» Y en cuanto a la fuerza de cohesión que podría suponerse más viva y enérgica, la religiosa, precisa considerar que la decantada religiosidad del indígena es mezcla arbitraria de animismo y de aquellos ritos externos del culto católico que más intensamente lo han impresionado. Lo único que los agrupa, es la defensa de la tierra que laboran. Toda la vida del indio se enfoca en la propiedad. De allí su perpetua manía litigiosa. Y nuestro código en éste punto, ofrece un individualismo concentrado. Semejante «ilimitación del derecho de propiedad, ha creado el latifundio con detrimento de la propiedad indígena. La propiedad del suelo improductivo, ha creado la enfeudación de la raza y su miseria».

De aquí se desprende que una legislación realista y protectora de los indios, debe tratar, con criterio específico, la cuestión de la propiedad, que es la esencial; del trabajo, corolario de aquélla; y la del procedimiento judiciario. Tal es la división tripartita que se hace en el estudio comentando.

Imposible sería, dentro de este breve apunte noticioso, seguir con escrupulosidad las numerosas observaciones, notas críticas y proyectos de reforma que, en armoniosa síntesis, ha reunido el doctor Encinas. Bástame decir que el examen es interesante y nutrido. No obstante, debo hacer hincapié en algunos hechos. El autor combate, rotundamente, el latifundio que convierte al indio en mísero colono y lo somete al régimen de la gleba medioeval. El latifundismo ha producido y sigue produciendo la disolución de la propiedad indígena. Sostiene, asimismo, la necesidad de otorgar personería legal a las comunidades, régimen ancestral y vigoroso, tan incorporado en la tradición aborigen que no han podido destruirlo ni los decretos de Bolívar ni las posteriores leyes republicanas. Determina y estudia los expedientes y garantías que deben tutelar la adquisición, el reparto y la transferencia de las tierras, así como el régimen del trabajo, y las numerosas disposiciones que deben justipreciarse en su reglamentación; y, por fin, las múltiples fórmulas procesales que en lo relativo a las cosas, a las personas y a las obligaciones, han de crearse en defensa de los intereses de la raza; todo coordinado con los preceptos del código civil vigente, cuya reforma en innumerables puntos preconiza, demostrando su necesidad y su eficacia.

Son bastantes éstas indicaciones para suministrar una impresión del altísimo valor nacional e importancia jurídica de este trabajo, poderosa sugestión para emprender la obra de una legislación tutelar indígena,

2.2.3 Vida y Obra de José Antonio Encinas

José Antonio Encinas Franco, (*Puno, 30 de mayo de 1888- †Lima, 10 de julio de 1958), fue un educador y político peruano que defendió la educación en el Perú con sus ideas y contribuciones a la reforma educativa. Construyó una doctrina educativa que sirviera a la mayoría de la niñez y la juventud peruanas .Inicialmente, sus esbozos pedagógicos los llevo a la práctica en su Puno natal.

Sus padres fueron Mariano Encinas y Matilde Franco. Tras realizar sus primeros estudios en el Glorioso Colegio Nacional de San Carlos de su ciudad natal, egresa de la primera Promoción de Normalistas del Perú, en 1906, en Lima, y en 1907 es nombrado Director del Centro Escolar de Varones 881 de Puno, dando inicio a la experiencia pedagógica de la Primera Escuela Nueva en el Perú. Regresa a Lima en 1915 para hacerse cargo de la Dirección de la Escuela Normal de San Marcos, obteniendo el grado de Doctor en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En 1919 fue elegido diputado por la provincia de Puno, pero en 1924, su oposición a la reelección de Augusto Leguía hizo que fuera deportado a Guatemala, donde fue asesor del Ministerio de Educación y profesor de Psicología en la Universidad de San Carlos de Guatemala. En 1927, gracias a una beca, hizo una maestría en Antropología por la Universidad de Cambridge tras una tesis sobre el indio Aimara peruano. Desde 1927 hasta 1929 fue estudiante en las universidades de Bolonia, Padua y París.

A su retorno al Perú en 1930 (tras la caída del Gobierno de Leguía), se desempeña como Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(1931), durante el periodo de 1933 y 1950 es desterrado hasta en 3 ocasiones siendo reelegido como Senador del departamento de Puno en 1950, A partir de 1956 se dedica casi exclusivamente a escribir sus últimas obras.

Muere sin gozar de pensión alguna del Estado. Fue Máster en Antropología (Universidad de Cambridge - Inglaterra) y Doctor en Ciencias de la Educación (Universidad de la Sorbona - Francia) asumió los siguientes cargos Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1931) Profesor de Psicología de la Universidad Nacional de Guatemala Jefe del Departamento de Psicopedagogía del Liceo Aguayo (La Habana - Cuba) Director del Instituto Indigenista Peruano y Presidente del Instituto de Lenguas Aborígenes. Senador y Diputado por el departamento de Puno reelecto en 2 ocasiones (Elegido en 1919, 1937 y 1950). Sus obras fueron: Problemas del Profesor Nacional, La educación y su función social en el Perú, Contribución a una política tutelar indígena, Causas de la Criminalidad Indígena, Ensayo de escuela nueva en el Perú.

Encinas mantuvo siempre una relación muy especial con la niñez de la que decía que "Es el ser más incomprendido y el más conculcado de todos los tiempos, Todos los males que sufre la sociedad actual son consecuencia de nuestra incapacidad para comprender a los niños. Hay que prepararse para comprenderlos".

2.2.4. Situación en el país del Derecho Indígena

Desde el punto de vista social el Perú ha tenido a lo largo de su historia una muestra vergonzosa de cómo se han excluido, se ha marginado y se ha discriminado a compatriotas indígenas y se sigue en el mismo espiral de ésta

exclusión. Los siglos pasados hablamos del XIX y XX, ni siquiera en nuestra Constituciones Políticas del Estado, como fue el caso del siglo XIX, figuraba un precepto normativo a favor del indígena, y en buena cuenta se repitió en el siglo XX, salvo en las últimas décadas donde en forma indirecta por ejemplo se reconoce a Comunidades Campesinas, una justicia comunal, después han sido más bien vejados, como en el tiempo de Alejandro Deustua, quien señalaba que el Indio es un atraso, es un semi-humano, que constituye un obstáculo para el desarrollo del País. No olvidemos además que se pagaba el tributo Indígena, que por el hecho de nacer indio había que tributar al país. Bastaría mencionar estos hechos para saber y deducir que cuando hablamos de derechos indígenas, en nuestro país simplemente resulta ausente, inexistente, y solamente en los últimos años a nivel del Derecho Internacional han aparecido normas que de alguna manera tratan de reivindicar dichos derechos como la que salió en el 2007, con la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Uno de los momentos más importantes en el tema que estamos desarrollando fue la gesta de las causas pro- Derechos Indígenas que en el tiempo de Encinas se produjo en el país.

La experiencia del Comité Central Pro-Derecho Indígena: Tahuantinsuyo.

El Comité Central de la Asociación Pro-Indígena, que desde su constitución había funcionado en la ciudad de Lima, se disolvió en 1916, pero muchos de sus delegados todavía siguieron actuando por dos o tres años más en diversas provincias del interior del Perú, que fue, en realidad, donde llegó a echar raíces más profundas. Con el tiempo, este vacío organizativo fue cubierto por el Comité Central Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo, que fue fundado en 1919, en Lima, por algunos líderes indígenas, un grupo de ex delegados de

provincias de la Pro-Indígena y una base de apoyo urbana integrada por emigrantes provincianos y obreros arco sindicalistas. Sus principales dirigentes fueron hombres como Samuel Núñez Calderón, Hipólito Salazar, Juan Hipólito Pévez, Carlos Condorena o Ezequiel Urviola, que eran indios o indigenistas —como el caso paradigmático de Urviola, a quien José Carlos Mariátegui llegó a considerar como el prototipo de "el indio revolucionario, el indio socialista"— que se habían integrado radical y definitivamente al mundo andino. Fueron ellos los que se reunieron y dijeron, así como "los mistis están organizados en Parlamentarios, autoridades, curas y el Estado", también nosotros, los indios, vamos a tener ahora "nuestra propia organización".

En el desarrollo de sus actividades, la Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo contó con el apoyo franco y decidido de Dora Mayer, Pedro S. Zulen, Francisco Chuquihuanca Ayulo y Manuel Antonio Quiroga, que provenían de la experiencia de la extinta Pro-Indígena; indigenistas como José Antonio Encinas, Hildebrando Castro Pozo y Erasmo Roca, que pertenecían al ala izquierda del leguiísmo; y profesionales como Miguelina Acosta Cárdenas, una activísima y entusiasta abogado defensora de los trabajadores. Pero lo más importante de todo es que este Comité, gracias al gran arraigo que tuvo entre las comunidades del sur del país, llegó a convertirse en una de las primeras organizaciones del campesinado indígena peruano.

En uno de sus ensayos más conocidos y citados —"Lo que ha significado lo Pro-Indígena" (1926)— Dora Mayer presentó a la Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo como el fruto de la prédica indigenista que ella y sus compañeros en esa agrupación habían impulsado durante gran parte de la década de 1910:

"Aunque la Asociación Pro-Indígena —dice— no tuvo evidentemente en Lima más vida que la que le dábamos Zulen y yo, ella había echado raíces mayores en provincias. Allá perduraron en vida autónoma algunas de las delegaciones, oyéndose hablar en los sitios más inesperados de una 'Pro-Indígena', cuando la Institución Madre ya no existía, y poco a poco, estos rezagos de la vida fundamental dieron su flor en el Comité Pro-Derecho Indígena, constituido en Lima en 1919, y en el Primer Congreso Indígena Tahuantinsuyo, una verdadera revelación de auténtica iniciativa indígena, celebrado en Lima para el Centenario de la Independencia Nacional, en 1921. Lo que era deseable que sucediera, estaba sucediendo; que los indígenas mismos, saliendo de la tutela de las clases ajenas, concibieran los medios de su reivindicación". Lo cierto, sin embargo, fue que el surgimiento de la Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo no sólo tuvo que ver con el noble trabajo que la Pro-Indígena había desarrollado entre 1909 y 1916, sino también con el influjo de las propuestas indigenistas de Manuel González Prada, la abnegada labor a favor de la redención social del indio que desde 1904 venían desplegando los anarquistas y, sobre todo, con el despertar de los mismos indígenas.

Resulta que, ya desde los últimos tramos de la década de 1910, diversos líderes o mensajeros indígenas habían comenzado a viajar hasta Lima con la finalidad de, por un lado, relacionarse con la Pro-Indígena y, por el otro, conocer cómo los trabajadores de la ciudad venían organizándose en clubes de estudios, centros culturales, sindicatos, federaciones y comités de huelga. Se dio incluso el caso en que algunos de ellos viajaron hasta la capital sólo porque habían oído hablar de Pedro S. Zulen, Dora Mayer o Joaquín Capelo, los dirigentes más representativos de la Pro-Indígena, pero, al final, terminaron encontrándose con

el anarquismo y el sindicalismo, que justamente entre 1918 y 1919 vivía uno de los mejores momentos de su historia: son los años de la fundación de la Federación Obrera Local de Lima, la huelga general por la conquista de la jornada de ocho horas, la formación del Comité Pro-Abaratamiento de las Subsistencias y el famoso "paro de las subsistencias".

La gran porosidad que ante al problema indígena mostraron los dirigentes obreros que Juan Hipólito Pévez o Carlos Condorena conocieron en la Lima de 1918 o 1919 tuvo mucho que ver con el magisterio de Manuel González Prada, que desde fines del siglo XIX había insistido que la cuestión indígena era el problema nacional y permanente del Perú. González Prada desarrolló esta idea tanto en sus propios libros —sobre todo Páginas libres (1894)— como en las colaboraciones que periódicamente enviaba a Los Parias (1904-1909), la publicación con la que el anarquismo logró anclar definitivamente en el Perú. La manera en que los seguidores de González Prada se interesaron por la cuestión indígena se reflejó claramente en el contenido de los diversos números de Los Parias, donde Glicerio Tassara y otros anarquistas menos conocidos e influyentes que el autor de Páginas libres redactaron artículos como "La raza desgraciada", "Taitas curas", "Tráfico inhumano", "Pongos y mitas", "UacchaKuyac", "Clero y servidumbre" y "Raza indígena e inmigración".

En estos textos, cuando se refirieron a las posibles soluciones del problema indígena, los anarquistas de Los Parias se mostraron bastante próximos al González Prada de la época del "Discurso en el Politeama" (1888), que era un ferviente partidario del poder emancipador de la razón y la ciencia y creía firmemente que el alfabeto y la educación podían redimir al indio. Así,

todavía en 1909, Tassara manejaba este tipo de propuesta, donde el racionalismo ilustrado y el anarquismo terminaban dándose la mano: "Es necesario levantar a esa raza del abatimiento y abyección en que yace. Dotarles maestros que le enseñen a leer y escribir; agrónomos que le revelen los modernos procedimientos para aumentar el rendimiento de sus tierras".

Sin embargo, en otras oportunidades, ganados por la pasión, los sentimientos y la irracionalidad, los integrantes de Los Parias dejaron de lado el culto a la ciencia y la razón y clamaron desesperadamente por el surgimiento de un Espartaco andino que, por un lado, rompiese con la especie de letargo o modorra en que habían caído los indios y, por el otro, los arrojase a una especie de guerra del fin del mundo contra los terratenientes y los gamonales. Este clamor de tintes netamente milenaristas, que parecía olvidar las constantes y desesperadas rebeliones indígenas que se registran a lo largo de gran parte de la historia del Perú, se expresó en un artículo que D. L. (¿Delfín Lévano?) publicó en 1906: "Hasta cuándo no surgirá un nuevo Espartaco que, al grito de muerte, arroje a la vida de lucha a esa gente adormecida […] Desgraciadamente sus cadenas han sido muy bien forjadas y remachadas por gobiernos, frailes y burgueses, una trinidad satánica de primer orden.

Al final, gracias a todo este cúmulo de ideas, análisis y esperanzas, el anarquismo peruano, como fenómeno ideológico o como base de organizaciones gremiales, no sólo se limitó a la agitación y organización de las masas obreras o artesanales en Lima, Arequipa, Trujillo o Chiclayo, sino también llegó a entroncarse en el mundo andino, donde implementó una prensa, captó algunos líderes indígenas y, sobre todo, contribuyó activamente a que los propios campesinos se organizasen. Así, gracias a este trabajo pertinaz y sistemático,

donde la militancia tuvo mucho de apostolado, los anarquistas pudieron confluir, primero, allá en 1919, en la fundación de la Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo y, después, ya en 1923, en la constitución de la efímera Federación Indígena Obrera Regional Peruana. Desde este punto de vista, los libertarios no exageraron la nota cuando en 1924 ellos mismos reivindicaron cómo, desde hacía veinte años, venían trabajando en pro de la emancipación social del indio:

Quienes conozcan Los Parias y La Protesta y las otras publicaciones libertarias que existieron en Lima y provincias, no podrán desconocer nuestra labor en pro de la raza indígena desde hace veinte años […] Nuestra acción se ha dirigido directamente a las masas campesinas. En Huacho, Huaral, Huánuco, Jauja, Apurímac, Cusco, Puno, Arequipa, nuestros camaradas han hecho tanta labor como pudieron y su deber les aconsejaba. Aquí, en Lima, en el primer congreso indígena [de 1921], estuvimos también nosotros al lado de ellos, orientando sus acuerdos, fijando sus programas.

Entonces, no fue fortuito que los más activos dirigentes de la Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo proviniesen precisamente de las canteras del anarcosindicalismo peruano. Tal fue el caso de Hipólito Salazar, natural del departamento de Puno, quien fue —para usar las palabras de Juan Hipólito Pévez, que lo conoció por ese tiempo— una mezcla de "propagandista excelente" y "anarquista ilustrado". Durante varios años, Salazar actuó como dirigente del Comité, realizó una vasta campaña de organización y esclarecimiento entre los indios y fue el que más alentó a las delegaciones que concurrieron a Lima. Sin embargo, en diciembre de 1923, debido a una serie de discrepancias que básicamente tuvieron que ver con la posición que se debía asumir frente al gobierno de Augusto B. Leguía, Salazar se alejó de la Pro-

Derecho Indígena Tahuantinsuyo y, con el fin de aplicar a la organización de los indios los principios y los métodos del anarcosindicalismo, fundó la Federación Indígena Obrera Regional Peruana, de la que fue su primer Secretario General. Posteriormente, a fines de 1924, después de canalizar el pliego que venía tramitando Anselmo Turpo, delegado de las parcialidades de Ccollca, Lauramarca, Andamayo, Icora y Tinki, del departamento del Cusco, Salazar fue apresado y a los pocos días tuvo que abandonar el país como desterrado político.

Otro de esos combativos anarquistas que impulsaron las actividades de la Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo fue Ezequiel Urviola. Más que un indio propiamente dicho —como equivocadamente creía Mariátegui, guiándose acaso por su aspecto exterior—, Urviola fue uno de los pocos indigenistas peruanos que logró integrarse en forma radical y definitiva al mundo andino. Nació en el distrito de Muñani, provincia de Azángaro, en el departamento de Puno. Sus padres fueron dueños de haciendas, pero murieron cuando él todavía era muy niño y este hecho contribuyó a que fuese despojado de sus bienes patrimoniales. Más tarde, cursó sus estudios primarios en una escuela de la ciudad de Azángaro, donde se destacó por sus buenas calificaciones. Al cabo de unos cuantos años, para poder continuar con sus estudios secundarios, tuvo que trasladarse a la ciudad de Puno y matricularse, en calidad de interno, en el Colegio San Carlos, donde, a raíz de una malformación que tenía en la espalda y el pecho, se hizo conocido con el apelativo de "Ccopo", una expresión aymara que en castellano significa jorobado. Posteriormente, Urviola viajó hasta la ciudad de Arequipa y empezó a estudiar la carrera de Jurisprudencia en la Universidad de San Agustín, pero, al poco tiempo, abandonó sus estudios

universitarios y se consagró, en cuerpo y alma, a la lucha por la redención social del indio. En ese momento, dejó también los zapatos, el terno, la corbata y el sombrero de paño, y comenzó a vestirse como los indios con los que tanto se identificaba: con ojotas, poncho, chullo o sombrero ovejón.

Inicialmente, Urviola se vinculó a las actividades de la Pro-Indígena y trabajó como profesor en una escuelita de Juli, lo que le permitió relacionarse con gran parte de los líderes o mensajeros indígenas del departamento de Puno, como Anacleto Suyo Quispe, Jorge Ticona, Sebastián Huaynacho, Inocencio Condori, Eduardo Quispe Quispe y Jerónimo Mamani. Fue así como trató de formar en 1920 una especie de Comité Departamental de Mensajeros de Puno, que se denominó Liga de Mutua Defensa Indígena, y procedió a denunciar a los gamonales por la brutal masacre que habían perpetrado en Llallagua, en el distrito de Santiago de Pupuja. Al poco tiempo, cuando ya había alcanzado a confundirse con los indios del altiplano, entre quienes era objeto de cariño y veneración, Urviola tuvo prácticamente que refugiarse en Lima, ya que el gamonalismo se había decidido a silenciarlo a como diera lugar. Una vez en la capital, Urviola se alojó transitoriamente en un callejón del barrio de Malambo, se incorporó a las actividades que desplegaba la Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo y se aproximó al anarquismo. Al respecto, en un singular testimonio, un amigo de Urviola, posiblemente también anarquista, lo describe así: "Camorrista callejero, sin pizca de miedo. Pregonaba el ABC del anarquismo en todo lugar y momento. Pequeñito, jorobado y vozarrón, no argüía, vociferaba. Imprecaba, profería slogans incitantes. De él aprendimos a gritar ¡Atrás, atrás, chancho burgués!". De esta manera, Urviola, a pesar de su origen social, llegó a encarnar el paradigma del indio nuevo, que, aparte de castellano, hablaba

quechua y aymara y, sin renunciar a su propia tradición, se mostró poroso ante la cultura occidental y el cambio social.

De modo que fueron anarquistas como Hipólito Salazar y Ezequiel Urviola, a los que se podría sumar el nombre de Carlos Condorena, los que concretaron ese salto cualitativo que Dora Mayer y sus compañeros de la Pro-Indígena tanto anhelaban: que los indígenas mismos, saliendo de la tutela de las clases ajenas, empezasen a concebir los medios de su reivindicación social.

La idea que animó a los fundadores del Comité Central Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo fue tratar de unificar a nivel nacional a todos los indios del Perú, principalmente a los de las comunidades de indígenas, y hacerles conocer sus derechos políticos, económicos y sociales con el objetivo de inculcarles un sentimiento de igualdad frente a las leyes y la Constitución de la República. De allí que, en la "Declaración de Principios" —aunque dejaron abiertas las puertas para que pudieran afiliarse también los "hermanos indígenas de la costa, sierra y montaña, que trabajaban en las haciendas, minas y otras industrias"—, los líderes del Comité se dirigieron sobre todo a los indios que vivían en las comunidades y los animaron a defender sus tierras: "Siendo las comunidades de indígenas de la República el coeficiente de su propia existencia, los miembros de este Comité tienen la obligación de llevar a todos los rincones del país a sus hermanos indígenas la convicción de que es necesario exigir del Estado el respeto de su integridad territorial de todas las comunidades del país".

En otro acápite de esta "Declaración de Principios", insistiendo en la importancia de la defensa de las tierras de las comunidades de indígenas, los organizadores de la Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo se refirieron también

al derecho que tenía el indígena o el obrero para poder denunciar ante el Comité los abusos de las autoridades y los hacendados o gamonales: "Todo indígena u obrero residente en cualquier punto de la república puede coadyuvar la obra de restauración social que se propone realizar este Comité Central, de acuerdo con la Constitución de la República: Título I. Comunidades de indígenas: —Artículos 207, 208. 209, 210, 211, 212, y de acuerdo también con la Declaración de Principios de esta asociación indígena, en beneficio de los indígenas en general; por lo que debe denunciarse los abusos cometidos por las autoridades de cualquier orden o gamonales (hacendados) del lugar o sus agentes. En las denuncias por despojo, atropello u otros abusos, a falta de otras personas que testifique el Comité, es suficiente testimonio para que los personeros de la asociación indígena de ésta, o del lugar donde funcione un subcomité, tramiten inmediatamente ante las autoridades superiores, la responsabilidad y el castigo del o de los culpables"

Desde un inicio, la misma denominación que tuvo esta nueva organización Comité Central Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo— dejó entrever la orientación que sus animadores trataron de imprimirle: mientras que la connotación inmediata del nombre remitía a la anterior Asociación Pro-Derecho Indígena, organizada por Pedro S. Zulen, Dora Mayer y Joaquín Capelo, el añadido de "Derecho" y "Tahuantinsuyo", además de su autodefinición como "Comité" —que había sido copiada de las organizaciones políticas y sociales urbanas de carácter popular que por esos años impulsaban los anarquistas—, le daba un tono más radical. Otro factor que, en cierta forma, también contribuyó a la radicalidad de la Pro-Derecho Indígena Tahuantinsuyo fue el mismo discurso

que manejaron algunos de sus principales dirigentes, especialmente los que estaban vinculados al anarcosindicalismo, cuya prédica sobre la justicia social aparecía casi siempre entremezclada con la utopía o el sueño milenarista de la restauración del Incario, que por ese entonces todavía rondaba en el imaginario colectivo de muchas de las comunidades de indígenas de la sierra peruana.

2.2.5. Fundamentación Humanística

El hombre por su naturaleza colectiva, se desarrolla necesariamente sobre la estructura social bajo normas de conducta de interrelación y comunión acorde a sus expectativas y necesidades elementales. Al surgir el Estado como organización superior en torno al individuo, en sustitución de la sociedad colectiva preexistente, el hombre se convierte en elemento fundamental y causa final de la existencia del Estado. Al monopolizar el Estado las funciones de regulación social y deber colectivo de bienestar social, inexorablemente asume el rol de control y tutelar del hombre como individuo y como ser social.

Como sustento político e histórico el Estado debe cumplir el rol de garante de la propiedad privada del individuo, pues, su existencia debe encontrar justificación en esa armonía y su desarrollo en la acumulación de riqueza del hombre, a espaldas del verdadero propósito social del hombre. Como muestra de aquello, por ejemplo en países como el nuestro, el Estado no obedece a los fines elementales para las cuales se dice que existe, es un ente corroído, lejos de ser garante de la armonía y el bienestar social, concentra su esfuerzo en la defensa del sistema económico y político imperante de la clase corrupta de cada Estado decadente e inoperante.

A través del presente capítulo realizaremos un estudio teórico del Estado, como organización política superior de la sociedad, desde la óptica de la teoría del Estado, entendida ésta, como la disciplina encargada de estudiar mediante un conocimiento teórico el fenómeno estatal. GARCIA TOMA sostiene, que: “la teoría del Estado hace mención a un conjunto de relaciones políticas jurídicas complejas y coherentes entre sí, con las cuales se pretende explicar discrecionalmente la esencia y naturaleza del Estado o sencillamente el hecho estatal”.

Siguiendo esa línea de pensamiento, nos proponemos investigar y valorar la necesidad de la vida estatal, aspiramos a comprender el Estado en su esencia, naturaleza, razón estructural, funcionamiento y fines de su institucionalización, a fin de advertir acerca de su explicación doctrinaria, su devenir histórico y el proceso de adecuación de sus preceptos a la realidad estatal. La teoría del Estado no se preocupa por la investigación de hechos concretos o particulares, sino más bien, aborda el problema del Estado desde postulados generales y filosóficos para reflexionar y responder interrogantes del plano gnoseológico y axiológico. De esta manera esta disciplina desentraña la esencia y naturaleza del Estado en lo que tiene de permanente y consustancial.

Según JELLINEK, la ciencia del Estado en su sentido más amplio, comprende la ciencia del derecho, que visto de manera integral viene a ser la teoría general del Estado, por lo tanto, concluye este autor, las ciencias del derecho y del Estado se encuentran en una íntima conexión y hay disciplinas que necesitan ocuparse de ambas, siendo uno de ellos la teoría del Estado. Al respecto podríamos concluir diciendo, la teoría del Estado, en sentido amplio, comprende el estudio de este ente en todos sus aspectos: sociológicos, políticos,

históricos, filosóficos, jurídicos.

2.3 EL PENSAMIENTO PEDAGÓGICO DE JOSE ANTONIO ENCINAS FRANCO

2.3.1 Contexto Socio Económico Cultural y Político a inicios siglo XX:

Es necesario concebir al fenómeno educativo como un hecho socio-histórico, determinada y caracterizado por la estructura económica y social de la sociedad imperante en la línea de tiempo del desarrollo histórico.

La sociedad Peruana de los inicios del siglo XX, se caracterizó por ser:

1. Una sociedad clasista, estructurada con dos clases sociales antagónicas.

2. Específicamente la estructura política, económica y social del país en las primeras décadas del siglo XX, estuvo estructurado por un campesinado (integrado básicamente por masas indígenas, como el sector explotado, dominado, excluida socialmente) y antagónicamente a ella los terratenientes como la clase dominante y explotadora.

3. El antagonismo social de las dos clases sociales, particularmente el reclamo de la igualdad social enarbolada por el campesinado indígena, motivó los movimientos de sublevación en todo el país, causa a la que muchos intelectuales se adhirieron tales como la Asociación Pro-indígena (Pedro Zulen y Dora Mayer), Comité Pro-derecho Indígena Tahuantinsuyo (Indigenistas residentes en Lima) y el movimiento ORKOPATA (Gamaliel Churata-escritor poeta de vanguardia literaria del Perú). Estos movimientos

denunciaban y abogaban por suprimir el estado de explotación del Indio, generándose una acumulación de fuerzas sociales dentro de la corriente Indígena.

4. En el contexto socio-cultural se avizoraba dos movimientos intelectuales: el POSITIVISMO y la CORRIENTE INDIGENISTA:

El Positivismo planteaba que la educación cumplía el rol protagónico de motor de desarrollo y progreso económico de la sociedad a través de la escuela nueva.

La corriente indigenista planteaba una educación que debería asumir como tarea primordial la incorporación del INDIO a la sociedad; dicho de otra manera, la ESCUELA debería de educar para solucionar el problema de la explotación, dominación y aislamiento del indio; en este contexto surge el PENSAMIENTO PEDAGÓGICO ENCINIANO.

2.3.2. **Las propuestas educativas de José Antonio Encinas**

A. La "Escuela Social" planteada por José A. Encinas

José Antonio Encinas Franco coincidiendo con JOSE CARLOS MARIATEGUI , no concibió a la educación como un proceso aislado del entorno socio-económico del país, prueba de ello rechazó categóricamente el reduccionismo funcionalista de la escuela a la enseñanza de la lectura y la escritura, a contar y a rezar, por constituir cuestiones ajenas al problema fundamentalmente ECONOMICO, particularmente el AGRO escenario de subsistencia económica del Indio; de manera tal que el problema educativo no

puede ser orientado su mejoramiento sólo desde la óptica de la mera metodología pedagógica, sino fundamentalmente entender en su esencia el carácter social de la escuela.

Desde esta premisa JOSE A. ENCINAS. Inició una campaña de reivindicación de los “Derechos del Indio” como una experiencia capaz de transformar la personalidad del “niño indio” desde la escuela no como un cliché o enunciado, sino como un “espacio vivo” de actividad pedagógica contextualizada al entorno socio-natural.

“…superar el doloroso cuadro que presenta esa juventud (indio) triste y apático llevando una vida homogénea sin que las incertidumbres del porvenir aguijoneen su alma…”

A partir del lineamiento pedagógico ENCINIANO formulado anteriormente se desprende las siguientes apreciaciones:

- Estimular y gestar en la conciencia del Indio las grandes posibilidades de ser gestores de su propio destino.
- Nutrir la actividad escolar no solo con conocimientos que permita su desarrollo académico, sino potenciando la capacidad de participación de ellos mismos en el proceso de cambio trascendente.
- La “escuela social” como proyecto nacional en el que el sector indígena sea considerada como un componente del sistema educativo nacional, reconociendo en su condición humana la acción transformadora.
- Dotar al estudiante indígena de las herramientas que ofrece la educación para que el sujeto cognoscente ejercite su vida como un ser humano

productivo y creativo.

A. La Escuela del trabajo para el trabajo (escuela rural)

"…el factor indígena, la realidad psicológica del indígena, basada en una experiencia profundamente social de los hábitos indígenas que pudieron servir como una posibilidad de Educación Peruana"

"…la escuela debe comenzar infundiendo la más grande confianza y demostrando previamente su utilidad social, para ello debe ejercitar su acción cerca del adulto, interesándose en las actividades de su vida, tales como el TRABAJO, las distracciones, los alimentos, las relaciones sociales, alimentándolos, encarrilándolos y quizás transformándolos".

Desde estas dos premisas JOSE ANTONIO ENCINAS, concibió a la escuela:

- Como un factor de utilidad para el Indio, una preparación en la propia vida para la propia vida en relación a su entorno social.
- Como la Institución formadora que toma en cuenta su vida cotidiana, respetando su modo de vida y su organización social.

Para lograr estos propósitos la "escuela" antes de realizar su organización pedagógica, debe priorizar la organización social de las comunidades a través de diferentes grupos para mejorar la AGRICULTURA, CRIANZA DE ANIMALES, que en su conjunto configuran la VIDA ECONÓMICA.

Concebida así la función dialéctica de la escuela con su medio SOCIAL Y ECONÓMICA, permite convertir al estudiante Indio, en un ser HISTÓRICO, con

perspectiva, aspiraciones y que los aprendizajes producto de la actividad pedagógica le permitirá tener dominios para desenvolverse y responder con pertinencia a las necesidades de su entorno socio-económico.

De manera concluyente en este rubro nos atrevemos categorizar:

- "Que la escuela pensada por ENCINAS debe ser un espacio de permanente reflexión, observación, experimentación fecunda y de agitación espiritual.
- La incorporación del problema del indio como parte ineludible de uno de los objetivos de la escuela, para resolverlos en la dinamicidad dual ESCUELA-COMUNIDAD".

Estas razones nos permiten concretizar que el pensamiento ENCINIANO representa un modelo de escuela del trabajo para el trabajo, propósito que fue plasmada por él mismo como una práctica pedagógica eminentemente de carácter social, en el centro Escolar Nº 881 de Puno, cuyo espacio geográfico caracteriza la escuela rural.

A. Aportes Específicos de Carácter Técnico-Pedagógico:

El acto de enseñar por parte del profesor supone como condición previa e indispensable, el dominio de la psicología infantil en sus múltiples y variados aspectos (psicología genética- psicología del desarrollo normal y psicología patológica aplicada a la escuela primaria- psicoanálisis etc.). Textualmente José Antonio Encinas afirmaba lo siguiente: "El maestro de hoy es como el médico de la edad media, huye de la DIAGNOSIS y trata a los estudiantes con un criterio esencialmente empírico….el maestro no conoce la naturaleza, el volumen ni el

desarrollo de esas aptitudes, en la misma forma como el médico del siglo XVII que no conocía la anatomía y la fisiología humana.

“Así la escuela va transformarse… en un verdadero hogar del niño, donde el maestro es el amigo y camarada y no el tradicional verdugo que siente una enfermiza función en martirizar a los educandos”.

“El propósito que un maestro debe perseguir no es enseñar, sino edificar, construir con los materiales que el estudiante aporte…El propósito debe ser conocer los valores mentales del escolar y emitir el correspondiente diagnóstico. A base de éste análisis el profesor orienta, mejora, detiene las aptitudes del estudiante y acomoda los procedimientos de la enseñanza al espíritu del niño”

“El método tiene como propósito analizar la conciencia del niño, conocer el poder de su mentalidad, determinar la cantidad de conocimientos que debe aprender y darse cuenta de la manera como lo utiliza”.

“La escuela primaria es el verdadero laboratorio donde se analiza el espíritu del niño y por consiguiente se conoce su temperamento, su tendencia, su carácter, sus inclinaciones sus aptitudes mentales”.

“Cada niño es un tipo psicológico…posee ciertas características que lo hacen inconfundible, muestra determinadas síntomas en su proceso psíquico, que resulta absurdo englobarlo mediante una apreciación empírica a base de n a cantidad de conocimientos…..Es tan absurdo querer reglamentar la evolución psíquica del estudiante, como lo sería pretender reglamentar el proceso de la enfermedad”.

“…concebir que todos los alumnos matriculados deben aprender la misma

cantidad de conocimientos, conforme a una misma técnica sin cuidarse de lo que pueda ser capaz un estudiante. El sistema es tan irrisorio como si un médico recetara a todos los enfermos de una misma dosis de sulfato de sodio, sin importarle la naturaleza de los pacientes ni la clase de enfermedad de la que adolece".

"La clase es un laboratorio, un museo, un taller donde se experimenta, se observa, se trabaja; ya no es la sala destartalada donde pontifica el maestro. Desaparece la tortura de las lecciones y de los exámenes, puesto que no hay enseñanza clasificada, sino enseñanza utilizada…la mejor lección es un proyecto de trabajo y el mejor examen su ejecución".

B. La función docente desde la perspectiva del pensamiento Enciniano:

- "La Dirección de enseñanza (equivalente a decir Ministerio de Educación) nada hizo para sacar al maestro del reducido y mecánico medio de acción en que se debatía. Lo dejó vivir de acuerdo a las ideas dominantes que considera al maestro un paria a quien se le encomienda la despreciable tarea de enseñar a leer, escribir, y a quien se le obliga a callar y prestar pleitesía y homenaje a los que se han erigido como sus amos". No hay sociedades cooperativas de maestros, cajas de ahorro, póliza de seguros, sanatorios, bibliotecas ambulantes, revistas pedagógicas, bolsas de viaje, becas en el extranjero, congresos de educación etc. "

- "El más alto cargo que un ciudadano puede desempeñar en una democracia es el de maestro de escuela".

- “Cuando el maestro, de su parte deje la rutina y se transforma en un líder social, entonces el magisterio habrá sobrepasado en importancia a cualquier otra actividad humana”
- “El maestro que ha convertido su misión en una rutina ha perdido el dinamismo necesario para transformarse en un líder social”.
- “mientras no exista un espíritu de solidaridad y unidad de miras entre las esferas oficiales y el maestro, toda labor educativa tendrá necesariamente que fracasar”
- “El maestro pagado con los desperdicios del presupuesto nacional impedido para intervenir en la política del país, es sencillamente un PARIA que vegeta dentro de la rutina como sistema, teniendo el favor como recompensa. Así el maestro no es un mentor de conciencias, un conductor de multitudes, un arquitecto de gran envergadura. Es simplemente, un conductor de rebaños, o un albañil de aldea”.
- “El maestro es el camarada de mayor experiencia que aconseja. Guía, y sugiere, pero no impone ni manda”.

A. La tarea política de la escuela en el pensamiento enciniano.

“Una escuela no puede vivir bajo un régimen de caciquismo político, donde las pocas actividades de un pueblo se reducen a una permanente loa al poder. La escuela así deflagra sus propósitos y se convierte en una institución colocada a merced de los caprichos del político ignorante y servil”.

“si la escuela es un laboratorio donde se analiza la conciencia humana, si

lleva una fuerza ideológica, si es un jalón en el camino del progreso espiritual del hombre, por tanto necesita de la máxima libertad tanto política como académica”

“Pretender que la escuela viva al margen de la política y prohibir que el maestro sea un político, es quitar a la escuela el impulso ideológico y todo valor social”.

“La escuela en el Perú no tuvo ideal político alguno porque los grupos políticos que fueron al poder carecieron de fuerza ideológica”.

“La estrecha mentalidad del burgués ha otorgado al indio la mecánica concesión de arrancarlo y reducirlo, poniendo en sus manos el abecedario y el catecismo”.

B. José Antonio Encinas, la Escuela como factor político y social.

La Escuela nacionalista. Sus errores. El indio ha sido abandonado por esta Escuela. El factor económico en la educación del indio. La Escuela Rural significa tierra propia. Caracteres y alcance de la Escuela Rural. La Escuela Rural en relación con la «Escuela Única».

Una Escuela no puede vivir bajo un régimen de caciquismo político, donde las pocas actividades de un pueblo se reducen a una permanente loa al Poder.

La Escuela deflagra sus propósitos y se convierte en una institución colocada a merced de los caprichos del político ignorante y servil. Si la Escuela es un laboratorio donde se analiza la conciencia humana; si lleva una fuerza ideológica, si es un jalón en el camino del progreso espiritual del hombre, necesita de la máxima libertad tanto política como académica.

La Escuela, así considerada, es un factor político de indiscutible importancia, cuya fuerza descansa en los ideales que persigue y en el maestro que los alienta.

Pretender que la Escuela viva al margen de la política y prohibir que el maestro sea un político, es quitar a la Escuela el impulso ideológico y todo valor social.

La Escuela, en virtud de un ato esencialmente político, debe ir hacia el pueblo, confundirse con sus necesidades y con sus aspiraciones.

Si la Escuela se dedica simplemente a enseñar a leer o escribir, desempeña una función meramente administrativa; pero si la Escuela interviene como elemento de primer orden en la vida social de un pueblo, dejando escuchar su voz, modificando la vida en determinado sentido, teniendo derecho a intervenir en ciertas actividades que beneficien y garanticen el bien común, entonces la Escuela es un centro de agitación social y por consiguiente un elemento político. Negar a la Escuela o al maestro esta función ciudadana, es circunscribir el acto político a la muy limitada tarea de censurar a un Gobierno o a la de sumarse a las mayorías.

El hecho grave está en que permaneciendo la Escuela ajena a estas agitaciones partidaristas, se la cree culpable de intervenir en política, cuando pretende dar una nueva orientación ideológica, arrancando a las nuevas generaciones de una serie de prejuicios de orden religioso, económico, político y social.

En este caso la Escuela sufre una verdadera presión inquisitorial, y no tiene otro camino que abandonar su acción social para sumarse a la serie de

instituciones burocráticas que han momificado el espíritu de un pueblo.

La Escuela en el Perú no tuvo un ideal político alguno porque los grupos políticos que fueron al poder carecieron de fuerza ideológica. Como la Escuela no ha tenido un impulso determinados su misión más simple, la de enseñar a leer y a escribir, ha sido deficiente.

Después del período chauvinista de la Escuela, período intermitente y esporádico, sin plan determinado, sin organización definida, se ha pretendido levantar el edificio de una escuela nacionalista. Formar el alma nacional, crear la élite que la dirija y la moldee han sido los temas de algunos discursos.

El hecho es que no existe tal élite, a pesar del tiempo transcurrido, y el alma nacional no se entrevé ni en la penumbra. Al contrario, nuestra escuela, especialmente aquellas donde debía incidir el movimiento nacionalista, se encuentran en manos de extranjeros. Las Escuelas Normales de Lima están bajo la dirección de suizos, de españoles, de franceses, de chilenos, de alemanes todo un mosaico de nacionalidades. Salesianos, lazaristas mercedarios, dirigen escuelas normales, colegios, granjas-escuelas. Tres misiones de americanos han pasado por las oficinas de la Dirección General de Enseñanza.

Todos los colegios de mujeres están dirigidos por congregaciones religiosas extranjeras. Es entendido que en cualquiera política pedagógica nacionalista, como la que desenvuelve el Pontífice del nacionalismo don Benito Mussolini, lo esencial es excluir de las escuelas nacionales todo elemento extranjero, aún más, monopolizar la enseñanza en favor del Estado.

Los elementos auxiliares de la Escuela, por ejemplo, los textos, todos son

de precedencia exterior. En los mismos planes y programas de estudios las materias de geografía e historia del Perú ocupan un segundo plano. En la flamante organización de la Universidad se ha cometido el error de no crear el Instituto de Geografía e Historia Nacionales, limitando la enseñanza a la repetición de cualquier texto. Todo esto acusa en el orden pedagógico la falta de dirección determinada para engendrar un ideal nacionalista. El asunto es más grave, si se piensa que los mentores de este ideal han olvidado que la verdadera nacionalidad reside en el indio. Históricamente, es el dueño del territorio del Perú, él lo ha trabajado y lo ha defendido. Sin gozar de derecho alguno está obligado a prestar sus servicios en el ejército, a construir los caminos, a enfeudarse en una hacienda, a someterse a la explotación de compañías mineras, a pagar contribuciones indirectas por tóxicos que lo envenenan y lo matan.

Toda la actividad económica e industrial del Perú está en manos de los indios. Si se suprime el indio, los campos quedarán sin labrar, las tierras sin cultivar, las minas sin explotar.

En provincias faltarán los arquitectos, los artesanos, los pastores; en fin los que suplen casi todas las necesidades de un pueblo. Por eso no hay temor a equívoco para afirmar que el ideal educativo nacionalista debe enfocar la totalidad de su acción en el indio. Desgraciadamente hasta hoy nada se ha hecho por él.

El presupuesto de la Nación no consigna suma alguna de dinero para redimir las tierras detentadas, ya que no se quiere proceder a la distribución forzosa. Todo intento de solidaridad a la raza, directa o indirectamente fomentando ha sido combatido, haciendo uso de la fuerza.

En el terreno pedagógico el máximum de lo realizado en cuatrocientos años, ha sido crear una o dos escuelas talleres o granjas-escuelas para preparar artesanos que serán dominados por la industria extranjera, y peones que volverán a la gleba.

No hay un solo Gobierno que haya levantado un empréstito para emprender la más urgente y la más seria de las ofensivas que el Perú tiene por delante. La redención del indio no es una cuestión de caridad cristiana ni un justísimo reparo que la historia debe, es un asunto de orden económico.

El indio no estará satisfecho mientras no entre en posesión de lo suyo. Ya hemos dicho que la Escuela no puede desvirtuar esta tendencia so pena de ponerse al servicio de una intolerable reacción. El nacionalismo está en unificar tendencias, en armonizar aspiraciones, en efectuar un trabajo con elementos homogéneos.

Lo más saltante que hay en el Perú, es lo heterogéneo, desde su aspecto físico hasta su contextura social.

El indio es el elemento más distanciado, el que mayores deferencias acusa. Pues, bien, el problema está en borrar esas diferencias y aproximarlos hacia la línea común.

Tal proceso es esencialmente económico, puesto que la más notable diferencia entre el indio y los demás componentes de la más social está en que aquél es sistemáticamente excluido de la posesión de las tierras en beneficio de los últimos.

La Escuela tiene que colocarse sobre este plano. Cualquiera que sea el tipo de ella, debe contemplar forzosamente esta parte esencial del problema.

La Escuela Rural, la más aconsejada, resultaría un fracaso si funcionara dentro de un feudo, o al servicio de otro feudo; estaría destinada a preparar siervos. La Escuela Rural significa tierra propia, puesto que no va a preparar a peones, sino campesinos, quienes más tarde se transformarán en agricultores.

Antes la Tierra que la Escuela, tal es el lema de toda política educativa en favor del indio.

Así entendido el problema, la Escuela, adquiere su verdadero valor. Situada en el centro de una comunidad de indios se convierte en el propio «Hogar del Indio», donde van acudir sin distinción de edad ni de sexo, no sólo en busca de silabario, sino en demanda de un consejo, de un apoyo, de una protección contra el abuso.

La Escuela no comenzará la enseñanza de la lectura o de la escritura ni ésta será su finalidad; éstos son elementos que se adquieren sin violencia y a medida que el indio vaya comprendiendo su utilidad.

Se ha procedido en forma contraria y el resultado ha sido el ausentismo; arrancar al indio del medio en que vive, apartado de sus diarias ocupaciones, limitar su actividad cerrándolo dentro de los cuatro muros de una sala destartalada, poniéndole ante los ojos las 24 letras de un alfabeto que nada significan para él, es a todas luces un absurdo.

La Escuela debe comenzar infundiendo la más grande confianza y demostrando previamente su utilidad social.

Para ello debe ejercitar su acción cerca del adulto, interesándose en las actividades de su vida, tales como el trabajo, las distracciones, los alimentos, las relaciones sociales, alentándolas, encarrilándolas, quizá transformándolas.

Cuando el adulto considere la Escuela como una institución no hostil a su manera de vivir y que, al contrario, coopera en ella, el ausentismo escolar desaparecerá.

La Escuela se presenta así, desde los primeros instantes, como un elemento de utilidad manifiesta para el indio, abandonado a sus propias fuerzas.

La Escuela, antes de organizarse pedagógicamente, estableciendo planes de estudio, programa, horarios, etc., debe organizarse socialmente creando en la aldea diferentes grupos para mejorar la agricultura, la crianza de animales domésticos, la arquitectura, la higiene pública y privada, el deporte, la danza, la música, las sociedades cooperativas de producción y consumo, las de auxilio mutuo, las de la protección a la infancia, a la vejez y al enfermo. Ni uno solo de estos elementos debe dejarse la Escuela sin acción.

A medida que funcione cada una de estas actividades, y con ocasión de ellas, es que el indio insensiblemente, sin gran esfuerzo, logrará aprender a leer, escribir y contar, como la más sencilla de las tareas.

El indio no puede resistir a un trabajo social de aquella naturaleza, porque está en armonía con sus tradiciones históricas y con las costumbres hasta hoy imperantes.

Pocas serán seguramente entre las historias de los diferentes países del

mundo las que, como la del Perú, puedan servir como base para sostener los ideales de una revolución agraria.

La historia del Perú puesta en manos de los indios constituye un verdadero programa político.

Por eso, la Escuela Rural no puede descuidar este aspecto esencial de su misión. Claro es que no se trata de una enseñanza libresca donde se cuente la historia mutilada de los antepasados; ha de ser la historia económica, aplicada sobre la tierra común, distribuyendo las parcelas entre los de la comunidad, dividiendo el trabajo, repartiendo la cosecha; la historia social, organizando la aldea, donde el individuo pertenezca a la colectividad, ejecutando un esfuerzo común; la historia religiosa, rindiendo tributo a los antepasados, a las heroicidades de la raza, y a las leyendas que narran su origen; la historia de su vía-crucis a través del Coloniaje y de la República; las condiciones económicas y sociales actuales y los elementos, de que dispone para cobrar su libertad integral perdida.

La estrecha mentalidad del burgués ha otorgado al indio la máxima concesión de arrinconarlo y reducirlo, poniendo en sus manos el abecedario y el catecismo, llegando la misericordia de algunos a permitirles algunas nociones de agricultura, pero nada más.

Para semejante criterio, la Escuela que acabamos de bosquejar significará una institución revolucionaria desde luego peligrosa para orden social.

Nosotros aceptamos de antemano el epíteto y declaramos que la política

educacional del indio, no puede tener otro carácter que la de una real y evidente revolución.

Lógico es suponer que la actividad integral del indio no se detendrá en una Escuela Rural o en la dirección de una aldea.

La línea de cultura se extenderá sin más límite que la capacidad mental del individuo. Así, el indio tendrá las mismas oportunidades, pero mayores privilegios —en razón de su condición económica— para seguir sus estudios.

La Escuela Rural, como una institución de carácter social, mantendrá sus puertas abiertas indefinidamente. Nada de años de estudios, ni períodos de enseñanza para pasar de un ciclo a otro.

El maestro tendrá entera libertad de acción, dirigirá la mentalidad de sus discípulos sin someterlos a las torturas de un examen ni clasificarlos dentro de los cánones de un sistema administrativo.

Así, el indio podrá alcanzar en una Escuela Rural la cultura necesaria para ingresar a los denominados colegios de enseñanza secundaria, aún a las mismas escuelas profesionales.

No hay razón para suponer que, con este hecho, apuntamos una utopía, o sostenemos un absurdo. Nada de eso.

El colegio de instrucción media es un simple apéndice bifurcado entre la enseñanza primaria y la Universidad. Es un organismo muerto e innecesario.

Tan lo es, que hasta hoy, dentro y fuera del Perú, no se sabe el papel que desempeña; ni se llega a un acuerdo para señalarle una función útil y determinada.

No es, pues, un absurdo opinar que una persona instruida en una escuela rural en posesión de una cultura general, habiendo alcanzado un coeficiente de capacidad, muy lejos de adquirirlo en un colegio, esté en condiciones de seguir estudios superiores.

Esta organización de la Escuela Rural, bosquejada rápidamente, ha de obedecer a un vasto plan de reforma de la enseñanza pública.

Ningún propósito para alcanzar éxito en una campaña de nacionalismo puede llevarse a efecto sin considerar a la Escuela Rural como el núcleo de donde irradien los otros factores de la educación.30

C. Breve Historia Internacional del Derecho Indígena.

El reconocimiento y protección de los Pueblos Indígenas a través de derechos indígenas estaba puesta en marcha. En este contexto, la 76ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, después de un proceso de revisión del Convenio 107, aprobó el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, instrumento que reconoce y trata a las colectividades indígenas como pueblos, señalando los elementos que deben tomarse en cuenta para ser considerados como tales; establece un conjunto de derechos que tutelan su diversidad cultural; introduce el concepto de territorio como un derecho de los pueblos, entendida con la totalidad de hábitat que los pueblos usa y disfrutan; determina que en la impartición de justicia, se deben tomar en cuenta las normas internas y formas de sancionar que tienen los pueblos; asimismo, prescribe que los pueblos tendrán derecho a decidir sus propias prioridades en clara alusión al ejercicio de la libre determinación de que gozan en tanto pueblos.

Sin duda, señala VOLLKMER (2006) “las disposiciones de este convenio, constituyen uno de los marcos jurídicos más avanzados de que disponemos para abordar la problemática de la diversidad indígena”. Por su importancia, consideramos pertinente transcribir y reseñar sus preceptos.

Convenio 169 de la OIT.

El artículo 1 establece una definición de lo que ha de entenderse por “pueblos indígenas” aunque limita el alcance de las implicaciones de este concepto en el derecho internacional. Expresamente dispone:

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

   a) (…)

   b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. (…)

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos

que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional[1].

Los artículos 4 y 5, respectivamente, establecen la necesidad de reconocer y proteger los valores y prácticas “sociales, culturales, religiosos y espirituales propios”, así como la obligación para los estados de adoptar medidas especiales que protejan sus personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura y medio ambiente de los Pueblos Indígenas.

Los artículos 6 y 7 establecen el derecho de los Pueblos Indígenas a “decidir sus propias prioridades” así como su consulta y participación en todas las actividades que emprenda el Estado y que impliquen medidas legislativas que puedan afectarles.

El artículo 8 reconoce la existencia del “derecho consuetudinario” indígena al establecer la obligación del Estado de tomarlas en consideración al aplicar la legislación nacional, fortaleciendo esta disposición. Este precepto determina:

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos

[1]El subrayado es nuestro.

que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

El artículo 9 que establece la obligación de respetar “los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. Así mismo, reconoce que al momento de “imponer sanciones” a los miembros de los pueblos indígenas, deberán tenerse en cuenta las características “económicas, sociales y culturales”.

En los artículos 13 y 15 del Convenio se reconoce el “derecho a las tierras, territorios y recursos naturales” llegando incluso a incluir dentro del término tierras, el concepto de territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera” (artículo 13).

El artículo 13 establece:

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

En la misma dirección que el Convenio 169 de la OIT, la recién aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [2], establece un conjunto de derechos de estos pueblos como prerrogativas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo. Los derechos a la libre determinación y autonomía están contenidos en los artículos 3 y 4, el derecho al territorio en el artículo 26, la potestad de practicar y revitalizar sus costumbres y tradiciones culturales, historia, idioma, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escrituras y literaturas se ubican en los artículos 11, 12 y 13; asimismo, el derecho a establecer y controlar sus instituciones docentes y medios de comunicación en los artículo artículos 14 y 16; la facultad de mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas, sociales y sus sistemas jurídico propios está contenido en el artículo 5, 20 y 34.

Artículo 5º Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida, política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 34° Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

[2]Declaración aprobada mediante Resolución de la Asamblea General el 13 de septiembre del 2007.

ABAD YUPANQUI (1997) dice: “bien es cierto que la Declaración no constituye un instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los Estados parte, si representa un conjunto de principios y normas que reconocen y establecen los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en el régimen normativo internacional y nacional, mismos que deben ser la base de la nueva relación entre dichos pueblos, los Estados y las sociedades en todo el mundo”.

En América Latina habitan más de 400 pueblos indígenas. Se estima que viven 46 millones en la región. De acuerdo con las cifras del Censo de Población y Vivienda 2007 del INEI, la población indígena en el Perú asciende a más de cuatro millones de habitantes.

BOREA (1994) señala que: “Los indígenas de nuestro país son la cara más expresiva de la pobreza. El 75% de ellos perciben ingresos menores a dos dólares diarios. Esta condición socioeconómica demuestra, según la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que ser indígena equivale a ser pobre”.

La secretaria ejecutiva de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), Rocío Silva Santisteban, subraya que “la población indígena ha sido maltratada y ninguneada desde la época virreinal”. Este cuadro de injusticia histórica es subproducto —indica la activista en una entrevista ofrecida a RPP Noticias— de un modelo de desarrollo basado en el neoextractivismo.

La autora explica que orienta la economía hacia actividades de explotación de la naturaleza para la obtención de recursos dirigidos a la exportación. “Este modelo de exportación de materias primas se agota

demasiado rápido”, advierte. En los hechos, afirma también la poeta peruana, las actividades extractivas generan efectos desequilibrantes en materia socioambiental.

El Latinobarómetro 2011, capta que hay elevados niveles de percepción de la existencia de discriminación racial en varios países de la región. El 39 por ciento de los peruanos, según ese estudio, cree que son discriminados por raza. Al respecto, la también docente universitaria refiere que los grandes problemas que afectan a las comunidades indígenas no podrán superarse si no se enfrenta esta indiscriminación inadmisible.

Silva Santisteban recordó, a la vez, la expresión que lanzó el expresidente Alan García Pérez en contra de los pueblos originarios, a quienes calificó de “perro del hortelano”. “El perro del hortelano fue percibido, desde los pueblos indígenas, como lo más excluyente e insultante”, apuntó.

“Este gobierno (que preside Ollanta Humala), sigue el piloto automático del perro del hortelano”, manifiesta más adelante la escritora.

En otro momento, la titular de la CNDDHH cuestionó al mandatario de la República por desconocer la existencia de pueblos indígenas en los Andes. “Es absolutamente absurdo que el presidente Humala Tasso diga que los únicos pueblos verdaderamente indígenas son los nativos y los nativos no contactados”, mencionó enérgica.

“Lo nativos no contactados están saliendo de los espacios de la selva virgen, porque están siendo cercados por este Estado que está planteando todo un paradigma de desarrollo en beneficio de las grandes empresas extractivas”,

asegura.

Rocío Silva sostiene, además, que la política de inclusión social que ha emprendido el Ejecutivo se fundamenta “en el paradigma del hombre blanco occidental”. Este “modelo sesgado”, dice, supone, por un lado, el consumo ilimitado e irracional y, por otro, erosiona la relación entre el hombre y la naturaleza.

GUEVARA (2001) señala: ““Tenemos que ampliar la visión de los modelos de desarrollo. Y, uno que plantean los pueblos indígenas es ese vínculo directo con la tierra, que es algo que el mundo urbano ha perdido”, comenta.

Sobre el particular, organismos internacionales, entre ellos la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), alertan que los patrones de desarrollo de muchos países de esta parte del mundo ponen en peligro las instituciones culturales de los pueblos indígenas.

La ONU calcula que, actualmente, existen a escala global entre 6 mil y 7 mil lenguas. Cerca del 97% de la población mundial habla el 4% de los idiomas, mientras que sólo un 3% habla el 96% restante. No obstante, cerca del 90% de los idiomas podría literalmente desaparecer en los próximos 100 años a causa de la exclusión y la discriminación por parte de los Estados y sus autoridades.

“Los Estados y los Gobiernos tienen que entender que somos una población heterogénea; y que por lo tanto, se tiene que legislar y concebir políticas públicas desde esa perspectiva”, opina la defensora de los derechos humanos.

Rocío Silva Santisteban invocó a los partidos políticos y al Gobierno que el

tema indígena no se oculte; al contrario, hay que ubicarlas —dijo— en el centro de debate y encararlas a través de políticas públicas concretas.

Conclusión.

Como podemos ver todos los artículos resumidos anteriormente, tanto de la Convención como de la Declaración, tienen que ver con la participación de pueblos y nacionalidades indígenas en la adopción de medidas relacionadas con políticas, al respecto, el numeral 16 del Art. 57 de la Constitución reconoce la participación de pueblos y comunidades en los organismos oficiales que determine la ley, para la definición de las políticas públicas que les conciernen, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

En consecuencia si bien no hay un reconocimiento expreso de la participación en cada uno de los temas previstos en el Convenio y la Declaración, si ha sido reconocido de manera general en el Art. 57 numeral 16 en concordancia con los Art. 11 numeral 2, 85, 95 y 100 de la Constitución.

Ahora, la participación en la adopción de políticas públicas, en los dos instrumentos internacionales, aparece referida a la posibilidad de participar a través de sus instituciones representativas e incluso a través de sus propios procedimientos de participación. Este estándar no ha sido incorporado en nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa al no diferenciarla de la participación del resto de habitantes del Ecuador y por lo tanto afectando el derecho a la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades indígenas.

2.3.3 Convenio Nº 169 de la OIT.

TANTO EL CONVENIO COMO la Declaración reconocen el derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas, toda vez que el Estado prevea adoptar medidas administrativas o legislativas que les afecten. Este derecho debe ser ejercido a través de sus instituciones representativas y con procedimientos apropiados. La consulta tiene las siguientes particularidades:

1. Libre: la consulta no puede ser coaccionada ni dirigida a obtener un determinado tipo de respuesta.
2. Previa: necesariamente debe realizarse antes de la adopción de la medida administrativa o legal.
3. Informada: la comunidad o pueblo consultado debe acceder de manera libre a la información necesaria que le permita tomar una decisión respecto a la consulta que se realiza.
4. Con Consentimiento expreso: en todo proceso de consulta se debe obtener el consentimiento expreso de dichos pueblos caso contrario, no se podrá adoptar la medida administrativa o legal sujeta a consulta.

El análisis, estudio e investigación sobre el Derecho Indígena con el Estado, como sistema jurídico constitucional de corte neoliberal, es muy limitada y parcial. La concepción de sistemas constitucionales en el mundo nace a raíz de la convergencia de varios factores, entre las más importantes tenemos la lucha por las libertades e independencias emancipatorias. La identidad cultural también tiene vinculación con la identidad con sentido integral, en ese sentido nos servimos de la visión de Zannoni04. Sobre el derecho a la identidad, para compartir el criterio de entenderlo como un proceso que nace con la concepción

y se extiende durante toda la vida de la persona. Para este autor la identidad admite tres dimensiones: 104 CHIERI, Primorosa y ZANNONI, Eduardo: La Prueba de ADN, Astrea, Buenos Aires, 1999. 105 Art. 7, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección a las personas partiendo de la valoración de su identidad".

Identidad personal en referencia a la realidad biológica: es el derecho de toda persona a reconocerse con su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser protegido por el Estado:

1. Identidad genética: Abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible.
2. Identidad filiatoria: Resulta del emplazamiento de una persona en un determinado Estado de familia.
3. Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona: Comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican como: los atributos de la personalidad, la propia imagen.
4. Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona: realización del proyecto existencial de la persona: sus pensamientos, creencias, ideologías, costumbres.

2.3.4 Sobre el Derecho Indígena Peruano.

Antecedentes históricos

Los indios fueron los verdaderos conquistadores del territorio del Perú; ellos lo convirtieron de hostil y agreste en área generosa para la vida humana.

“No hay un solo trozo de tierra que no haya sido regado y fecundado con el sudor y la sangre del indio[3],[4].” Como se dijo en el párrafo anterior, desde hace miles de años los pueblos indígenas mediante sistemas de trabajo estandarizados por ellos mismos, cuidaban y trabajaban la tierra. En la época incaica los ayllus eran agrupaciones lideradas por los curacas en las que se realizaban trabajos grupales como la mita, minga, o minka; fueron estos trabajos colectivos, precisamente, los que permitieron la sostenibilidad del Imperio. En la época de la conquista los trabajos colectivos antes mencionados perduraron, sin embargo, su finalidad no era la misma debido a que la sostenibilidad que debían de alcanzar estaba orientada hacia la Corona española y una Lima propiamente virreinal, acompañados de maltratos, abusos hacia el indígena. En el mismo Virreinato, Gazzolo[5] -expone- que la Corona dictó una serie de disposiciones tales como: reales cédulas, ordenanzas, providencias para defender a los indígenas en la posesión y reparto de las tierras y de las aguas. Estas providencias de carácter legal que nos rigieron durante la etapa virreinal constituye el llamado “Derecho Indiano”. Al lado de estas recopilaciones tuvimos

---

[3] Castro-Pozo, Hildebrando. Del Ayllu al Cooperativismo Socialista, página 6

[4] El vocablo “ayllu”, en quechua significa “genealogía, linaje, parentela, casta”; y cuando se quiere expresar que un conjunto de hombres pertenecen o descienden de un mismo tronco se les denomina calificativamente “ayllu pura”, es decir: de un mismo linaje o parentela.

[5] Ver la obra Manual de Derecho Rural de Luis Alberto Gazzolo. Primera Parte. Facultad de Derecho de la UNMSM. Lima 1966.

las ordenanzas de los virreyes, entre las cuales cabe mencionar las de Toledo[6],[7]. Durante la República, tuvimos un ayllu que sobrevivió exitosamente a todas las adversidades de la Colonia y las atrocidades impuestas en la República mediante la religión católica, el sistema educativo y la promoción de la cultura europea. Como bien se sabe en esta etapa se expiden distintas disposiciones en torno al indio y de su comunidad, que responden a los ideales de la etapa republicana naciente; asimismo, expone que tales dispositivos comienzan con las que dio el protector José de San Martín. La mayoría de ellos tiene que ver con la organización de los indígenas, los impuestos que los indios debían pagar al Estado, el régimen de tierras, la abolición de la servidumbre y otros asuntos vinculados a los indios[8]. Desde el siglo XX vemos una protección al indígena- aunque no completa- reflejados desde la Constitución de 1920, en su artículo 58 nos dice que "El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan". Si bien a la letra hace referencia a un reconocimiento del derecho indígena, no podemos decir que en la práctica fue

---

[6] El virrey dictó las referidas Ordenanzas que crearon las parcialidades, las mismas que dieron origen a las Comunidades Indígenas, hoy Comunidades Campesinas. En el año 1573 Toledo promulgó las Ordenanzas del Perú para un buen gobierno las que se convirtieron en normas fundamentales de todo el Virreynato. Dispuso que el virrey fuese el centro de la administración, con un poder absoluto, tal y conforme como debía actuar un único representante del rey de España. Imbuido de tal autoridad, reguló la concesión de encomiendas, por lo que terminó con el histórico litigio entre encomenderos y rey, reivindicando para este último la potestad de escoger a quienes merecían ser encomenderos. Con dicha medida, se aseguró para toda la época virreinal la sumisión total de éstos. El Virrey Toledo sugirió en sus Ordenanzas que se debería cambiar las encomiendas que eran duramente criticadas por abuso con los indios; por las reducciones que al igual que todos los sistemas administrativos de aquella época, aseguraban la mano de obra prácticamente gratuita a favor de la Colonia. Las reducciones eran concentraciones de la población indígena en pueblo de indios para facilitar la evangelización, controlar su producción y permitir el control fiscal.

[7] Ver el trabajo: Posibles criterios para la propuesta de una ley de reforma o nueva legislación de comunidades y parcialidades campesinas y nativas, así como otros grupos étnicos originarios, página 6

[8] Ver el trabajo: Posibles criterios para la propuesta de una ley de reforma o nueva legislación de comunidades y parcialidades campesinas y nativas, así como otros grupos étnicos originarios, página 7

acatada y respetada por los “interés personales” de la época. Ya en la Constitución de 1933 --coincidimos con Ugarte del Pino[9]- al considerar que para su tiempo era una constitución moderna, por cuanto, no solo protege al poblador indígena, sino también le da una calificación e importancia a su propiedad. Al respecto, el artículo 209 establece que la propiedad de las comunidades es imprescriptible, inenajenable e inembargable. Un artículo que resulta importante, dado que gracias a este dispositivo, protegemos el sustento y medio de vida del poblador indígena. Es más, el Código Civil de 1936 inserta como una novedad jurídica, que para poder hacer referencia a comunidades indígenas tiene que haber inscripción de las mismas[10] y a su vez la elección del dirigente de la comunidad debía de recaer en personas instruidas, siendo esta una medida parcializada, en razón de que las únicas personas que sabían leer o escribir no eran precisamente los campesinos sino los hacendados, gamonales. Sin embargo, a mediados del siglo XX Velasco Alvarado propuso la reivindicación del indio mediante la Reforma Agraria (Decreto Ley N° 17716)[11],[12] norma que su propósito era apaciguar el fervor de las discusiones y debates y la lucha permanente, librada por los campesinos, en medio de una crisis política que cuestionó el régimen feudal sobre la tierra; un régimen basado en el latifundio

---

[9] Consúltese su obra Historia de las Constituciones del Perú, Editorial Andina S. A. Lima 1978, página 616

[10] El artículo 71 señala que la inscripción de las comunidades en su registro especial es obligatoria: Ver dicho artículo en el Código Civil Sumillado, de Lucrecia Maisch von Humboldt, página 27

[11] El título X e este Decreto Ley se ocupa expresamente sobre las comunidades campesinas. A partir de de dicho Decreto Ley –dice el artículo 115—las comunidades indígenas se denominarán comunidades campesinas.

[12] Dicho Decreto Ley dado por Velasco Alvarado le dedica a las comunidades campesinas doce artículos, del 115 al 126. Mayor información se encontrará en la obra Legislación Peruana, de Román Robles Mendoza, página 88, publicado por el Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales. UNMSM,. Lima, 2002.

surgido en el Virreinato[13].

Después de este intento de reivindicación, llega hacia nosotros la Constitución Política de 1979, estableciendo en su artículo 161 que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas. Asimismo, propicia la superación cultural de sus integrantes[14]; es decir, las comunidades no solo poseen reconocimiento de sí mismas, sino también un respaldo en su desarrollo económico interno y externo; así como la revalorización de sus costumbres. Ello es de vital importancia para las comunidades porque marcan las raíces de identidad y originalidad peruana. En cuanto al Código Civil vigente, el artículo 134 establece que dichas comunidades campesinas son de interés público, sin embargo, los hombres de derecho sabemos que son personas jurídicas de derecho privado, tal como lo señala también el artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas, Ley Nº 24656[15]; concordantes con el artículo 89 de nuestra actual Constitución[16], artículos 1 al 35 del Convenio

---

[13] Ver el trabajo: Posibles criterios para la propuesta de una ley de reforma o nueva legislación de comunidades y parcialidades campesinas y nativas, así como otros grupos étnicos originarios, página 9.

[14] Ver el libro La Constitución Comentada 1979, de Alberto-Ruiz Eldregde, Primera edición. Editora Atlántida S. A. Lima, 1980, página 251.

[15]Berrío B; V. Nueva Legislación y Estatuto de Comunidades Campesinas (Ley Nº 24656).

[16]29 Ver la obra La Constitución de 1993 Análisis Comparado, de Enrique Bernales Ballesteros, con la colaboración de Alberto Otárola Peñaranda, página 414 y siguientes.

169 OIT. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales[17] de 1989.

La Constitución de 1993, debido al contexto de desarrollo posee una tendencia a la inversión y desarrollo agrario, en sus artículos 88 y 89 desarrolla un espacio de reconocimiento de las Comunidades, como lo consideraron las anteriores constituciones y en su artículo 70 y siguientes nos hacen referencia a la propiedad, sus características y la igualdad de inversiones; es decir, nuestra Constitución actual marcada por una tendencia neoliberal, concibe a las comunidades como instituciones que buscan la estabilidad de sus costumbres y de una cohesión orientada hacia su desarrollo comunal e individual. Creemos, pues, que las normas dictadas en torno a las comunidades se han expedido dentro del marco que aspira ser el de un constitucionalismo andino en el más amplio sentido de la palabra. Por eso nos parece interesante una cita de Gazzolo, extinto profesor sanmarquino, la misma que hemos tomado de la interesante tesis doctoral de Carlos León Zaa[18]. En la referida cita el autor señala que el constitucionalismo es el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario. Sin el constitucionalismo, como sistema de ordenamientos jurídicos, no puede existir la República, que es una estructura, y mucho menos la democracia, que es su contenido ético. Sin la garantía de constitucionalismo, jamás podrá asegurarse la existencia de la dignidad y de

[17]Véanse los Comentarios y Jurisprudencia. Concordancias. Antecedentes. Sumillas. Legislación Complementaria; del Código Civil, Tomo I, Séptima edición, página 239.

[18] León Zaa es abogado sanmarquino y Doctor en Derecho, graduado en la Universidad Complutense de Madrid, con la tesis intitulada El Estado de Excepción en el Constitucionalismo Andino: Especial consideración de Chile y Perú. Habiendo obtenido el calificativo de sobresaliente.

libertad humana como, asimismo, las posibilidades de una justicia progresiva.

2.3.5 Normatividad especial en el Perú.

En el Decreto Legislativo Nº 02 es el dispositivo que detuvo el proceso de Reforma Agraria; un instrumento privatista y terrateniente, con el que el belaundismo[19] logró el desmontaje de la obra de Velasco. Es más, este régimen alentó la parcelación individual de las propiedades de las cooperativas agrarias de la Costa. Sin embargo, no pudo reconstituir el viejo sistema de hacienda[20]. Asimismo, en el gobierno de Alan García se dicta la ley Nº 24656, Ley General de Comunidades Campesinas. Ambas normas no derogaron explícitamente la Ley de Reforma Agraria.

Es a partir de 1990 en que se comienza a desarmar la Reforma Agraria, bajo el gobierno de Alberto Fujimori en que se dicta el Decreto Legislativo Nº 653 (1991), Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, que deroga en la práctica, la Ley de Reforma Agraria, dejando sin embargo a salvo las normas procesales agrarias. Es más, en 1995 se publica la Ley Nº 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 de Tierras), reglamentada en 1997. Ley que ha sido considerada como la más privatista de todas las normas referidas a la propiedad agraria al establecer que por ningún motivo se podrán imponer limitaciones y restricciones a la propiedad

---

[19] Segundo gobierno de Fernando Belaunde.

[20] Robles Mendoza, Román. Legislación Peruana sobre Comunidades Campesinas, páginas 112 y 120.

de la tierra. Claro está que esta norma que colisiona[21] con el texto constitucional: artículos 70 y 88.

Otras normas especiales las tenemos en la Ley Nº 27818, Ley para la Educación Bilingüe Intercultural; Decreto Supremo 15-2001-PCM mediante el cual se creó la Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas. Este dispositivo estableció además la formación de una Mesa de Diálogo y Cooperación, a fin de elaborar, con participación de las organizaciones indígenas e instituciones interesadas, propuestas de solución para los problemas que afectan a las comunidades nativas del país[22]. Tales son los temas examinados del derecho indígena peruano.

2.3.6. Reconocimiento del Derecho Indígena en las Normas Internacionales vigentes.

A. Convenio Nº 169 OIT

Con las ideas arriba expuestas en el punto 1. 3. 2; de este trabajo, sobre la Organización Internacional del Trabajo, podemos tener como siguiente paso, la definición e importancia del Convenio Nº169. El Convenio representa un paso adicional en los esfuerzos de la OIT para garantizar el respeto de los derechos fundamentales tendientes a la igualdad de oportunidades y de trato para grupos que se encuentran en situación de desventaja y exigen garantías mínimas de

[21]34 El art. 5º de dicha ley atenta contra la normativa constitucional y contra el apotegma del derecho, que señala que solo se puede legislar por la naturaleza de las cosas y no por la diferencia de las personas.

[22]Taish Maanchi, Julián. Política Regional de la Nación.

sus derechos para lograr un tratamiento equitativo en las sociedades en que viven. El Convenio Nº 169 representa, sin dudas, el instrumento jurídico internacional vinculante más completo que, en materia de protección a los pueblos indígenas y tribales, se haya adoptado hasta la fecha, y su adopción constituye un hito trascendental en la normativa internacional pertinente. Este Convenio, junto a otros convenios de la OIT, en materia de protección de los derechos fundamentales en el trabajo de los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a estos pueblos, busca la consecución y garantía del trabajo decente, como uno de los paradigmas básicos para la erradicación de la pobreza y de un desarrollo sustentable. El Convenio Nº 169 propone conceptos básicos relativos al respeto, el reconocimiento y a la participación de dichos pueblos, El respeto a la cultura, idiomas, religión, organización social y económica, y a la identidad propia constituye la premisa de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales. El Convenio reconoce la relación especial que tiene los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna u otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación. En la perspectiva de la OIT, el Convenio 169 forma parte de un proceso de desarrollo de una cada vez más amplia gama de derechos de los pueblos indígenas que se van defendiendo y protegiendo a nivel internacional[23].

Entre otros importantes artículos de dicho Convenio transcribimos los siguientes para facilitar el entendimiento del mismo. Veamos:

• Artículo 1:

[23]36 Véase el Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, páginas 7-10.

1. El presente Convenio se aplica:

   a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

   b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

• Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean

tanto colectiva como individualmente.

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.

c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimentan dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

• Articulo 7 1.

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

• Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

• Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

• Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

• Articulo 29

1. Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunicación nacional.

B. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Y ante todo, la declaración es un documento detallado sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. La Declaración fue preparada y debatida

oficialmente durante más de veinte años antes de ser aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El documento hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones y a buscar a su propio desarrollo, determinado libremente de conformidad con sus propias necesidades e intereses. Muchos de los derechos consagrados en la Declaración exigen nuevos enfoques con respecto a las cuestiones mundiales, como el desarrollo, la descentralización y la democracia multicultural. Para lograr el pleno respeto de la diversidad, los países deberán adoptar enfoques participativos de las cuestiones indígenas para los que hará falta celebrar consultas efectivas y establecer alianzas con los pueblos indígenas[24]. A falta de un conglomerado de leyes que nos haga referencia de normas de protección al indígena, las Naciones Unidas tomaron la decisión de redactar unas leyes que puedan brindar la protección y seguridad al mismo. Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad. Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas, preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierra, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular su derecho al desarrollo de conformidad con sus

[24]Naciones Unidas. Los Pueblos Indígenas en sus propias voces, páginas 1-2.

propias necesidades e intereses. Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que deriva de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos. Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe. Estimando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas[25]. A continuación, los siguientes artículos nos ayudarán a entender mejor dicha Declaración. Veamos:

• Artículo 1

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas Internacionales de derechos humanos.

• Artículo 2

Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el

[25]Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, páginas 1-4.

ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

• Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

• Artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.

2. Los pueblos indígenas tiene el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

• Artículo 9

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

• Artículo 31

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus

expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprometidos los recursos humanos y genéticos, las semilla, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas.

2.4. CONCEPTOS IMPORTRANTES DENTRO DEL MARCO CONCEPTUAL

2.4.1. PLURALISMO JURÍDICO

El pluralismo jurídico es una afirmación de la existencia de múltiples órganos de Derecho antagónicos y equivalentes dentro del sistema jurídico general. Los grupos y las asociaciones tienen capacidad para producir por si mismos relaciones jurídicas autónomas, aparte la imposibilidad de establecer a priori una primacía del orden legal del Estado sobre los recientes ordenes jurídicos concurrentes. La relación entre los distintos órdenes jurídicos depende de coyunturas sociales y jurídicas, todas ellas variables (PADIAL, 2000).

Cuando se habla de pluralismo jurídico, se está indicando la existencia de dos o más sistemas jurídicos dentro del territorio de un Estado, uno de los cuales es el sistema jurídico nacional y el otro u otros, a nuestros efectos, los de los pueblos indígenas. De una forma más amplia podemos definir, que la pluralidad jurídica es “la existencia simultánea dentro del mismo espacio de un estado de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales” (VALVERDE, 2000).

La diversidad cultural se presenta como un reto político y una oportunidad para la democracia. Los actuales estados americanos, sea por su complejidad histórica o por los desplazamientos o migraciones poblacionales, son de hecho multiculturales y multilingües y con una mayor o menor presencia de Pueblos Indígenas. Esa situación compleja, en el caso peruano, es el rasgo implícito de toda nuestra sociedad, desafortunadamente, sin una adecuada correspondencia en la norma constitucional (YEPES, 1998).

Consideramos que es en la dimensión política donde el reconocimiento de las diferencias culturales deja de ser un tema solamente teórico y cobra la mayor importancia como asunto práctico de representación ciudadana. Tal perspectiva no implica olvidar el examen crítico de aquellos aspectos que llevaron a asumir como “condiciones naturales” las acciones y los discursos etnocentristas y de superioridad de determinados grupos sociales. Pero ese análisis es insuficiente. Se requiere una transformación de las condiciones jurídicas que, hoy en día, no reflejan el verdadero carácter nacional de muestro país, mediante una nueva reorganización del poder a través de la Constitución (BALLON, 2002).

Pues bien, un Estado “multiétnico”, “pluricultural” y que admita el derecho de los pueblos indígenas, tiene que considerar en la distribución de poder esos elementos. Es decir, superar en la esfera política las contradicciones que existen en la vida sociocultural del país, con mecanismos que absorban la variedad de intereses entre grupos socioculturales logrando su representación -directa- en la toma de decisiones (PEÑA, 1998).

El Convenio 169 de la OIT desarrolla ampliamente el término de “pueblos indígenas”. Este Convenio se aplica en países independientes a aquellos pueblos considerados como indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista y la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (TAIPE, 1996).

El término “pueblo” implica la consolidación del reconocimiento del derecho de esos grupos a mantener su identidad étnica diferenciada de los demás componentes de la nación de la que son parte, es decir, en su condición de pueblos indígenas peruanos. De manera que, de la palabra “pueblo” no se desprende autodeterminación en el sentido de secesión política, sino de pertenencia voluntaria a la Nación peruana (GUEVARA, 2009).

Que los pueblos sea cual fuera la denominación que los nombre “indígenas”, “originarios”, “oriundos” o cualquier otro vocablo que se emplee, tienen el derecho a existir como Pueblos en el sentido jurídico pleno que este derecho les reconoce en el derecho interno e internacional. El reconocimiento de la preexistencia étnica, cultural y jurídica de los pueblos indígenas peruanos, introduce una nueva visión de lo pluriétnico y lo multicultural en un texto constitucional (RUIZ, 2011).

El reconocimiento que son Pueblos, es fundamental. Constituye el punto de partida para que se admitan sus derechos colectivos. Debe entenderse también que el reconocimiento como Pueblos significa la legitimación de los

derechos especiales en cuanto al acceso y protección de las tierras y territorios y recursos naturales, que no pueden ser sometidos al régimen de propiedad privada individual. Igualmente, el reconocimiento jurídico significa que deben tener derecho a participar directamente en la vida política (BOAS, 1938).

Los pueblos indígenas son siempre "los representados", no existen mecanismos directos que les asegure su participación en el ámbito local, regional o nacional que de alguna manera les permita ser parte activa del sistema nacional y también dirigir su desarrollo. La lucha económica, política y social que ejercen explícitamente los pueblos indígenas para sobrevivir a un sistema excluyente, va creando nuevas formas y modos de ejercer la democracia y los derechos de ciudadanía (BUENO, 2002).

2.4.2. PLURALISMO JURÍDICO CLÁSICO

Uno de los primeros lugares en los que se empezó a hablar y aplicar la teoría del pluralismo jurídico de manera sistemática fue el espacio colonial. Como resultado de la expansión europea, distintos pueblos y culturas fueron incluidos forzosamente en el proyecto de consolidación y universalización de la cultura occidental. A partir del “descubrimiento” de América por parte de la Corona española, las naciones europeas asumen como justificación de su expansión la “noble misión de eliminar el salvajismo de la faz de la tierra”, dando inicio a un incansable proceso de expansión que considera que la cultura y las instituciones europeas son el modelo a partir del cual deben ser forjadas las demás naciones del mundo (TODOROV, 1989).

El trasplante de las instituciones jurídicas occidentales a los contextos coloniales no sólo es visto como una necesidad gubernamental sino que, también, es considerado como un medio para lograr el abandono del salvajismo y la construcción de la civilización. En el espacio colonial se verifica la coexistencia de dos formas de ver el mundo, cada una de las cuales posee su propio cultura y, por lo tanto, su propio “derecho”. Lo anterior, genera para las naciones colonizadoras la “necesidad de acomodo y adaptación entre ideas distintas y estipulaciones de derecho, igualdad y moral” (BORAH, 1996).

Como principio general, en los contextos coloniales la metrópoli acepta la vigencia de los “usos y costumbres” de los pueblos autóctonos, sometiendo su validez al respeto de los principios básicos del derecho oficial. Las prácticas jurídicas autóctonas son conservadas en la medida en que no contradigan los valores y principios fundamentales del derecho oficial. La llamada cláusula de repugnancia es una de las principales instituciones de este modelo. De hecho, en la Recopilación de Las Leyes de Indias se ordenaba a las autoridades españolas: “Que guarden las leyes que los Indios tenían antiguamente para su gobierno, y las que hicieren de nuevo y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religión” (AGAMBEN, 2003).

De esta forma, el pluralismo jurídico es un resultado del colonialismo, en cuyo contexto las naciones colonizadas “cuando no fueron totalmente exterminadas, fueron sometidas al derecho del conquistador con el permiso, expreso o implícito, de seguir conservando en ciertos dominios su derecho tradicional” (SANTOS, 1991).

Las relaciones entre el derecho del colonizador y el derecho de los pueblos colonizados es el principal objeto de estudio como el pluralismo jurídico clásico. Dentro de esta perspectiva se enmarcan aquellos trabajos que se ocupan de analizar la coexistencia dentro de un mismo espacio el colonial de dos tipos de derechos el derecho europeo y el derecho autóctono (TWINING, 2003).

El derecho consuetudinario o, mejor, la calificación que el derecho estatal hace del derecho indígena como “costumbre” es considerada una forma de degradación y subordinación de las minorías nacionales. Desde esta perspectiva, se da por hecho que el derecho indígena es un auténtico “derecho” que el Estado no reconoce como tal y que, por el contrario, éste lo vincula de manera negativa y degradada como derecho consuetudinario (BOAVENTURA, 2001).

Por otra parte, se encuentran los estudios de la antropología jurídica clásica que buscan establecer las características del derecho de las sociedades consideradas “primitivas”. Entre ellos se pueden mencionar el trabajo de Malinowski en que pretende examinar “la cuestión de la ley primitiva, el estudio de las diversas fuerzas que crean el orden, la coherencia y la uniformidad en una tribu salvaje”, así como el análisis de Pospisil sobre el derecho de los Kapauku de Nueva Guinea en el que pretende demostrar que es posible construir “una teoría del derecho que pueda ser aplicada transculturalmente” (MILANOWSKI, 1969).

Esta misma perspectiva, aunque aplicada a pueblos indígenas, es la que se encuentra en la base del trabajo de Perafán, sobre los sistemas jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano y sicuani, en un contexto colonial, muestran los problemas y tensiones que se presentan cuando se intenta que coexistan y funcionen dos sistemas jurídicos que responden a lógicas diferentes, especialmente por medio de la institucionalización de la costumbre de los grupos autóctonos (PERAFÁN, 2000).

Otro ejemplo revelador de este tipo de aproximación es el trabajo de Griffiths en donde se pretende construir un modelo de análisis para abordar las formas de interacción entre distintos sistemas legales definiendo tipos ideales de relación. Estos tipos ideales intentan mostrar cómo dos sistemas jurídicos compiten para “captar” bajo su influencia a un mayor número de individuos. Impedir que la resolución de los conflictos sea efectuada por una institución externa, mejorar la calidad de los servicios maximizando la ganancia derivada del litigio o adaptar las normas propias a los postulados del contrincante, son las principales estrategias emprendidas por sistemas jurídicos independientes que buscan permanecer vigentes socialmente (GEERTZ, 1994).

El pluralismo jurídico clásico aporta una serie de visiones novedosas para el análisis del derecho y la sociedad. En primer lugar, analiza la interacción entre diferentes órdenes normativos cuyas bases, principios y forma de actuación son fundamentalmente diferentes. En segundo lugar, re-interpreta el denominado derecho consuetudinario como el resultado de un proceso de ajuste histórico entre un orden jurídico dominante y otro sometido (PERAFÁN, 2000).

El derecho consuetudinario sería, por una parte, una forma de describir y conceptualizar los sistemas jurídicos de sociedades consideradas “primitivas” y, al mismo tiempo, el mecanismo a través del cual los “usos y costumbres” de dichas sociedades pueden ser integrados al derecho dominante dentro de una estrategia de gobierno. Por último, esboza las relaciones dialécticas entre órdenes normativos en aquellas situaciones en donde se pueden observar dinámicas de resistencia, ajuste y reestructuración de los distintos órdenes normativos (SANCHEZ, 2001).

En síntesis, el pluralismo jurídico en su versión clásica se ocupa de estudiar la coexistencia de distintos “derechos” en un mismo espacio, fundamentalmente en el espacio colonial y post-colonial. Dicha coexistencia es entendida en función de competencia, separación y autonomía. Los distintos “derechos” presentes en la sociedad son vistos como la expresión de grupos sociales y culturales diferenciados y que, por lo mismo, son relativamente independientes en su constitución interna (BOAVENTURA, 2001).

El análisis, por lo tanto, se enfoca en el estudio de cómo dos entidades diferenciadas y competitivas coexisten en un mismo espacio, así como los efectos que surte dicho proceso sobre sus respectivos sistemas jurídicos. Separación, competencia e influencia son entonces los términos analíticos preferidos por los pluralistas jurídicos clásicos. De esta forma, esta perspectiva supone la existencia previa de un “derecho” institucionalmente completo y plenamente establecido antes de la irrupción, vía colonización o modernización, de otro “derecho” extraño y fundamentalmente diferente (SANTOS, 1998).

2.4.3. DEL INTERCULTURALISMO COMO SUPERACIÓN DEL MULTICULTURALISMO

Para el multiculturalismo lo esencial es reconocer la diferencia y respetarla como tal, el interculturalismo, quiere ir más allá y propugna no solo un acercamiento sino un dialogo y una interacción entre estas diferentes experiencias culturales, no para mezclarse y confundirse, sino para enriquecerse y complementarse, para aprender unos de otros, sabiendo que todos tiene su espacio y su propia singularidad. Esto es central para pensar en la relación de coordinación entre ambas justicias (JIMENEZ, 2003).

La contribución genuina del interculturalismo se encuentra, en aquel hueco o vacío dejado por el multiculturalismo. Dicho de otra forma, su aportación específica está en su énfasis en el terreno de la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciado. El núcleo de la novedad interculturalista se halla en proponer algo sustantivo sobre el deber ser de las relaciones interétnicas, más allá de que deben ser relaciones no discriminatorias entre iguales y basadas en el respeto y la tolerancia, principios éstos ya asumidos en el ideario pluralista (GUEVARA, 1999).

Si en el movimiento multiculturalista el acento está puesto en cada cultura o experiencia cultural, en el planteamiento intercultural lo que preocupa es abordar la relación entre ellas. Si el multiculturalismo acentúa, con acierto, la identidad de cada cual como un paso absolutamente necesario para reclamar el reconocimiento, y ello conlleva el énfasis en las diferencias, la perspectiva

intercultural buscará las convergencias sobre las cuales establecer vínculos y puntos en común (JIMENEZ, 2003).

Si el multiculturalismo enfatiza la cultura e historia propia de cada una de ellas, los derechos de cada cual, el sistema jurídico de cada pueblo o cultura, el interculturalismo va a poner el acento en el aprendizaje mutuo, la cooperación, el intercambio, en el fondo, en la convivencia. Si el multiculturalismo parece conformarse con la coexistencia, o en todo caso espera que la convivencia social surja del respeto y aceptación del otro. Sin embargo, la perspectiva intercultural sitúa la convivencia entre diferentes en el centro de su programa, por lo que incorpora un mensaje de regulación pacífica de la conflictividad interétnica, de la que nada o poco dicen los multiculturalistas (GUEVARA, 1999).

Queda entonces claro, que es el horizonte interculturalista, el que debe presidir las relaciones entre las diferentes experiencias culturales, y en concreto, debe ser este en el que debe establecerse la relación entre la justicia comunal y la justicia estatal. Es equivocado pensar en dos justicias que jamás se tocan, es iluso pensar en que estamos ante dos sistemas autónomos y que no se necesitan. Todo lo contrario, la justicia comunal y la justicia estatal son dos sistemas que no solo están llamados a convivir y/o a tolerarse, sino a interactuar, a coordinar y a complementarse (JIMENEZ, 2003).

Este es el marco en el cual debemos de entender la relación entre ambas formas de hacer justicia. Que el así llamado “el derecho consuetudinario o la costumbre indígena en torno al control normativo no existe ni funciona de manera

aislada, sino en una interrelación con la ley". No se trata solo que la justicia estatal y sus operadores respeten a la justicia comunal, sino que la justicia estatal se convenza que esta debe interactuar y complementarse con la justicia comunal, en la medida en que ellas no solo son distintas, sino que atienden a realidades y demandas de justicia sustantivamente distintas (GUEVARA, 1999).

Consideramos que la perspectiva del interculturalismo se plasma y se concreta en la necesaria coordinación entre la justicia comunal y la justicia estatal. En otras palabras asumir el interculturalismo supone y exige coordinar entre ambas formas de justicia, y es precisamente esta, la exigencia que la Constitución Política de 1993 plantea cuando dice textualmente en el artículo 149º, que "La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial (justicia comunal) con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial" (YRIGOYEN, 2001).

2.4.4. PUEBLOS INDIGENAS Y ESTADO

Habiéndonos aproximado un poco a la realidad de los pueblos indígenas amazónicos, atraeremos su figura para contextualizarla en el marco de las relaciones sostenidas a lo largo de la historia con el Estado peruano. Como base de este análisis partimos de la premisa de la existencia de un encuentro entre dos racionalidades disímiles, una con un referente occidental, que se percibe superior; y por el otro lado "los otros", la indignidad los bárbaros (TUBINO, 1999).

Desde este punto de partida no es difícil imaginar la imposibilidad que se generó de establecerse un diálogo horizontal y tal como la historia nos confirma, este diálogo nunca se dio; no solo eso, no se consideró necesario que se diera. El grupo emergente producto de esta visión occidental, se arrogó la

representación del “ideal nacional”, intuyendo, imaginando o inventando realidades sobre los pueblos indígenas que reflejaban los prejuicios y temores de criollos y mestizos (VERA, 2000).

Estos estereotipos de aproximación tuvieron tal carácter de autoridad, que hasta el día de hoy no sólo somos víctimas de su ceguera, sino que continuamos reproduciendo esa misma asimetría en ámbitos que transitan desde los planos personales-individuales hasta los ámbitos institucionales-estatales. Esto trae como consecuencia que, una vez más y a partir del ejercicio centralista de poder, se cancelen las potenciales relaciones interculturales de la que tanto pueblos indígenas y Estado-Nación podrían obtener grandes réditos (TUBINO, 1999).

Al respecto, es necesario resaltar que hoy en día contamos con una prolífica producción legal que no sólo reconoce, sino ampara los derechos de los pueblos indígenas con relación a diversos aspectos básicos. Sin embargo, en el inconsciente de nuestra memoria colectiva aún existen rezagos de racismo y etnocentrismo que continúan dilatando e interfiriendo la justa y oportuna aplicación de leyes que podrían solucionar una serie de problemas que enfrentan los habitantes de los pueblos indígenas (VERA, 2000).

Somos testigos que esta situación ha colocado, en muchos casos, a este colectivo en una permanente condición de ciudadanos de cuarta categoría, subsumiéndolo a un status tan inferior que al momento de celar por el cumplimiento de las leyes, vemos que es más probable que un pájaro en vías de extinción tenga más suerte y celeridad en la aplicación de leyes que le permitan sobrevivir, que aquellos grupos ancestrales cuya continuidad vital y cultural es amenazada con más fuerza cada día (TUBINO, 1999).

2.4.5. DE LA CULTURA A LOS USOS SOCIALES DE LOS DERECHOS

Una cuestión primordial es medir las consecuencias prácticas de la divulgación y eventual banalización de ciertas nociones y clasificaciones, en particular las asociadas con un enfoque antropológico. Es tanto más importante cuanto que es fácil constatar no sólo que la referencia a los DDHH forma parte habitual de los discursos políticos o de sentido común atribuyéndoles tan pronto una función descriptiva como performativa, sino también que los agentes sociales y poderes diversos los reivindican y actúan apelando a ellos, esencializando y deshistorizando sus referentes y dando lugar con frecuencia a formas de deslegitimación de las gentes y de sus circunstancias a quienes supuestamente representan y defienden (LAPLANTINE, 1999).

A este respecto, el desarrollo de los Derechos Humanos está estrechamente vinculado a los marcos analíticos de las ciencias sociales en general y, especialmente, a la revisión de los conceptos generales de la Antropología social. Dado que la primera dificultad radica en lograr pensar la diferencia su reconocimiento y su génesis en términos positivos y no discriminatorios, una de las principales tareas consiste en controlar las denominaciones con las que identificamos los procesos cognitivos y sociales de diferenciación. Esta revisión conceptual concierne en primer lugar al propio significante “cultura”, cuya importancia antropológica pareciera avalada por haber venido a funcionar como estandarte de la disciplina (GEERTZ, 1994).

No se trata aquí de discutir a qué remite hechos objetivables o no, materiales o simbólicos según los planteamientos teóricos, sino de denunciar los errores acarreados por interpretaciones erróneas del término, llama la atención sobre las consecuencias presentes y venideras que esto tiene. Constata que después de haber promovido el término “cultura” en el discurso público, ahora

los antropólogos no logran proponer un lenguaje alternativo que permita limitar los estragos de la naturalización y esencialización de los contenidos que se le atribuye (LAPLANTINE, 1999).

En este sentido, no sólo habríamos engendrado, por decirlo de algún modo, una especie de hidra cultural de la que no logramos deshacernos, sino que los malentendidos así generados han ido adquiriendo consistencia y reificación al penetrar todas las instancias nacionales e internacionales, empezando por su mención habitual en los documentos oficiales. De hecho, la polisemia del término hace que pase fácilmente inadvertida la disparidad de significados que los textos oficiales le dan según los contextos (GEERTZ, 1994).

Asimismo, otros conceptos también cuestionables cotejan el de “cultura” y aparecen recurrentemente en el curso de la práctica social, en los discursos públicos y en los propios textos científicos. A solas o púdicamente entrecomillados, una serie de términos yuxtapuestos y/o entremezclados califican diferencias grupales como etnia, raza pero, también, ciudadano, inmigrante, o extranjero, particularidades individuales y/o colectivas como identidad (LAPLANTINE, 1999).

A falta de poder prescindir de dichos conceptos, es papel de los investigadores sociales señalar las ambigüedades a las que da lugar la banalización de su uso, así como las consecuencias sociales y cognitivas de dichos constructos sobre los agentes sociales, las relaciones interpersonales y los grupos. Aplicada a los Derechos Humanos, esta labor es todavía más vinculante si se considera parte del cometido de la disciplina como sugieren, el salir del ámbito académico y estrictamente antropológico para hacer propuestas de mayor trascendencia (GEERTZ, 1994).

De este tipo de etnografía depende la posibilidad de comprender la génesis social de los usos de los DDHH, sus aplicaciones y sus reformulaciones sociales e históricas. Una vez descartadas las concepciones esencialistas, nomotéticas, unívocas e unidimensionales, asociales y casi ahistóricas de las culturas, la práctica social y cultural se nos presenta como compleja, dinámica, fundamentalmente plural, y eventualmente contradictoria e indeterminada; como el producto que es de procesos diversificados de distinta naturaleza ecológicos, económicos, políticos, sociales, religiosos, tanto presentes como pasados, individuales y/o colectivos, materiales y simbólicos (BAER, 2010).

El enfoque crítico de los DDHH revaloriza, pues, la génesis de la acción social. Ahora bien, la ruptura con una visión holística, integrada, tradicionalista, en suma, fuertemente anclada en pre nociones sobre las “culturas primitivas” frente a la “civilización”, trasciende el plano teórico metodológico y antropológico (RILES, 2006).

A la inversa, a partir del momento en el que se reconoce que el proyecto de los DDHH es también un hecho cultural, su resignificación a nivel local se lleva a cabo basándose “en la cultura” redefinida en términos procesales y no únicamente en contra de, o resistiéndose a ella. En consecuencia, las propias leyes, las doctrinas y sus actores pasan, a su vez, a formar parte del objeto de investigación antropológica (BAER, 2010).

2.4.6. RELATIVISMO CULTURAL

El relativismo cultural es un concepto de gran importancia para llegar a comprender el fenómeno de la multiculturalidad e interculturalidad. Si tuviéramos que representar a ambos conceptos (etnocentrismo y relativismo cultural) a lo

largo de un continuo, cada uno estaría situado en el extremo opuesto del mismo (BUENO, 2002).

El etnocentrismo, como ya se ha dicho, lo que pretende es juzgar al resto de culturas en función de la propia, considerándose ésta como la cultura verdadera y de referencia para el resto de culturas, con lo que podemos decir, que con esta actitud intolerante se esta produciendo un desprecio hacia el resto de culturas (CALVO, 1995).

Por tanto, y como solución al etnocentrismo, surge el concepto de relativismo cultural, que hace referencia a la atracción por las creencias, actitudes, valores, arte, etc. de las otras culturas descubiertas y que por tanto, todos los aspectos de la misma tienen perfecto sentido dentro de esta comunidad, incluso los aspectos desigualitarios o que atentan contra los derechos humanos mismo (BUENO, 2002).

Quiere esto decir, que si nos posicionamos en este lado del continuo, estaríamos aceptando todos los aspectos que caracterizan a las diversas culturas, y todo lo que eso conlleva, como los aspectos que atentan contra los derechos humanos y que en esta postura damos por comprendidos dentro del marco de su comunidad. Por consiguiente, estaríamos cayendo en un respeto estático y acrítico de las diversas culturas (CALVO, 1995).

Por ello, y como podemos deducir, tanto si nos posicionamos en una u otra postura, éstas no son adecuadas si lo que pretendemos es conseguir una educación intercultural. Con estos movimientos estaríamos cayendo en lo que conocemos como multiculturalidad. En un sentido, porque ignoramos a las distintas culturas existentes pensando que nuestra cultura es la mejor (etnocentrismo) y en otro, porque se respeta tanto las culturas distintas a la

nuestra que aceptamos todo lo que en ella se lleva a cabo sin enjuiciar las desigualdades que ocurren dentro de estas (relativismo cultural), con lo que tampoco se da un enriquecimiento mutuo, cayendo en la misma dinámica de antes (HARRIS, 1990).

2.4.7. FUNCIÓN SOCIAL DE LA CIENCIA JURÍDICA

Si concebimos con claridad y precisión el ámbito del campo teórico jurídico, podremos referirnos a la función social de la ciencia jurídica. El campo práctico jurídico en su real dimensión significa que la dogmática jurídica debe proporcionar información coherente, objetiva y comunicable. La función social de la ciencia jurídica como la constitución de un sistema institucionalizado de comunicación de los contenidos normativos del Derecho positivo (FROSINI, 1991).

En otros términos, la función social de la dogmática jurídica significa que las normas formalmente válidas con fuerza obligatoria deben ser reconocidas y acatadas por los sujetos sociales por medio de los mecanismos autocompositivos y heterocompositivos regulados por el ordenamiento jurídico. El reconocimiento y el acatamiento del Derecho positivo a través de los mecanismos de prevención y de solución de conflictos jurídicamente relevantes configuran el tema de estudio de la efectividad jurídica (CARRÍO, 1990).

La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y mientras se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como de la más típicamente jurídica acerca de su validez (FROSINI, 1991).

También aquí, para usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema fenomenológico del Derecho. ¿Cuándo una norma jurídica es eficaz o vigente? Los autores coinciden, en general, en señalar dos condiciones para la vigencia de una norma jurídica (CARRÍO, 1990):

1) Que sus destinatarios los sujetos normativos la observen generalmente (aunque, por supuesto, puede haber muchas desviaciones);

2) Que ciertos órganos de aplicación las reconozcan en sus decisiones. Si la gente no observa la norma en cuestión, ella no estará vigente aunque los jueces la apliquen, y, a la inversa, tampoco se considerará que está vigente una norma jurídica que la gente observa pero que los órganos de aplicación no reconocen en sus decisiones (NINO, 1984).

El estudio de la efectividad jurídica es referente a un ordenamiento jurídico efectivo según el significado señalado: la expresión ordenamiento eficaz indica, por lo tanto, una forma de organización social y política que, existiendo sólo empíricamente verificada (comprobada), no puede como tal, ofrecer al jurista aquel elemento cualitativo que es indispensable para poderla juzgar de duración (ALVAREZ, 1986).

La expresión ordenamiento efectivo indica, en lugar de, una forma de organización social y política que, por razones históricas sociológicas, tiene en sí la capacidad y, por consiguiente, la probabilidad de durar establemente. Sólo en este último caso se puede hablar propiamente de ordenamiento legítimo. Para indicar la existencia histórica de un ordenamiento jurídico no es, por esta razón, oportuno usar indistintamente las expresiones ordenamiento eficaz y

ordenamiento efectivo, pero es oportuno servirse sólo de la expresión de ordenamiento efectivo. La efectividad es una realidad de hecho, la legitimidad, de otro lado, es una cualidad que viene a ella atribuida (NINO, 1984).

Entonces, la validez de la norma no resulta en efecto más que parcialmente de criterios jurídicos formales y explícitos, en tanto que su inteligibilidad (el sentido que se le atribuye) es ampliamente reconstruida por el órgano de aplicación refiriéndose a principios y valores implícitos; de modo que la “textura abierta” caracteriza no sólo a cada norma considerada aisladamente, sino incluso al sistema jurídico encarado globalmente. Es decir, la práctica jurídica o ciencia jurídica aplicada se explica a través del nivel de la aplicabilidad normativa de los casos claros y atípicos relevantes jurídicamente con la finalidad de solucionar problemas prácticos técnicos (ALVAREZ, 1986).

La aplicabilidad normativa explicaría la función social del derecho. Desde una perspectiva amplia podemos obtener una comprensión socialmente adecuada o conveniente de la relación entre normas jurídicas y las acciones si y sólo si estamos también en posición de observar, describir y explicar empíricamente las operaciones involucradas en el proceso de información por el que tiene lugar toda la comunidad jurídica y toda acción jurídica (NINO, 1984).

Si para dominar la materia de la vida social a la vista de los problemas prácticos que propone y para hacer las situaciones más accesibles a la disciplina que les es destinada, se advierte ya en el proceso normativo la exigencia de la abstracción y de la reducción a tipos y esquemas conceptuales que aseguran la fácil comprensión de aquella disciplina, es claro que en la interpretación en función normativa no puede hacerse cuestión de desechar esta exigencia de

carácter técnico-jurídico que la dogmática lleva a su coherente desarrollo lógico (GARCÍA, 1992).

2.4.8. ORDENAMIENTO JURÍDICO Y PLURALISMO JURÍDICO

La primera teoría considera al ordenamiento jurídico como una relación jurídica (relación intersubjetiva). La socialidad del ser humano, la solución de un conflicto de intereses y la búsqueda de una convivencia pacífica constituyen el fundamento, la función y el fin del ordenamiento jurídico respectivamente. Por eso, el Derecho positivo se explica como el conjunto de relaciones de cooperación de los sujetos sociales (SILVA, 1994).

Para completar el concepto de derecho, el formalismo de Kant deja de lado la materia del arbitrio, o sea la intención con que cada uno se dirige al objeto que quiere, y se queda solamente con "la forma en relación de los dos árbitros, y si la acción de uno de los dos puede armonizarse con la libertad del otro según una ley universal". Interesa exclusivamente la "forma" en que los sujetos procuran los fines particulares, al margen de cual sean éstos (LA TORRE, 1993).

En definitiva el criticismo kantiano llega a la siguiente definición del derecho: "el Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad", y esta ley dice: "Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda armonizarse con la libertad de los demás según una ley universal" (SILVA, 1994).

La segunda teoría establece que el Derecho es la institución en base a tres elementos esenciales expuestos por el jurista italiano Santi Romano: 1º El concepto de sociedad. Los conceptos de sociedad y Derecho no pueden darse por separado. 2º El orden social, ya que toda manifestación social es

necesariamente ordenada al menos en lo que respecta a los coasociados. 3º La organización, en cuanto creadora de aquel orden social (BOBBIO, 1992).

Esta posición es sumamente útil para la construcción de nuestra noción de ordenamiento jurídico por dos razones. En primer lugar, el Derecho se puede concebir desde dos perspectivas. La sociedad y el Derecho se relacionan recíprocamente. Y el Derecho es una organización de la sociedad. En segundo lugar, la idea de pluralidad de instituciones o de ordenamientos constituye una concepción adecuada para explicar su aspecto social y su aspecto jurídico. El derecho es una institución (SORIANO, 1997).

Para lograr una adecuada regulación normativa ante los cambios sociales y jurídicos relevantes es necesario observar la experiencia normativa relevante, abstraerla y comprobar las conclusiones abstractamente consideradas por el ordenamiento. La sociedad determina el Derecho y éste a su vez a la sociedad. Si por el contrario, un sólo fenómeno es determinante, ignoraríamos la existencia de la sociedad o del Derecho. Concebimos y observamos la vida cotidiana de los seres humanos y la existencia de las normas relevantes social y jurídicamente con el objeto de abstraerlas en modelos jurídicos (GARCÍA, 1992).

Hemos expuesto brevemente dos importantes teorías sobre el ordenamiento jurídico las cuales son las fuentes de la tercera teoría jurídica denominada normativa la cual sustentaremos a continuación. En efecto, las teorías jurídicas de relación y de institución son necesarias para la construcción de la teoría normativa del ordenamiento jurídico. En cambio el aspecto normativo del ordenamiento sí es una condición necesaria y suficiente. Dentro de este orden de ideas, el criterio de juridicidad de la experiencia considera que el

derecho como ciencia jurídica debe abstraer la realidad normativa para estudiarla internamente (CARCOVA, 1998).

Es decir, el científico del Derecho positivo debe aprehender la juridicidad de determinados aspectos socialmente relevantes por medio de la transformación de la experiencia normativa en experiencia jurídica. Una vez efectuada la concepción y la percepción de la relación entre la sociedad y el ordenamiento jurídico debemos elaborar un conjunto de proposiciones científicas lógicamente coherentes referentes a un tema objetivo con trascendencia social (GARCÍA, 1992).

Ahora bien, la teoría jurídica institucionalista propone la idea del “pluralismo jurídico”. Tomando en cuenta la ecuación sociedad-derecho, se pone en evidencia la imposibilidad de reducir al derecho a las normas que provienen del Estado y de las cuales el Estado verifica y asegura el respeto. Si consideramos la experiencia de cualquiera de nosotros, las incitaciones de los diversos ambientes en los cuales estamos insertados, los aspectos de los otros acerca de nuestra conducta, las actitudes con que respondemos a las peticiones y a las expectativas, aquí rendimos cuenta de la existencia de ordenamientos múltiples, en el sentido de tantas series o complejos de prescripciones y de deberes, acompañados de las relativas sanciones (KRAWIETZ, 1997).

Estas últimas aparecen distintas de las medidas de que lo dispone el Estado, por la ausencia de "poderes" que están en grado de realizar también con la fuerza; pero la incidencia sobre nuestra vida y sobre nuestra conducta no es menor, y más bien muchas veces advertimos el peso con prontitud y prestamos obediencia con una sinceridad de adhesión desconocidas a las normas estatales. El pluralismo jurídico constituye una innovación en relación a la teoría

jurídica monista la cual entiende que sólo existe un ordenamiento estatal. La teoría del pluralismo jurídico es el estudio jurídico del ordenamiento estatal y de otros ordenamientos (VERNENGO, 1986).

El pluralismo jurídico significa la existencia de la vinculación del mundo jurídico y del mundo social. Estos mundos configuran una unidad: El ordenamiento normativo es la situación de interacción entre la sociedad y el Derecho, es decir, el Derecho está formado por la sociedad y la sociedad compuesta por el Derecho. Existe una reciprocidad entre el Derecho y la sociedad y viceversa. Esta unidad normativa es la conjunción de la pluralidad normativa. Por eso, la pluralidad normativa supone la unidad normativa y la unidad normativa supone la pluralidad normativa (KRAWIETZ, 1997).

En tal sentido, es conveniente describir la correlación entre ordenamiento social (sociedad) con el ordenamiento jurídico (Derecho) como formas de un solo ordenamiento construido y reconstruido cotidianamente. Por ello, la validez del Derecho positivo no es su única nota característica. La vigencia jurídica es la nota adicional. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico es el conjunto de normas jurídicas válidas formalmente y efectivamente vigentes con contenido imperativo destinado a hacer posible la convivencia organizada de un grupo social en una determinada realidad histórica (VERNENGO, 1986).

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Tipo : Básica

Nivel : Descriptivo -. Explicativo

Diseño : No experimental

Métodos : Hermenéutico, dogmático, analítico, dialéctico, sociológico, histórico.

3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA

Población

250 profesionales del Derecho.

Muestra

40 profesionales entre fiscales, jueces, abogados y técnicos.

3.3 DEFINICIÓN OPERATIVA DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS - DESCRIPCION DE METODOS POR OBJETIVOS

Para el Objetivo General: Se utilizará el método inductivo, etnográfico, exploratorio y analítico.

Se trata de producir un razonamiento inductivo, a partir del estudio, la observación y recolección de fuente de información.

Para el primer Objetivo Específico. Se utilizará el método inductivo.

Se trata de confirmar los vacíos e imprecisiones de La Ley, que generan Inseguridad Jurídica.

Para el segundo objetivo específico: Se utilizará el método analítico-dogmático.

Se trata de recurrir al análisis exegético de los sistemas de transferencia de propiedad inmueble interpretando y argumentando su contenido.

3.4 TÉCNICAS DE RECOJO, PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS

1. Recordemos que la investigación cualitativa se desarrolla a partir de la observación directa de un público específico, y se materializa en un análisis descriptivo de lo que se ha encontrado. Así, las conclusiones se harán a partir de la reflexión y comparación de los datos recolectados. A diferencia de la investigación cuantitativa en la cual se usan instrumentos de medición y de masificación de datos, para aportar conclusiones numéricas o estadísticas. Por lo anterior, su propósito es la obtención de información organizada, exacta y confiable.

2. El proceso cualitativo no es lineal ni lleva una secuencia estricta como el proceso cuantitativo. Las etapas constituyen más bien acciones que efectuamos para cumplir con los objetivos de la investigación y responder a las preguntas del estudio. Al ingresar al campo, por el simple hecho de observar lo que ocurre en él, estamos recolectando y analizando datos, y

durante esta labor, la muestra puede ir ajustándose. Muestreo, recolección y análisis resultan actividades casi paralelas. Desde luego, esto no significa que se puede trabajar sin orden ni que siempre la muestra inicial cambia.

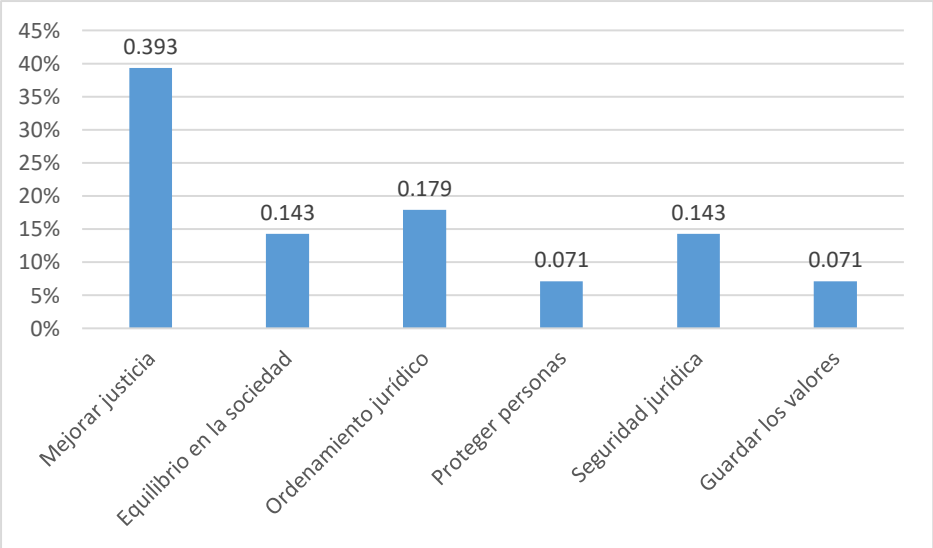
CAPÍTULO IV: RESULTADOS

¿Para qué se norman las relaciones jurídicas?

Tabla N° 01

Respuesta	fi	%
Mejorar justicia	11	39,3
Equilibrio en la sociedad	4	14,3
Ordenamiento jurídico	5	17,9
Proteger personas	2	7,1
Seguridad jurídica	4	14,3
Guardar los valores	2	7,1
Total	28	100,0

Gráfico N° 01



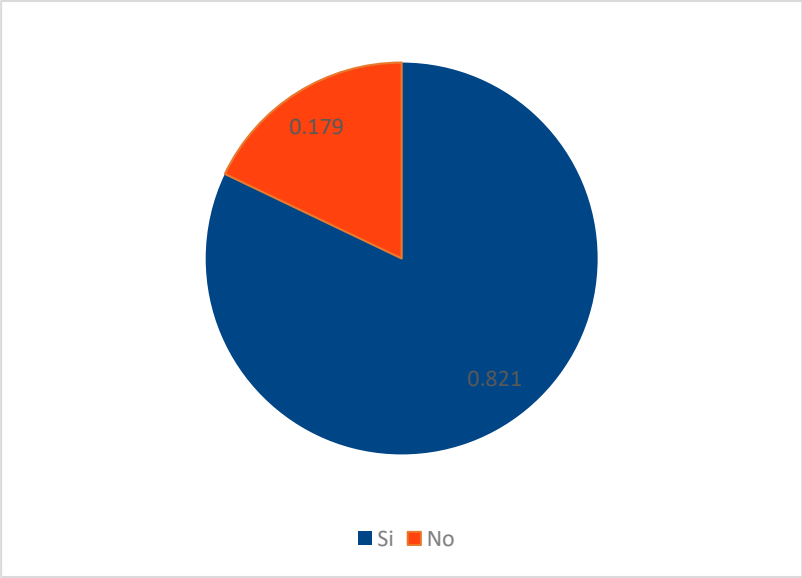
En el cuadro 1 y el gráfico 1 se tiene los resultados a la pregunta 01 donde se observa que el 39,3% de los encuestados manifiestan mejorar justicia, 14,3% indican equilibrio en la sociedad, 17,9% sostiene ordenamiento jurídico y 14,3% seguridad jurídica.

¿Los pueblos indígenas están organizadas?

Tabla N° 02

Respuesta	fi	%
Si	23	82,1
No	5	17,9
Total	28	100,0

Gráfico N° 02



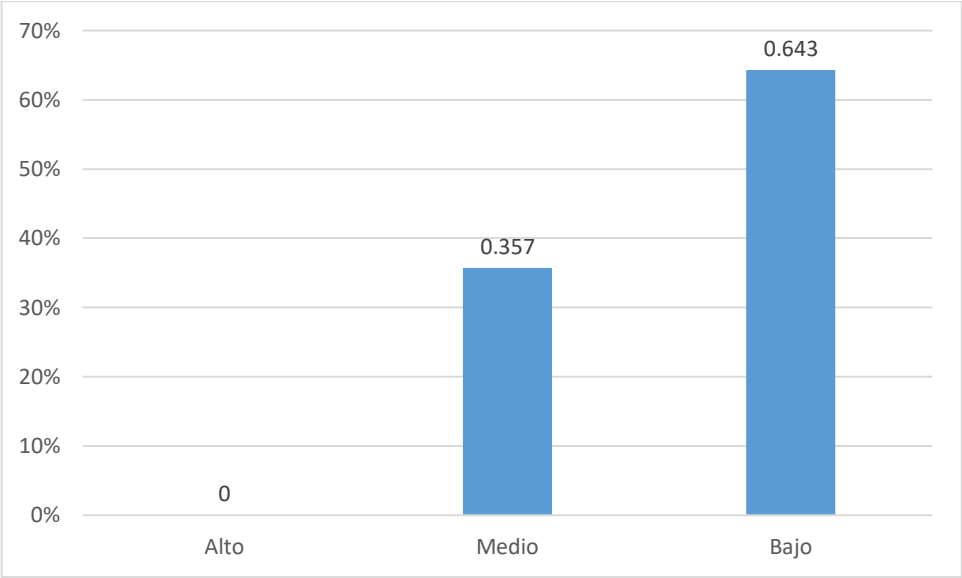
En el cuadro 2 y el gráfico 2 se tiene los resultados a la pregunta "…" donde se observa que un 82.1% de los encuestados indica que los pueblos originarios están organizados y un 17.9% lo contrario.

El grado de instrucción de los indígenas es:

Tabla N° 03

Respuesta	fi	%
Alto	0	0,0
Medio	10	35,7
Bajo	18	64,3
Total	28	100,0

Gráfico N° 03



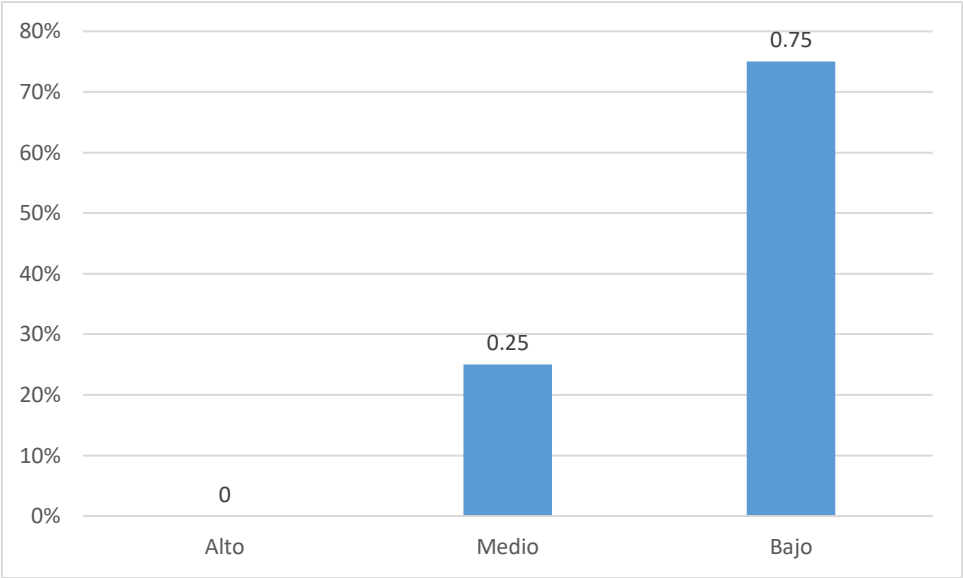
En el cuadro 3 y el gráfico 3 se tiene los resultados a la pregunta "…" donde se observa que el 64-3% de los encuestados indica que el grado de instrucción de los indégenas es bajo y 35.7% manifiesta lo contrario.

La situación económica, social y educativa es:

Tabla N° 04

Respuesta	fi	%
Alto	0	0,0
Medio	7	25,0
Bajo	21	75,0
Total	28	100,0

Gráfico N° 04



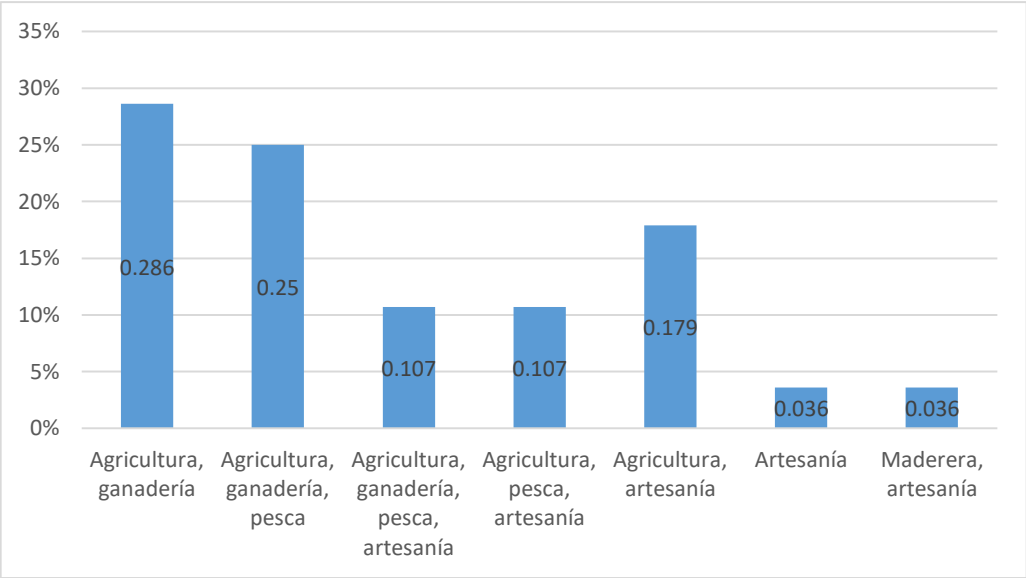
En el cuadro 4 y el gráfico 4 se tiene los resultados a la pregunta "…" donde se observa que el 75.0% de los encuentados indica que la situación económica, social y educativa es bajo, el 25.0% indica que es medio y el 0.0% que es bajo.

¿Cuáles son las actividades que sostiene la supervivencia de los indígenas?

Tabla N° 05

Respuesta	fi	%
Agricultura, ganadería	8	28,6
Agricultura, ganadería, pesca	7	25,0
Agricultura, ganadería, pesca, artesanía	3	10,7
Agricultura, pesca, artesanía	3	10,7
Agricultura, artesanía	5	17,9
Artesanía	1	3,6
Maderera, artesanía	1	3,6
Total	28	100,0

Gráfico N° 05



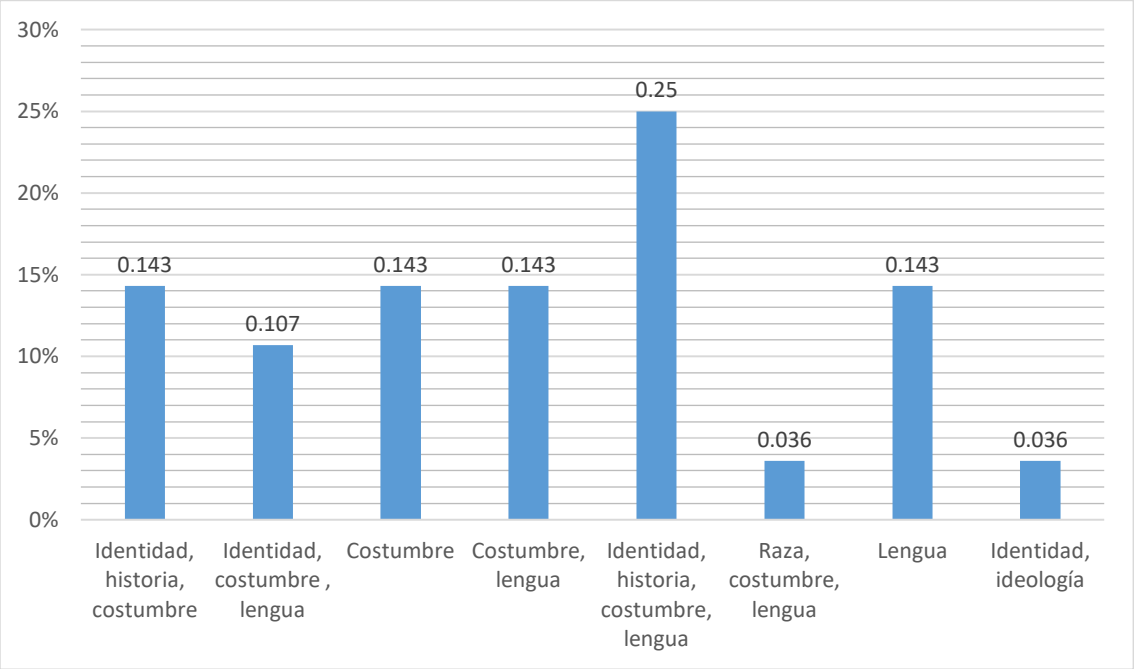
En el cuadro 5 y el gráfico 5 se tiene los resultados a la pregunta "…" donde se observa que el 28.6% se dedica a las actividades de agricultura y ganadería; un 25.0% de dedica a la agricultura, ganadería y pesca; un 17.9% de dedica a la agricultura y artesanía; y de un 10.7 al 3.6% se dedica en otras actividades que sostiene la supervivencia de los indígenas.

Los vínculos que une al pueblo indígena son:

Tabla N° 06

Respuesta	**fi**	**%**
Identidad, historia, costumbre	4	14,3
Identidad, costumbre , lengua	3	10,7
Costumbre	4	14,3
Costumbre, lengua	4	14,3
Identidad, historia, costumbre, lengua	7	25,0
Raza, costumbre, lengua	1	3,6
Lengua	4	14,3
Identidad, ideología	1	3,6
Total	28	100,0

Gráfico N° 06



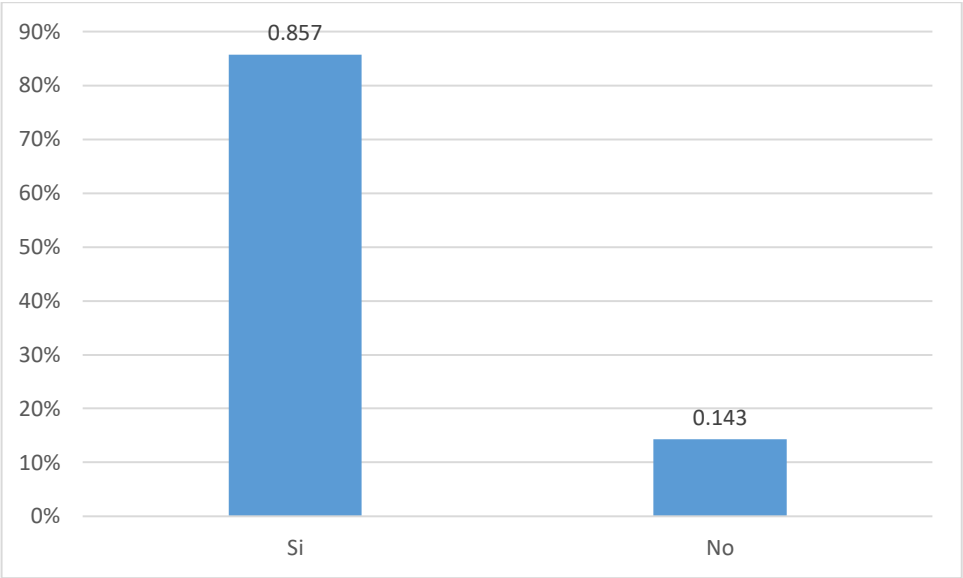
En el cuadro 6 y el gráfico 6 se tiene los resultados a la pregunta "…" donde se observa que respecto a los vínculos que une al pueblo indigena, un 25.0% de los encuenstados tiene identidad, historia, costumbre y lengua; y un promedio de un 14.3% tiene vínculo de identidad, historia, costumbre y lengua; un 10% tiene vínculos de identidad, costumbre y lengua; y un promedio de 3.6% tiene vínculos de raza, costumbre, lengua, identidad y ideología.

¿Son dueños de las tierras que ocupan?

Tabla N° 07

Respuesta	fi	VB
Si	24	85,7
No	4	14,3
Total	28	100,0

Gráfico N° 07



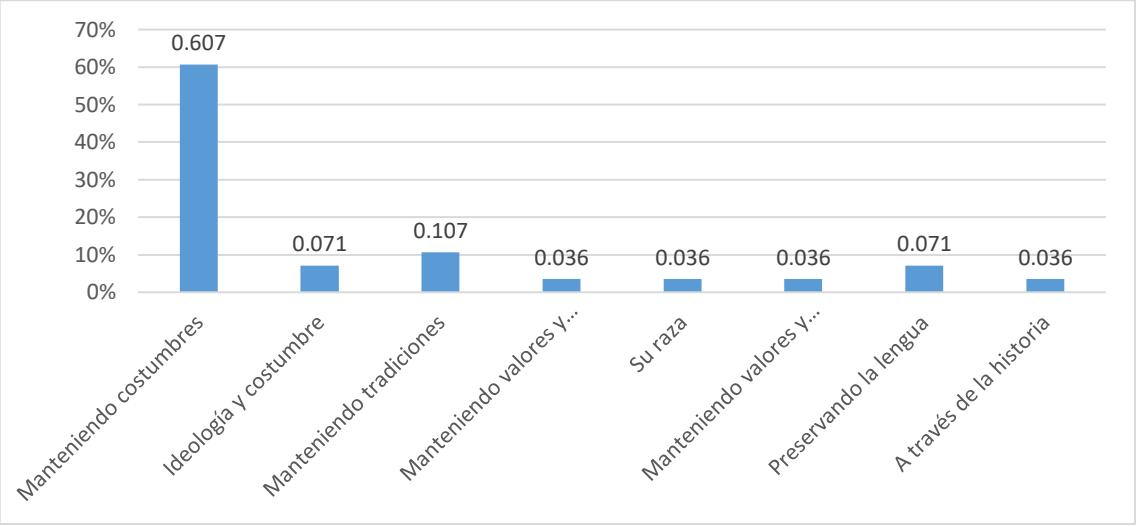
En el cuadro 7 y el gráfico 7 se tiene los resultados a la pregunta "…" donde se observa que son dueños de las tierras que ocupan 87.7% de los encuestados respondieron que si; y un 14.3% de los encuestados respondieron que no son los dueños de las tierras que ocupan.

¿Cómo conservan su identidad?

Tabla N° 08

Respuesta	fi	%
Manteniendo costumbres	17	60,7
Ideología y costumbre	2	7,1
Manteniendo tradiciones	3	10,7
Manteniendo valores y territorio	1	3,6
Su raza	1	3,6
Manteniendo valores y costumbres	1	3,6
Preservando la lengua	2	7,1
A través de la historia	1	3,6
Total	28	100,0

Gráfico N° 08



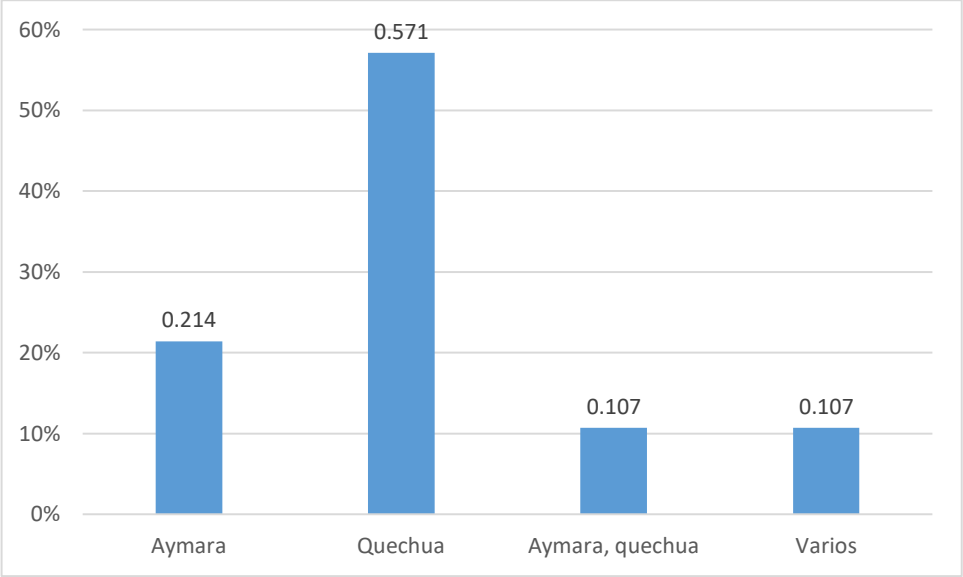
En el cuadro 8 y el gráfico 8 se tiene los resultados a la pregunta "..." donde se observa que respondieron a la pregunta ¿cómo conservanb su identidad?, un 60.7% de los encuetados respondieron manteniendo la costumbre; un 10.7% manteniendo las tradiciones, y un 7.1% ideología y costumbre y el mismo porcentaje respondieron preservando la cultura; y finalmente un 3.6% respondieron otras características.

¿Su lengua es?

Tabla N° 09

Respuesta	fi	%
Aymara	6	21,4
Quechua	16	57,1
Aymara, quechua	3	10,7
Varios	3	10,7
Total	28	100,0

Gráfico N° 09



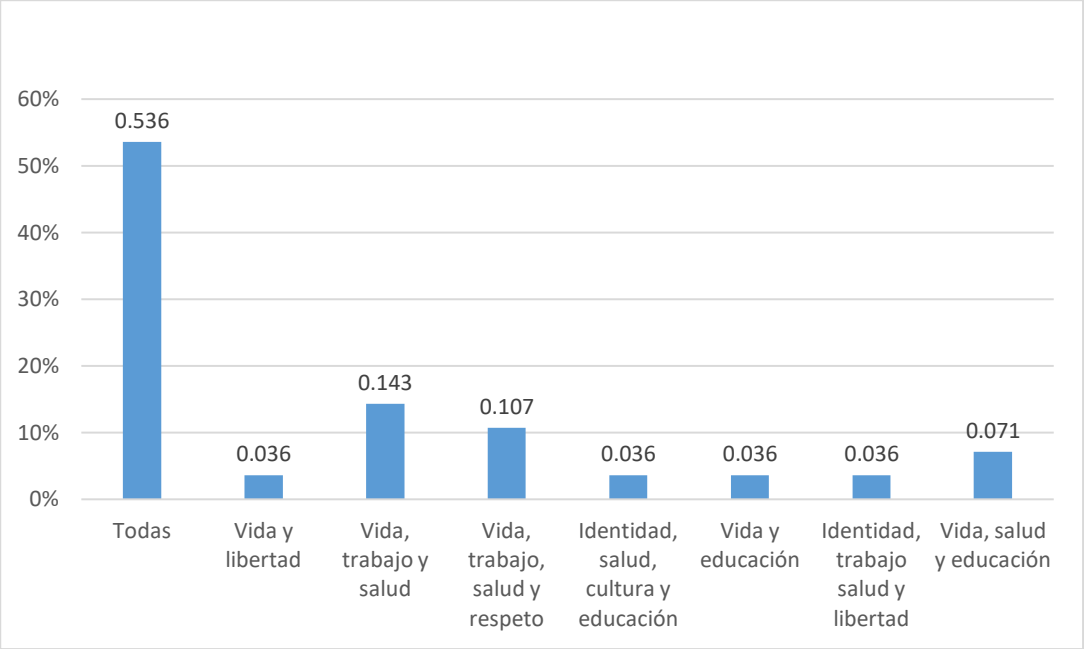
En el cuadro 9 y el gráfico 9 se tiene los resultados a la pregunta "..." donde se observa que un 57.1% de los encuentados manifiesta que son quechuas y un 21.4% aymara; y un 10.7 aymara y quechua y con el mismo porcentaje otros idiomas.

¿Qué derechos tienen los indígenas?

Tabla N° 10

Respuesta	fi	%
Todas	15	53,6
Vida y libertad	1	3,6
Vida, trabajo y salud	4	14,3
Vida, trabajo, salud y respeto	3	10,7
Identidad, salud, cultura y educación	1	3,6
Vida y educación	1	3,6
Identidad, trabajo salud y libertad	1	3,6
Vida, salud y educación	2	7,1
Total	28	100,0

Gráfico N° 10



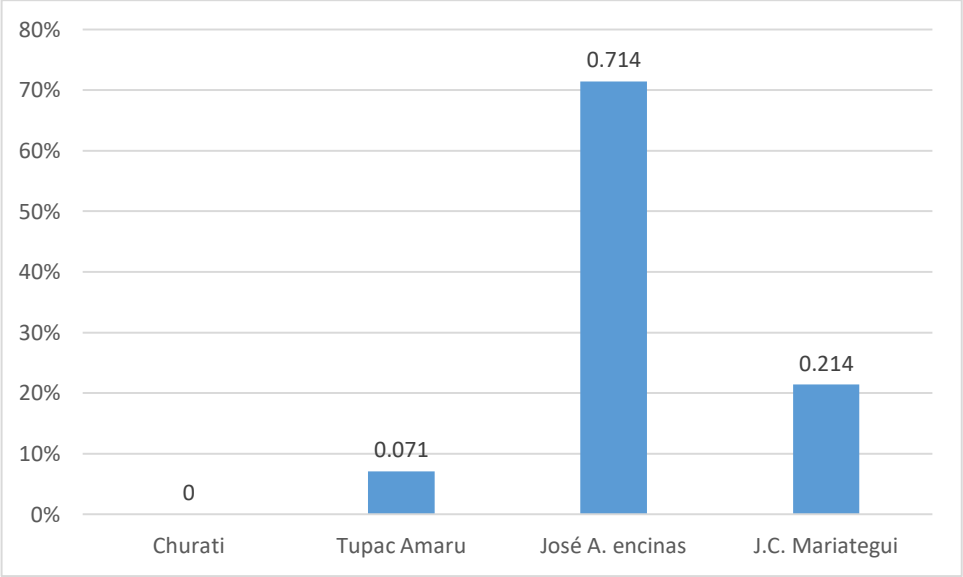
En el cuadro 10 y el gráfico 10 se tiene los resultados a la pregunta "..." donde se observa que un 53.6% de los encuentados indicaron todos los derechos; un 14.3% vida, trabajo y salud; un 10.7% vida, trabajo, salud y respeto; un 7.1% vida, salud y educación; y un 3.6% vida y libertad; un 3.6% identidad, salud, cultura y educación; un 3.6% vida y educación; y un 3.6% identidad, trabajo salud y libertad.

¿Quién es el defensor del Pluralismo Jurídico Indígena?

Tabla N° 11

Respuesta	fi	%
Churati	0	0,0
Tupac Amaru	2	7,1
José A. Encinas	20	71,4
J.C. Mariategui	6	21,4
Total	28	100,0

Gráfico N° 11



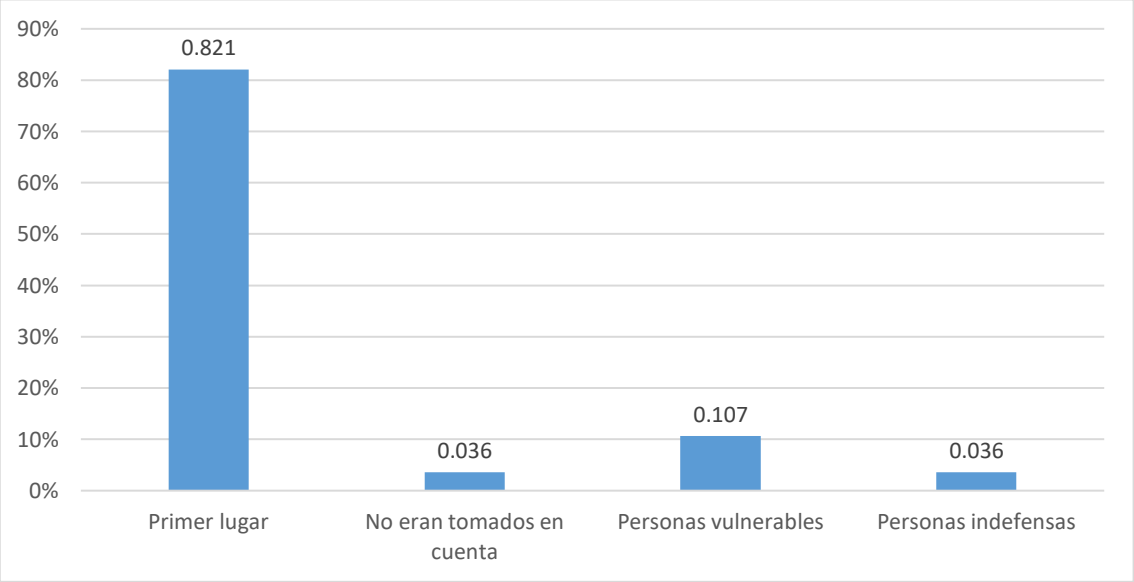
En el cuadro 11 y el gráfico 11 se tiene los resultados a la pregunta "..." donde se observa que 71.4% de encuestados contestarón es Jos{e Antonio Encinas; un 21.4% manifestarón José Carlos Mariategui; y un 7,1% contestaron Tupác Amaru.

En la obra de José Antonio Encinas ¿qué lugar ocupaban los niños y las mujeres?

Tabla N° 12

Respuesta	fi	%
Primer lugar	23	82,1
No eran tomados en cuenta	1	3,6
Personas vulnerables	3	10,7
Personas indefensas	1	3,6
Total	28	100,0

Gráfico N°12



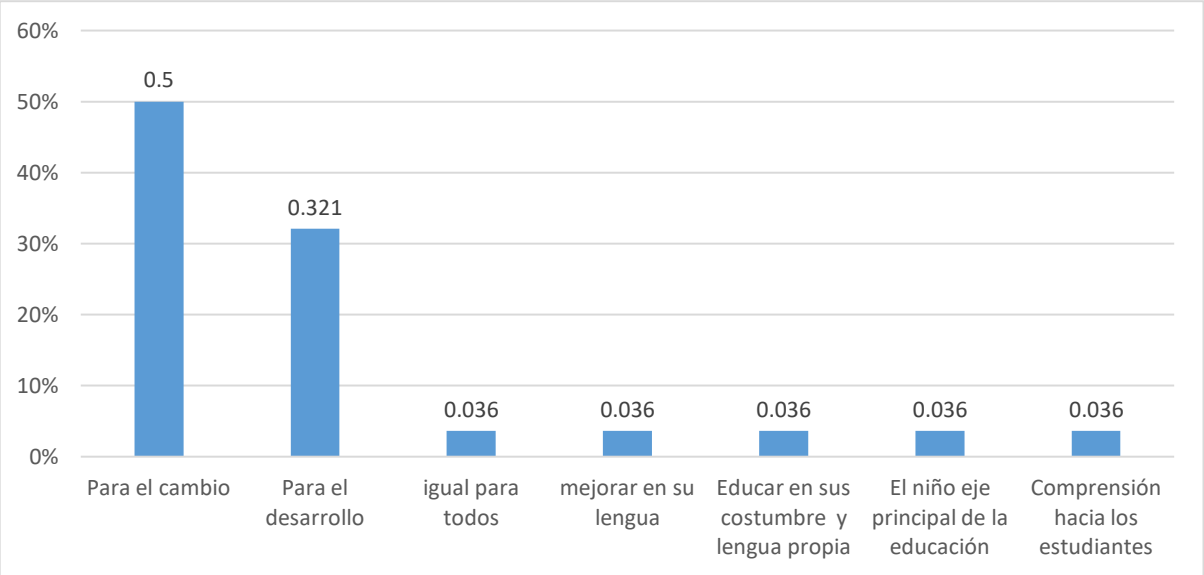
En el cuadro 12 y el gráfico 12 se tiene los resultados a la pregunta "..." donde se observa que un 82.1% de los encuestados contestarón primer lugar; un 10.7% personas vulnerables; un 3.6% personas indefensas, y un 3.6% de los encuentados respondieron los niños y las mujeres no eran tomados en cuenta.

¿Qué plantea Encinas sobre la educación?

Tabla N° 13

Respuesta	fi	%
Para el cambio	14	50,0
Para el desarrollo	9	32,1
igual para todos	1	3,6
mejorar en su lengua	1	3,6
Educar en sus costumbre y lengua propia	1	3,6
El niño eje principal de la educación	1	3,6
El niño eje principal de la educación	1	3,6
Total	28	100,0

Gráfico N° 13



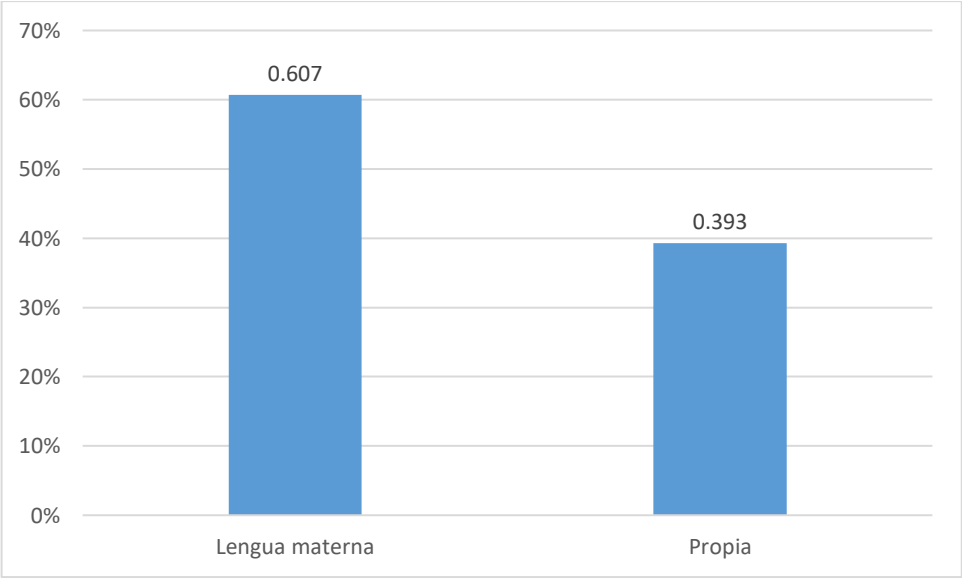
En el cuadro 13 y el gráfico 13 se tiene los resultados a la pregunta "..." donde se observa que un 50.0% de los encuestados resppondieron para el cambio; un 32.1% para el desarrollo; un 3.6% respondieron que es: igual para todos, mejorar en su lengua, educar en sus costumbre y lengua propia, el niño eje principal de la educación y el niño eje principal de la educación.

La comunidad indígena se debe educar en su lengua:

Tabla N° 14

Respuesta	fi	%
Lengua materna	17	60,7
Propia	11	39,3
Total	28	100,0

Gráfico N° 14



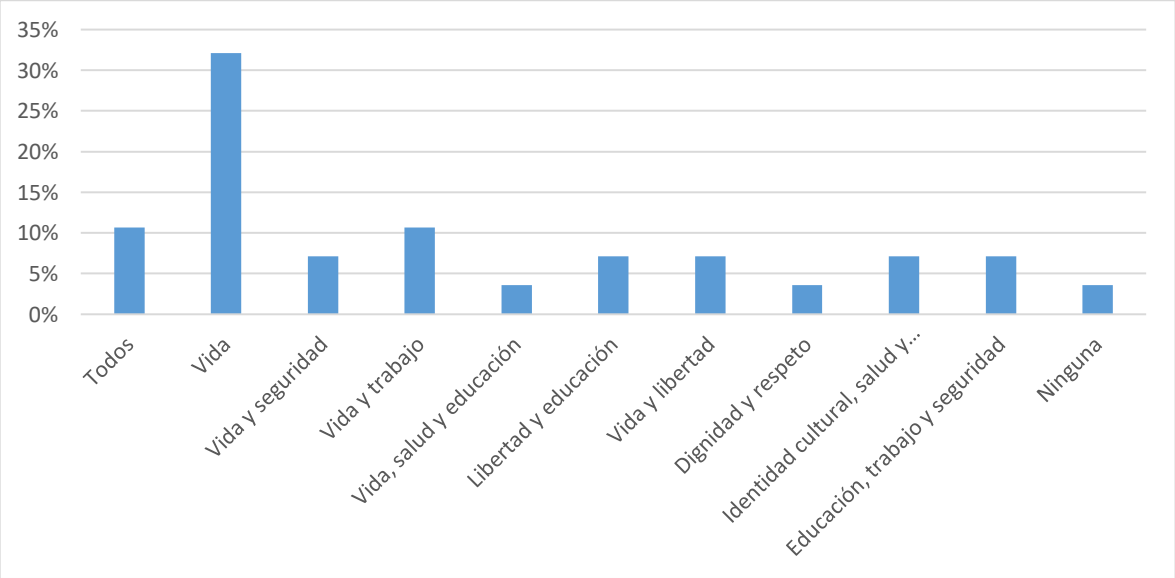
En el cuadro 14 y el gráfico 14 se tiene los resultados a la pregunta "…" donde se observa.

¿Según Encinas que derechos amparan a los indígenas?

Tabla N° 15

Respuesta	fi	%
Todos	3	10,7
Vida	9	32,1
Vida y seguridad	2	7,1
Vida y trabajo	3	10,7
Vida, salud y educación	1	3,6
Libertad y educación	2	7,1
Vida y libertad	2	7,1
Dignidad y respeto	1	3,6
Identidad cultural, salud y educación	2	7,1
Educación, trabajo y seguridad	2	7,1
Ninguna	1	3,6
Total	28	100,0

Gráfico N° 15



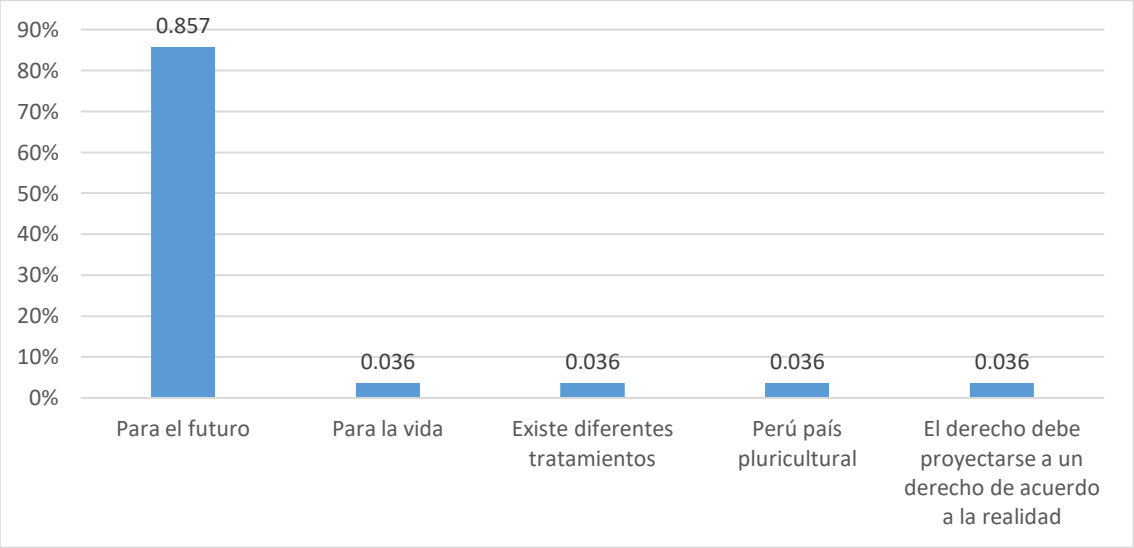
En el cuadro 15 y el gráfico 15 se tiene los resultados a la pregunta "..." donde se observa, que un 32.1% la vida; un 10.7% vida y trabajo, y todos; y un 7.1% respondieron vida y seguridad, libertad y educación, vida y libertad, iIdentidad cultural, salud y educación, y educación, trabajo y seguridad; y un 3.6% respondieron dignidad y respeto, y ninguna

Explique la proyección del Derecho y Pluralismo Jurídico de Encinas:

Tabla N° 16

Respuesta	fi	%
Para el futuro	24	85,7
Para la vida	1	3,6
Existe diferentes tratamientos	1	3,6
Perú país pluricultural	1	3,6
El derecho debe proyectarse a un derecho de acuerdo a la realidad	1	3,6
Total	28	100,0

Gráfico N° 16



En el cuadro 16 y el gráfico 16 se tiene los resultados a la pregunta "..." donde se observa que un 85.7% de los encuestados respondieron para el futuro; un 3.6% respondieron para la vida, existe diferentes tratamientos, perú país pluricultural, el derecho debe proyectarse a un derecho de acuerdo a la realidad, sonrespuestas que dieron los encuestados sobre la pregunta formulada.

CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

5.1 CONTRASTACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO CON LOS REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS DE LAS BASES TEÓRICAS

De las tablas, gráficos e interpretación de las respuestas de la encuesta, se evidencia el Derecho Indígena y el Pluralismo Jurídico en la obra del gran maestro José Antonio Encinas y su obra trascendente a favor de los indígenas del Perú.

Se formaron los movimientos democráticos, nacionalista y antroligárquicos que hicieron causa común con las reivindicaciones del sector indígena dando origen por ejemplo a instituciones como la Asociación Pro Indígena fundada en 1909 con sus principales representantes: Pedro Zulem y Dora Maylle.

El Comité Pro Derecho Indígena, Tahuantinsuyo creado en 1920 con sus representantes indigenistas con sede en Lima y el Movimiento ORCOPATA. Dichos movimientos coincidían en la férrea defensa de los indígenas y luchaban tenazmente contra la explotación y marginación del indio. Por último, se formó la corriente indigenista con carácter permanente.

Así mismo los resultados coinciden con la escuela social de José Antonio Encinas, la condición del indio al margen de la responsabilidad política del Estado peruano, es decir señalada por José Antonio Encinas.

José Antonio Encinas plasma esta experiencia educativa en su libro “Un ensayo de escuela nueva en el Perú”, prólogo de Gamaniel Churata quien afirmó este libro es acaso el mensaje de un hombre reclamado por las necesidades del Perú, José Antonio Encinas se convierte en el hombre paradigma, donde deben fijar sus ojos en un hombre ejemplar, pedagogo, hombre de leyes, de filosofía profunda, de sociología humana y sobre todo de crítica constructiva en la Universidad Enrique Guzman y Valle (La Cantuta), desarrolló la investigación científica y social.

Sobre su gran aporte al derecho indígena, sobre él, muy poco se ha escrito, incluso en la región de Puno, su tierra natal, sin embargo a nivel nacional destacamos “los pueblos indígenas y el acceso a la justicia”.

María del Rosario Salamanca Hucuchullan abogados y asistente social editado por el I.E.R. que reclamó el acceso a la justicia ordinaria por parte de los pueblos indígenas. En el panorama de esas constantes luchas se logró.

1. Convocar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5º).

2. Acceso a la educación en su propia cultura e idioma (artículo 14.3º).

3. Combatir prejuicios, eliminar dominación y exclusión (artículo 15.1º).

4. Proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y laboral (artículo 17.2º).

5. Asegurar que las mujeres y niños indígenas gocen de protección y garantía contra todo tipo de violencia y dominación (artículo 22.2º).

6. Determinar y elaborar prioridades estratégicas para el ejercicio de sus derechos y permitir al desarrollo elaborando programas de salud, educación y vivienda (artículo 23º).

5.2. APORTE CIENTÍFICO

El derecho indígena y el pluralismo jurídico es tan antiguo como el mismo hombre, hombre como ser de alma, cuerpo y espíritu, como ser que cambia constantemente al ritmo del movimiento de la tecnología y la ciencia. El derecho indígena y el pluralismo jurídico como esperanza de justicia y paz social siempre ha sido el supremo ideal del hombre indígena porque por más marginación existió entre las masas deprimidas y los grupos de poder económico, fenómeno y política. El hombre nació para ser respetado como ser supremo de la sociedad como así lo consideren las cartas magnas del mundo. Cuando José Antonio Encinas luchaba por la inclusión del indio al cuerpo de leyes de los criollos habían elaborado para sojuzgar a los pueblos indígenas hasta que lo logró a fuerza, sacrificio y heroicidad.

En Europa se luchaba por la estabilidad de los derechos humanos "universales para todos los hombres que moran en la tierra. Así como se evidencian los derechos humanos hoy en día, los indígenas están siendo titulados por los derechos humanos.

En nuestro país existe un pluralismo jurídico reconocido por normas supranacionales, siendo en un inicio por el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, que posteriormente fue modificado por el Convenio 169 de la OIT, ambos ratificados por el Perú, que disponen que debe respetarse los métodos de control social de las poblaciones indígenas siempre que se condicen con los derechos humanos y el ordenamiento jurídico de cada país.

Estas normas han sido recogidas y ratificadas por el artículo 149° de la Constitución. Como práctica de la justicia comunitaria.

A partir de la Constitución Política del Perú de 1993 se reconoce que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas tienen potestad jurisdiccional dentro de su territorio y siempre que sus decisiones no afecten los derechos fundamentales vigentes en nuestro país.

El pluralismo jurídico desde José Antonio Encinas no sólo supone una modificación del espacio en dónde se pueden presentar los distintos derechos indígenas. Es decir, no solamente cambia la respuesta a la pregunta ¿dónde existe pluralismo jurídico?, sino el modelo analítico que pretende dar cuenta de dicha situación: ¿Qué es lo que estamos observando? A diferencia del pluralismo jurídico clásico, no concibe los distintos ordenamientos jurídicos como entidades separadas que pueden llegar a tocarse en algunos puntos de influencia, buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existe relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos presentes en un espacio social determinado. No se ocupa de analizar exclusivamente el efecto del derecho en la sociedad, buscado conceptuar la forma en que las distintas formas de regulación jurídica se relacionan y compiten entre sí: en lugar de influencias mutuas entre dos entidades separadas, esta perspectiva considera que las formas de ordenamiento plurales participan en el mismo campo social.

CONCLUSIONES

1. El Derecho Indígena y el Pluralismo jurídico incide significativamente en la obra de José Antonio Encinas y dicha obra se ha convertido en **simbólica** para los ciudadanos indígenas y que su contenido traduce el reconocimiento de sus derechos fundamentales de los indígenas, por incalculable tiempo ignorado. Por lo tanto el nuevo pluralismo jurídico dentro de la doctrina lo que busca es precisamente el respeto de las formas originarias de administrar justicia, conforme a su derecho consuetudinario, es decir, lo que busca la perspectiva del nuevo pluralismo jurídico es ir más allá de la simple coordinación con la justicia comunal, y llegar al respeto de la autonomía de sus fallos y procedimientos.

2. El valor del derecho indígena presente en la obra de José Antonio Encinas, es monumental dado que nunca antes se reconoció el valor humano, social, económico y cultural de esa masa humana tan voluminosa del indigenado.

3. Siempre se ha hablado de un singularismo jurídico, pero, José Antonio Encinas rompe ese paradigma del singularismo y propone y defiende el pluralismo jurídico acorde con los acontecimientos culturales y humanos de nuestra época, en busca una justicia tradicional indígena en aras de lograr que el acceso a la justicia sea efectivo. Nuestro país tiene su base histórica en pueblos indígenas y multilingües. Por lo tanto, esta cimentada en diferentes culturas, donde cada una tiene maneras diferentes de resolver sus conflictos sociales con base a su cosmovisión; cualquier sistema legal y cualquier cultura es imperfecta y está en búsqueda de mejoramiento y plenitud. A partir de este reconocimiento, podemos suponer que cualquier sistema tiene la

capacidad de aprender del otro y que a partir de una acción simultáneamente diferenciada y conjunta, pueden encontrarse mejores respuestas a las demandas sociales de justicia.

De tal manera que el pluralismo jurídico de José Antonio Encinas se ha desarrollado aún más a través de la historia, porque forma parte viva del sentimiento humano, sin dominación ni exclusión de ninguna clase, ni género ni raza.

SUGERENCIAS

1. Conocer, conservar y difundir el gran significado de la obra de José Antonio Encinas sobre el derecho indígena y sobre todo del pluralismo jurídico porque es suficiente que el ser tenga señal de vida para que sea reconocido en sus derechos fundamentales y derechos humanos. Los resultados obtenidos en el presente, deben incorporarse, a la escasa teoría existente sobre la importancia del pluralismo jurídico y consecuentemente la jurisdicción especial dentro de la administración de justicia, a efectos de tener una fuente sistematizada y completa respecto de su desarrollo dogmático y legal. Asimismo, es necesario que esta problemática se incorpore al debate a realizarse en los foros, y cursos impartidos a los magistrados y operadores de justicia.

2. Para que el derecho indígena y el pluralismo jurídico se mantenga en la persona y humana, sugerimos que se acuerde e inserte en los planes curriculares de estudio, desde la primaria, secundaria, hasta en las universidad, porque no podemos vivir en la marginación y exclusión en pleno siglo XXI. Se debe promover y permitir que las propias comunidades indígenas y sus autoridades discutan en torno al tema de sus derechos fundamentales y los asuman como un marco a incorporar en sus actuaciones, siendo obligación del Estado proveer instancias (congresos, foros, etc.) que propicien el diálogo y la compresión de la pluralidad de culturas que lo constituyen.

3. Olvidarse de todo tipo jurídico y declararnos convictos y confesos cultores del derecho indígena y el pluralismo jurídico del indigenado peruano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABAD YUPANQUI, Samuel: *La justicia constitucional en el Perú*. En Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. 387pp.

ALZAMORA SILVA, Lizardo: *Estudios Constitucionales*. Editora Jurídica GRIGLEY. Con la presentación y edición al cuidado de Domingo García Belaúnde. Segunda Edición. Lima, 2004. 254pp.

BIDART CAMPOS, Germán J., *El emplazamiento judicial de la paternidad y la filiación extramatrimonial: sus perspectivas constitucionales.*

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general del Derecho Inclusivo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972.

BUENAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Sociología del Derecho.* Edit. Trotta. Barcelona. España. 2005.

BREBIA, Roberto: *El daño moral en las relaciones sociales*, en Derecho de Familia. Homenaje a la profesora Doctora María Josefa Méndez Costa, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1990

BOREA ODRÍA, Alberto: *Los Elementos del Estado Moderno*. Centro de Estudios Legislativos, Económicos y Sociales. Lima, 1994. 358pp.

Conf.; ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Ed. Astrea Nº 88,

CHIERI, Primorosa y ZANNONI, Eduardo: *La Prueba de ADN*, Astrea, Buenos Aires, 1999.

DE SOUSA SANTOS, Buenaventura. *La Refundación del estado en América Latina*. Edit. ITSEC. Lima- Perú. 2010.

DUGUIT, León: *El Derecho en el Estado Moderno*. Traducido por F. y H. Laski Ediciones Jurídicas. Madrid, 1919. 213pp.

DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho de daño*, Civitas, Madrid, 1999,

ENCINAS, José A. *Un ensayo de escuela nueva en el Perú* Edit. Minerva. Lima. Perú 1976.

ENCINAS, José A. *Causas de la Criminalidad Indígena.* Cit, Por Atilio Sivirichio, Pag. 201. Op. Cit. 1946.

ENCINAS, José A. *Contribución a una Legislación Tutelar Indígena*. Op. Cit. Por Atilio Sivirichi. Pag. 131. Ibidem.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: *El daño a la persona en el Código Civil. Homenaje a José León Barandarián*, Cuzco, Editores Perú, 1985.

FERRAJOLI. Luigi. *Garantismo y Constitución.* Editorial Trotta. Barcelona-España. 2008.

GARCIA TOMA, Victor. *Teoría del Estado y del Derecho.* Edit. Grijley. Lima. 2006.

GAYOSO ARIAS, *La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y positivo*, en Revista de Derecho privado, 1918.

GUEVARA GIL ARMANDO. *Diversidad y complejidad legal.* Edit. PUCP. Lima-Perú. 2009

MILLONES, Luis. *Perú Indígena. Poder en los Andes peruanos*. Edit. Congreso del Perú Lima. Perú.2008.

STEERMANN. Josef. *Filosofía Andina.* Edit. Abya Yala. Quito. Ecuador. 2009i

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los desafíos de la Declaración*. Edit. IWGIA Copenhague. Dinamarca. 200.

SIVIRICHI, Atilio. *Derecho Indígena Peruano*. Ediciones Kuntur. Lima Perú. 1946.

PANIKKAR, Raimon. *Sobre el diálogo intercultural*. España. Instituto Superior de Filosofía de Valladolid, Valladolid. 1990.

PÁSARA, Luis. *Tres claves de la justicia peruana.* Fondo editorial PUCP. Lima. Perú, 2010

RAMOS NUÑEZ. CARLOS. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no morir en el intento*. Edit. Grijley. Lima- 2006.

VOLKMER Antonio. *Pluralismo Jurídico.* Editorial ALAD, Sao Paulo. Brasil. 2006.

ZAVALA DE GONZALES, Matilde, *Resarcimiento de daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños.* Editorial Hammurabi S.R.L., 1999, Buenos Aires.

NIZAMA VALLADOLIT, Medardo, Revista Jurídica *Docentia et Investigatio*. 16-2014 Facultad de Derecho y Ciencia Política UNMSM, Lima.

ANEXOS

ANEXO 01: MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

UNIDADES DE INVESTIGACIÓN	EJES DE INVESTIGACIÓN	SUBEJES DE INVESTIGACIÓN
1. TEMA: Pensamiento de José Antonio Encinas respecto al derecho indígena, para entender la vigencia de los derechos humanos.	1.1. Postulados acerca de los factores de la corriente indigenista. 1.2. Concepciones acerca del derecho indígena.	1.1.1. El contexto social y político del derecho indígena. 1.1.2. Las características de educación en derechos humanos.
2. ORÍGENES: Fuentes de Pensamiento.	2.1. La Filosofía del derecho indígena. 2.2. El reconocimiento del derecho indígena en las normas internacionales.	2.1.1. Perspectivas del derecho indígena y su valoración. 2.1.2. El pensamiento Inciniano de educación en derecho indígena. 2.1.3. La Constitución y la valoración del derecho indígena.
3. PERSPECTIVA: Vigencia de los derechos humanos.	3.1. Una propuesta de los derechos fundamentales universales. 3.2. En la Constitución del 1993	3.1.1. Los fines de los derechos fundamentales. 3.1.2. Los objetivos de los derechos indígenas. 3.2.1. El pluralismo jurídico desde la perspectiva de José Antonio Encinas.

ANEXO 02: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Planteamiento del Problema	Hipótesis	Objetivos	Variables (Unidades)	Indicador (Ejes)	Métodos	Técnicas	Instrumentos
1. ¿La falta de reconocimiento como sujetos de derecho a los pueblos indígenas provoca un menoscabo a su dignidad y a la consideración de la persona como principio y límite del ordenamiento jurídico? **2.** ¿Cuál fue el aporte de José Antonio Encinas en relación a que los Derechos Indígenas, debieran ser considerados como fundamento central de la Educación y la democracia peruana?	El sistema jurídico-constitucional y nuestra sociedad está sumida en un sistema de colonialidad y en un acentuado positivismo jurídico que impiden que se reconozca como sujetos de Derecho a peruanos ancestrales oborígenes lo que impide el ejercicio de sus derechos indígenas. Es inminente que debe impulsarse un marco legal, una toma de conciencia a partir de la valoración de los derechos indígenas, para lo cual es necesario retomar los aportes de pensadores como José Antonio Encinas. En concordancia con los presupuestos antedichos el sistema educativo en el Perú debe ser de impulsar un Estado Pluralista y una ciudadanía también pluralista que asegure la construcción de nuestra verdadera Nación.	**Objetivo General.** Determinar la dimensión de un Status Quo en nuestro país caracterizado por la acentuada colonialidad, hegemonismo liberal, y exclusión social que impide el reconocimiento y protección de los derechos indígenas, a fin de plantear alternativas a partir del aporte de José A. Encinas y de la extensión normativa internacional sobre la vigencia y el ejercicio pleno de dichos derechos indígenas para la forja de la Nación peruana.	Se considera sólo unidades y ejes.	Derechos Básicos. Derechos Indígenas. Deberes del Estado. Criterios Básicos y dogmáticos del Estado.. Principista y Argumentativa	Inductivo, Etnográfica Exploración, Analítico.	Observación, Interpretación, y Argumentación.	Fichas de Observación

ANEXO 03: INSTRUMENTOS

ENCUESTA

Señores magistrados, jueces, abogados, técnicos saludándoles muy cordialmente, luego para suplicarles tengan a bien de responder a la presente encuesta, como aporte a nuestra investigación que estamos realizando para mejorar el ordenamiento jurídico de nuestra sociedad peruana.

Gracias

1. **¿Para que se norman las relaciones jurídicas?**

   _____

2. **Los pueblos indígenas están organizados**

   Si( ) No( )

3. **El grado de instrucción de los indígenas es**

   Alto ( ) Medio ( ) Bajo ( )

4. **La situación económica, social y educativa es**

   Alto ( ) Medio( ) Bajo( )

5. **Cuáles son las actividades que sostienen la supervivencia de los indígenas?**

   Minería ( )

   Agricultura ( )

   Ganadería ( )

   Maderera ( )

Pesca ( )

Artesanía ( )

6. **Los vínculos que une al pueblo indígena son:**

Su identidad ( )

Raza ( )

Ideología ( )

Historia ( )

Costumbres( )

Tierra ( )

Lengua ( )

7. **¿Son dueños de las tierras que ocupan?**

Si ( ) No( )

8. **¿Cómo conservan su identidad?**

_____

9. **Su lengua es?** _____

10. **Que derechos tienen los indígenas?**

_____ _____

_____ _____

_____ _____

11. Quien es el defensor del Pluralismo Jurídico Indígena?

a) Churata ( )

b) Túpac Amaru ( )

c) José A. Encinas ( )

d) J. C. Mariátegui ( )

e) Tupa Catari ( )

1. En la obra de José Antonio Encinas ¿qué lugar ocupaban las niños y las mujeres? -

_____

2. ¿Que plantea Encinas sobre la educación ?

a) _____

1. La comunidad indígena se debe educar en su _____ lengua

2. Según Encinas que derechos amparan a los indígenas?

a) _____

_____

_____

1. Explique la proyección del Derecho y Pluralismo Jurídico de Encinas

NOTA BIOGRÁFICA

DAVID ALBERTO PAYE APAZA

Nació en Zepita – Chucuito – Puno, hijo del profesor Juan Paye Chura y Julia Apaza Ayala. Sus estudios de primaria realizó en Zepita y Secundaria en la GUE "San Carlos " de Puno; egresado y graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Lima, realizó sus estudios de Post-Grado en diversas universidades nacionales del páis como UNSAAC, UNAP y UNHEVAL, en Derecho, Economía y Educación. Se ha desempeñado como abogado defensor, asesor jurídico de las distintas municipalidades distritales y provinciales de la región Puno, y se ha desempeñado como docente universitario en las regiones Puno, Ucayali y Madre de Dios; es miembro de Ilustre Colegio de Abogados de Cañete - Lima.Como magistrado se ha desempeñado como Fiscal Provincial en la Fiscalía Penal Corporativa de Coronel Portillo y como Fiscal Provincial Especializada en Materia Ambiental de Ucayali y actualmente viene ejerciendo como Fiscal Provincial de Delitos Contra la Ecología y Prevención del Delito de Tambopata de la Región Madre de Dios. Ha realizado diversos estudios de especialización y diplomado en diversas instituciones, AMAG y Ministerio Público.Tiene publicado folletos denominado "Legalito" de índole académico para estudiantes universitarios y educación básica regular. Escribe artículos de opinión en diversas revistas y diarios de la región Madre de Dios.

ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE DOCTOR

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN
Huánuco – Perú
ESCUELA DE POSGRADO
Campus Universitario, Pabellón V "A" 2do. Piso – Cayhuayna
Teléfono 514760 -Pág. Web. www.posgrado.unheval.edu.pe

ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE DOCTOR

En el Auditorio de la Escuela de Posgrado; siendo las **07:30 h.**, del día viernes **16.FEBRERO.2018**; el aspirante al **Grado de Doctor en Derecho, David Alberto PAYE APAZA,** procedió al acto de Defensa de su Tesis titulado: **"EL DERECHO INDÍGENA Y EL PLURALISMO JURÍDICO EN JOSÉ ANTONIO ENCINAS, PARA ATENDER LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE PUNO, 2015"**, ante los miembros del Jurado de Tesis señores:

Dr. Abner FONSECA LIVIAS	Presidente
Dr. Hamilton ESTACIO FLORES	Secretario
Dr. Humberto MONTENEGRO MUGUERZA	Vocal
Dr. Pio TRUJILLO ATAPOMA	Vocal
Dr. Amancio ROJAS COTRINA	Vocal

Asesor de Tesis, Dra. Janeth TELLO CORNEJO (Resolución Nº 0405-2017-UNHEVAL/EPG-D)

Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado y público asistente.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación del aspirante a Doctor, teniendo presente los criterios siguientes:

a) Presentación personal.
b) Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y solución a un problema social y Recomendaciones.
c) Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado y público asistente.
d) Dicción y dominio de escenario.

Así mismo, el Jurado planteó a la tesis **las observaciones** siguientes:
.....
.....
.....
.....

Obteniendo en consecuencia el Doctorando la Nota de QUINCE (15)
Equivalente a APROBADO, por lo que se recomienda .....
(Aprobado ó desaprobado)

Los miembros del Jurado, firman la presente **ACTA** en señal de conformidad, en Huánuco, siendo las 8:50 horas del 16 de febrero de 2018.

PRESIDENTE
DNI Nº 22412406

SECRETARIO
DNI Nº 22510987

VOCAL
DNI Nº 22401506

VOCAL
DNI Nº 22433324

VOCAL
DNI Nº 04025628

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICA

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICAS DE POSGRADO

1. IDENTIFICACIÓN PERSONAL (especificar los datos del autor de la tesis)

Apellidos y Nombres: PAYE APAZA DAVID ALBERTO

DNI: 01232032 Correo electrónico: davidpaye@hotmail.com

Teléfonos Casa _____ Celular 998486053 Oficina _____

2. IDENTIFICACION DE LA TESIS

Posgrado	
Doctorado:	EN DERECHO

Grado Académico obtenido: GRADO DE DOCTOR

Título de la tesis: "EL DERECHO INDÍGENA Y EL PLURALISMO JURÍDICO EN JOSÉ ANTONIO ENCINAS, PARA ENTENDER LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE PUNO, 2015"

Tipo de acceso que autoriza el autor:

Marcar "X"	Categoría de Acceso	Descripción de Acceso
X	PÚBLICO	Es público y accesible el documento a texto completo por cualquier tipo de usuario que consulta el repositorio.
	RESTRINGIDO	Solo permite el acceso al registro del metadato con información básica, mas no al texto completo.

Al elegir la opción "Público" a través de la presente autorizo de manera gratuita al Repositorio Institucional – UNHEVAL, a publicar la versión electrónica de esta tesis en el Portal Web repositorio.unheval.edu.pe, por un plazo indefinido, consintiendo que dicha autorización cualquiera tercero podrá acceder a dichas páginas de manera gratuita, pudiendo revisarla, imprimirla o grabarla, siempre y cuando se respete la autoría y sea citada correctamente.

En caso haya marcado la opción "Restringido", por favor detallar las razones por las que se eligió este tipo de acceso:_____

Asimismo, pedimos indicar el periodo de tiempo en que la tesis tendría el tipo de acceso restringido:

( ) 1 año ( ) 2 años ( ) 3 años ( ) 4 años

Luego del periodo señalado por usted(es), automáticamente la tesis pasara a ser de acceso público.

Fecha de firma: .....

Firma del autor