



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

ESCUELA DE GRADUADOS

TESIS

**EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL
BILINGÜE (EIB) DE LAS COMUNIDADES NATIVAS
DEL PERÚ**

*Para optar el grado académico de
Magíster en Derecho Constitucional, que
presenta la abogada*

Paola Brunet Ordoñez Rosales

Lima, 2013

CONTENIDO

<i>INTRODUCCIÓN</i>	6
---------------------------	---

CAPÍTULO I

<i>LAS MINORÍAS CULTURALES Y EL CONSTITUCIONALISMO</i>	17
--	----

1.1. Constitucionalismo, minorías y derechos.....	17
1.2. Multiculturalismo, pluralismo e interculturalidad.....	20
1.3. Del Estado Nación al Estado Constitucional Multicultural.....	25
1.4. El Estado Constitucional Multicultural y los derechos fundamentales.....	33

CAPÍTULO II

<i>EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL COMO SUSTENTO DEL ATRIBUTO A LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE (EIB)</i>	45
--	----

2.1 Los derechos fundamentales de las minorías culturales (pueblos Indígenas..)	45
2.2 Los La teoría de los derechos fundamentales.....	48
2.2.1. ¿Qué es un derecho fundamental?.....	49
2.2.2. Naturaleza de los derechos fundamentales.....	52
2.2.3. Estructura de los derechos fundamentales.....	55
2.2.3.1. Las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental.....	56
2.2.4. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.....	57
A. La Teoría absoluta.....	58
B. La Teoría relativa.....	60
C. La Teoría mixta.....	61

2.3.	Los derechos fundamentales individuales y colectivos de los pueblos indígenas	64
2.4.	Aproximación al derecho constitucional a la identidad cultural.....	67
	A. Identidad	70
	B. Cultura.....	72
	C. Etnia.....	75
	D. Lengua e Idioma.....	76
2.5.	El derecho a la identidad cultural en estricto sentido.....	78
2.6.	El derecho constitucional a la educación intercultural bilingüe de los pueblos indígenas (EIB) como manifestación constitucional o contenido nuevo del derecho a la identidad cultural	83
2.6.1.	Fundamentos.....	87
	A. Dignidad del ser humano	88
	B. El Principio constitucional de Igualdad	89
	C. La diversidad cultural.....	90
	D. Otros derechos fundamentales	91
2.6.2.	Contenido.....	95
2.6.3.	Titularidad	97

CAPÍTULO III

PROTECCIÓN SUSTANCIAL Y PROCESAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE DE LAS COMUNIDADES NATIVAS EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

100

3.1.	Cuestiones previas.....	100
3.2.	La tutela de las comunidades nativas en la historia constitucional peruana	101
3.3.	Protección sustancial del derecho a la EIB de las comunidades nativas en el ordenamiento jurídico peruano.....	105
3.3.1.	Consagración del derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB) de las comunidades nativas en la Constitución de 1993	106

3.3.2. El derecho a la educación intercultural bilingüe reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.....	111
3.4. Tutela procesal del derecho a la educación intercultural bilingüe de las comunidades nativas del Perú.....	126
3.4.1. Los procesos “ <i>ordinarios</i> ” como instrumentos para la exigibilidad del derecho a la EIB de las comunidades nativas en el ordenamiento peruano	127
3.4.2. Los procesos constitucionales como mecanismos de tutela del derecho a la EIB de las comunidades nativas del Perú.	130
3.4.3. El Amparo peruano como vía judicial idónea para tutelar el derecho a la EIB.....	133
3.4.4. Exigibilidad constitucional del derecho a la EIB realizada por el Tribunal Constitucional Peruano.....	137
<i>CONCLUSIONES</i>	144
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	146



A mi padre, Antonio Ordoñez Perdomo (1956 -2010).

*Por su constante preocupación por los
pueblos amazónicos del Perú, por el valor mostrado
para salir adelante.*

A mi familia, Celia Rosales Hidalgo y Paul Ordoñez Rosales.

*Por vuestra motivación constante, pero sobre todo
por el amor que me regalan cada día.*

INTRODUCCIÓN

En la actualidad nuestro país enfrenta una serie de conflictos sociales entre las comunidades campesinas y/o nativas, las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales (minerales, especies acuáticas, hidrocarburos, árboles, etc.) y el Estado. Estos enfrentamientos exigen respuestas desde las distintas disciplinas, siendo la jurídica tal vez no la más importante pero sí la típicamente eficaz para resolver dichos problemas. Esta postura propositiva, si bien no la única, constituye la motivación principal del presente trabajo.

En comparación con otros países, en el Perú, la discusión académica sobre estos temas es algo tardía. Uno de los factores de dicha demora respondería a las experiencias de dictaduras militares que gobernaron durante décadas en la región y, en particular, en nuestro país. Recordemos que, en su mayoría, los regímenes militares proclaman, a partir de un poder autoritario, una sociedad igualitaria. Por ello, el Estado no se percató de las diferencias (culturales o lingüísticas) que existen en las personas que conforman la población.

En este contexto, cabe apreciar algunas cifras. En la amazonía peruana, de acuerdo con la información brindada por el economista Jürgen Schuldt, al 31 de diciembre de 2009, se han otorgado concesiones hidrocarburíferas que abarcan 322.000 Km², que equivalen al 41.2% del área total de la Amazonía¹. En casi todos los casos, tales concesiones fueron conferidas por el Estado sin un diálogo previo con las poblaciones indígenas que se verían afectadas.

Esta misma carencia de diálogo explica, por ejemplo, los acontecimientos del 5 de junio de 2009, en la ciudad de Bagua, Departamento de Amazonas, donde fallecieron 32 peruanos, de los cuales 23 eran policías y 9 nativos. El denominado *Baguazo* delató la ignorancia e insensibilidad sobre temas indígenas por parte de la mayoría de medios de comunicación nacionales, y por no decir menos de la población. Lo expuesto se

¹ SCHULDT, Jürgen: "El Perro de mi Abuelo", *La República*, Lima, del 9 de marzo de 2010. Véase también en: <http://www.larepublica.pe/columnistas/actualidad-economica-juergen-schuldt/el-perro-del-abuelo-09-03-2010>.

evidenció cuando muchos medios informaban correctamente lo relacionado con el número de policías fallecidos, pero no mostraron mayor interés en conocer el número exacto o aproximado de indígenas peruanos que perecieron en dicho evento, revelando que existe en nuestro razonar una escala de ciudadanía. Cómo olvidar la presentación en los medios de una mujer indígena aguaruna, expresando el dolor que sentía por lo sucedido el 5 de junio, usando su lengua madre. La necesidad de un traductor para entenderla puso en evidencia, incluso, que muchos peruanos escuchaban por primera vez el idioma aguaruna.

Estos acontecimientos revelaron, también, la ausencia de una política estatal dirigida a la construcción de una sociedad no sólo multicultural sino también multiculturalista. Como consecuencia de dicha omisión, muchos peruanos no convivimos reconociendo nuestra diversidad sino que buscamos la homologación cultural, incluso si ésta implica la *desculturalización* de muchos compatriotas. Asimismo, quedó demostrado que para la clase política peruana, en la cual no se advierte aún un número significativo de representantes indígenas, existen ciudadanos peruanos de primera y segunda clase.

En esta línea, un tema relevante para el objetivo de la presente tesis, es el mencionado proceso de *desculturalización*. Éste tiene en la escuela, a través del sistema educativo formal, su máximo instrumento de realización. En efecto, asumimos que la escuela pública tiene aún, como objetivo primordial, la uniformización de la identidad étnica y cultural, para lo cual emplea una política de dominio lingüístico de la lengua supuestamente mayoritaria, en nuestro caso el castellano.

Entrando ya a una perspectiva jurídica, coincidimos con quienes sostienen que el reconocimiento de los derechos fundamentales específicos de los miembros de una comunidad nativa o campesina en el Perú (usamos el término constitucionalmente reconocido, sin desconocer lo infeliz de dicha denominación), acarrea un cambio en el modelo de Estado Nación implementado luego de la conquista. En efecto, resulta innegable que el Estado Nación moderno (Estado uninacional), cuyo origen se remonta a finales del siglo XVIII y que promueve una única identidad en la población que

alberga, ha sido superado por una concepción más dinámica de Nación, que acepta que hoy en el mundo existen Estados con carácter multinacional.

El cambio al cual hacemos referencia se puede constatar revisando nuestra historia constitucional. En ella advertimos que recién en el siglo XX, específicamente con la Constitución de 1920 a través de su artículo 58°, se reconoce la existencia de las comunidades indígenas. Dicha regulación establecía ciudadanía diferenciadas (escalonadas) con motivo de la raza.

La Constitución de 1979, superando el modelo de ciudadanía escalonada por la raza, consagró en su artículo 161° una política asimilacionista por parte del Estado Peruano, lo que significa aceptar la existencia de personas que pertenecen a grupos cuya cultura difiere de la cultura dominante, pero propiciando la superación cultural de los miembros de dichas culturas. Las políticas de *asimilación* promueven únicamente la forma de vida propia de la clase-élite dominante, buscando la homogeneidad y unidad cultural. Esta forma de tutela tuvo reconocimiento internacional con el Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) vigente hasta 1989, año en que aprobó el Convenio N° 169 de la OIT.

Es con la actual Constitución de 1993 que se asume una política de protección, vía *reconocimiento*, de algunos de los derechos fundamentales de las comunidades nativas y campesinas, tendencia de las últimas Constituciones latinoamericanas; concretándose dicho reconocimiento, en el caso peruano, en los artículos 2°, inciso 19), 17°, 89° y 149° de la actual Constitución. Particular atención merece, para el tema de la presente investigación, el artículo 17° de la Carta fundamental, que prescribe la *obligación* del Estado peruano de *fomentar* la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Si bien este reconocimiento tendrá diversas opciones para manifestarse, una de ellas serán las denominadas en Chile y Argentina como “políticas de discriminación positiva”, conocidas en México como “políticas compensatorias”.

Un ejemplo de política de discriminación positiva, en el sistema educativo peruano, es la cuota indígena en algunas universidades públicas, como la Universidad Nacional Mayor de San Marcos o la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco. Consideramos que dicha cuota garantiza el acceso de algunos peruanos indígenas a la educación universitaria, sin embargo, no asegura que dichos estudiantes finalicen los estudios de manera satisfactoria, ello debido a la ausencia de infraestructura (tutores académicos, tutores indígenas, profesores para mejorar el nivel de castellano) que ayude a los indígenas peruanos a culminar su experiencia universitaria.

Reconocemos el efecto parcialmente positivo de las políticas discriminatorias positivas, pero estimamos que la solución integral se daría con el reconocimiento de derechos fundamentales a las comunidades nativas. En esta línea, como afirma el profesor Antonio Peña Jumpa, se tiene en la educación intercultural bilingüe (EIB) una buena herramienta de integración nacional, ya que puede mitigar conflictos sociales². Por ello insistimos en que las *cuotas indígenas* deben estar acompañadas de políticas públicas, que garanticen no sólo el ingreso a las universidades públicas sino también que se completen tales estudios de manera efectiva.

En este contexto, el Tribunal Constitucional, como órgano jurisdiccional especializado para la defensa de la jerarquía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, ha emitido diversos pronunciamientos en materia de derechos de los pueblos indígenas. Tales pronunciamientos han sido posibles por el hecho de que los pueblos indígenas han comenzado a utilizar los mecanismos procesales y jurisdiccionales oficiales existentes en el Estado para exigir judicialmente la vigencia de sus derechos reconocidos en la legislación nacional, así como de los atributos consagrados en documentos internacionales, como es el Convenio N° 169 de la OIT, que por mandato constitucional forman parte de la normativa nacional con rango constitucional.

² PEÑA JUMPA, Antonio: "El derecho a la educación intercultural y bilingüe desde una perspectiva plurilegal". En Revista Jurídica *Ius Inter Gentes*, N° 7, Año 7, Lima, 2010, pág. 95.

En la mayor cantidad de estos casos, el Tribunal Constitucional ha tenido una política respetuosa de los derechos propios de estos pueblos, sin embargo, en algunas oportunidades ha preferido mantener un silencio cómplice, sobre todo cuando la tutela de los derechos de los pueblos indígenas involucra alguna incidencia económica, como la propiedad comunal, consulta previa, territorio indígena, por citar algunos ejemplos.

De lo expresado podemos colegir que los derechos indígenas en el Perú vienen siendo discutidos en foros académicos, políticos y económicos, debido al impacto que generan sobre ellos actividades como la explotación de los recursos naturales, ámbito en el que se evidencia una vez más la complicada relación existente entre el Estado y la diversidad cultural de las comunidades nativas.

Teniendo en cuenta los presupuestos y los antecedentes sobre los cuales se va a desarrollar la presente investigación, corresponde ahora exponer la metodología empleada.

La presente investigación tiene como tema de estudio “El Derecho Constitucional a la Educación Intercultural Bilingüe de las Comunidades Nativas del Perú”. La educación intercultural bilingüe (en adelante EIB) en nuestro panorama jurídico, es un tema de suma importancia que permite a las comunidades nativas conservar su cultura, tradiciones y cosmovisión. La EIB ha sido discutida generalmente desde una visión socio-educativa, que, por cierto, ha enriquecido alguno de los conceptos que la integran (aulas multiétnicas, aulas multigrado, docencia multiétnica etc.), pero aún no ha tenido una respuesta clara desde un punto de vista jurídico, en los términos de reconocerlo como un derecho constitucional.

En esta línea, el problema de la presente investigación se expresa en los siguientes términos: ¿En nuestro ordenamiento constitucional existe un derecho constitucional a la EIB, como manifestación del derecho a la identidad cultural, exigible jurisdiccionalmente y cuyos titulares son los miembros de las comunidades nativas del Perú? Sobre el particular, hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento constitucional no existe una disposición constitucional que regule expresamente el

derecho a la EIB como derecho constitucional, situación que dificulta en mayor medida exigibilidad jurídica, ya que, en principio, no se le consideraría como un derecho constitucional, al no estar regulado de forma taxativa en nuestra Constitución.

El hecho de que no se reconozca en nuestra Constitución el derecho a la EIB ha provocado que no se instauren los mecanismos procesales adecuados para tutelar este derecho, lo que ha contribuido a que los integrantes de las comunidades nativas desconozcan los medios procesales existentes para proteger este derecho y aquellos derechos conexos a la EIB. Asimismo, ha contribuido a que el Estado no se considere obligado a adoptar las políticas públicas correspondientes para proteger y promover el ejercicio de los derechos de las comunidades nativas.

Sobre la justificación del tema elegido en el presente trabajo, éste encuentra su explicación tanto en el aspecto teórico como en el práctico. En el primero, porque no se ha desarrollado mayor bibliografía sobre la materia en la doctrina jurídica constitucional peruana, por lo que no se tiene una clara definición sobre los alcances y límites del derecho a la EIB. En el segundo, la relevancia del tema se demuestra con las consecuencias jurídicas que ha generado en la práctica judicial constitucional la ausencia de un conocimiento claro del derecho a la EIB. En este sentido, el hecho de que las comunidades nativas gocen de un derecho constitucional a la EIB permitirá, de un lado, utilizar los mecanismos procesales de defensa existentes en el Estado, así como, de otro lado, garantizar la permanencia de su cultura, tradiciones y cosmovisión utilizando su lengua materna y la lengua oficial.

Los motivos que nos han llevado a la elección del tema nacen a partir de una inquietud académica, humanitaria y social de comprender, analizar y criticar los mecanismos o sistemas de protección y promoción que estatuyen los ordenamientos constitucionales contemporáneos, en especial el peruano, para tornar eficaces los derechos fundamentales de las comunidades nativas, y de forma especial el derecho a la educación intercultural bilingüe.

Asimismo, el aporte que se pretende es plasmar una reflexión constitucional de un tema poco abordado por juristas u operadores del derecho en nuestro medio, situación que explica porque no hay bibliografía abundante. Además de ello, se busca plantear una posición ante la ausencia incluso de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional, pretendiendo generar con ello un debate, así como delimitar los contenidos del derecho a la EIB.

Como se ha indicado precedentemente, la EIB no ha sido reconocida expresamente en nuestro ordenamiento constitucional, lo que ha generado que su estudio sea ajeno al debate en el campo del derecho, circunscribiéndose su análisis sólo a una perspectiva socio-educativa. Siendo esto así, el problema principal en el presente trabajo se refiere a que al no existir una concepción jurídica clara de lo que es el derecho a la EIB, se requiere de su reconocimiento constitucional con la finalidad de que se lo entienda como un derecho constitucional que forma parte del contenido constitucional del derecho a la identidad cultural y que es exigible jurisdiccionalmente por los integrantes de las comunidades nativas. Entonces, como se expuso, el problema que se plantea resolver es el siguiente: ¿La EIB es un derecho constitucional que forma parte del contenido constitucional de la identidad cultural? y en esta dirección ¿es exigible jurisdiccionalmente por los integrantes de las comunidades nativas?

La solución que proponemos a la pregunta planteada, y que se expone como hipótesis central, es que la EIB efectivamente es un derecho constitucional de los integrantes de una minoría étnica, que consiste en recibir una educación en todo el sistema educativo (primaria, secundaria y universitaria), de expresar, desarrollar y formar sus vidas (cosmovisión, aprendizaje, vida cotidiana, etc.) usando sus lenguas maternas y transmitiendo por medio de éstas su cultura y la cultura de las mayorías, a tal punto de tener al español como segunda lengua. Comprendiendo así el derecho a la EIB, se puede afirmar que éste forma parte del contenido constitucional protegido por el derecho fundamental a la identidad cultural, el mismo que pertenece a las personas que son miembros de las comunidades nativas peruanas.

Una vez demostrado que en nuestro ordenamiento constitucional se reconoce a la EIB como derecho fundamental, se impondrá determinar los mecanismos procesales adecuados para reclamar su tutela. En este aspecto, planteamos que los mecanismos procesales para tutelar la EIB están conformados por los procesos constitucionales como el proceso constitucional de amparo, el proceso de inconstitucionalidad (por acción u omisión). Así, se les reconoce plena legitimidad procesal activa a los representantes de las comunidades nativas, y de forma excepcional a cada uno de sus integrantes y si bien la jurisprudencia nacional es escasa en esta materia, no es menos cierto que a nivel latinoamericano existen claros ejemplos de cómo tutelar adecuadamente este derecho, como lo demuestra la labor de la Corte Constitucional colombiana.

Las herramientas metodológicas utilizadas en la presente investigación son: a) *el método exegético*, que supone realizar un análisis jurídico minucioso de cómo ha regulado el constituyente el tema de las comunidades nativas, para lo cual nos remitiremos al texto constitucional pertinente sobre el tema abordado: artículo 2 inciso 19) y el último párrafo del artículo 17 de nuestra Constitución; b) *el método dogmático*, que implicará desarrollar y utilizar criterios doctrinarios de derecho constitucional como son los criterios de interpretación constitucional, c) *el método sociológico y funcional*, para demostrar cómo funciona u opera la educación intercultural bilingüe como manifestación del contenido constitucional del derecho a la identidad cultural de los miembros de las comunidades nativas y d) *el método comparativo*, por el cual se busca tener en cuenta diversos ordenamientos jurídicos a fin de encontrar elementos comunes y poder establecer premisas.

En suma, el desarrollo metodológico de la presente investigación tiene como problema principal determinar si el derecho a la educación intercultural bilingüe es un derecho constitucional reconocido y protegido por la Constitución peruana de 1993. Asimismo, como problema secundario, y como consecuencia del anterior, comprobar si el proceso de amparo es un mecanismo procesal adecuado para garantizar la plena eficacia del derecho constitucional a la EIB.

La hipótesis que planteamos sostiene que la Constitución de 1993 sí reconoce a la EIB como derecho constitucional, pero no como un derecho implícito, sino como un nuevo contenido o manifestación del derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2º, inciso 19) de la Constitución. Y este nuevo contenido está delimitado o configurado por los artículos 17º, *in fine*, y 48º de la Constitución, así como por las cláusulas de la Constitución multicultural y el Estado pluricultural peruano. Contenido que es desarrollado, como se verá, en el Capítulo II de la tesis.

Finalmente, nuestra hipótesis es demostrada con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la que nos sirve de apoyo en dos aspectos: a) reconoce a la EIB como un derecho sustantivo constitucional, como manifestación del derecho a la identidad cultural, y que está enmarcado dentro de la Constitución multicultural y el Estado pluricultural peruano; y, b) demostrada la existencia del derecho constitucional a la EIB, éste puede ser tutelado por el proceso constitucional de amparo, argumento que se ve reforzado por lo expresado en el recurso de queja resuelto por el Tribunal Constitucional en el Exp N° 113-2011-Q/TC, donde se reconoce de forma clara que se puede recurrir al proceso de amparo para tutelar un contenido de la Constitución multicultural, como es el derecho a la educación intercultural bilingüe. Temas que son desarrollados en el Capítulo III.

En lo concerniente al marco teórico, el presente trabajo está estructurado en tres capítulos. En el capítulo I se desarrollarán los conceptos básicos del constitucionalismo, la crisis del Estado-Nación y su relación con el multiculturalismo, el pluralismo y las minorías étnicas y lingüísticas. Explicaremos el vínculo entre constitucionalismo, minorías y derecho y seguidamente expondremos nuestras apreciaciones en relación al multiculturalismo, pluralismo e interculturalismo. Para finalizar, nos enfocaremos en el tema de la crisis del Estado-Nación y cómo dicha crisis generó lo que denominaremos el Estado Constitucional Multicultural y los derechos nuevos que en éste se reconocen, todo ello buscando demostrar que en la actualidad los conceptos tradicionales de Estado Nación y derechos fundamentales necesitan ser reinterpretados a fin de brindar soluciones a nuevos requerimientos de la sociedad peruana.

En el capítulo II explicaremos la relación entre los derechos fundamentales y las minorías culturales, específicamente los pueblos indígenas. Desarrollaremos brevemente las tesis sobre la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales. Y con la finalidad última de emplear una metodología adecuada para establecer el núcleo duro del derecho a la EIB, haremos referencia a la garantía del contenido esencial de un derecho fundamental y al test de proporcionalidad.

En un segundo momento, trataremos las diferencias y coincidencias entre los derechos fundamentales individuales y/o colectivos de los pueblos indígenas. No obstante desde ya señalamos que excede nuestro objetivo realizar un tratamiento exhaustivo de los derechos inherentes a los pueblos indígenas, pero resulta sí necesario revisar la tipología de ellos, para luego situar en el justo grupo al derecho a la educación intercultural bilingüe.

La última parte del capítulo II estará dedicado a conceptos poco utilizados por los hombres y mujeres de leyes: identidad, cultura, identidad cultural y etnia, con la finalidad de determinar qué es el derecho a la identidad cultural. Posteriormente ingresando a la parte central del trabajo, expondremos nuestros argumentos por los que consideramos que el derecho a la EIB es una nueva manifestación constitucional o nuevo contenido constitucional del derecho a la identidad cultural y no un derecho implícito; analizaremos también la regulación adecuada que debería otorgarse a la EIB en un ordenamiento jurídico democrático, así como cuál es el contenido de la EIB y quiénes serían sus titulares.

En el capítulo III se analiza la protección sustancial y procesal del derecho a la EIB en el Perú. En una primera parte de este capítulo comentaremos sobre la consagración del atributo en estudio, remitiéndonos a nuestra historia constitucional, a nuestra Ley Fundamental vigente y a los tratados internacionales suscritos por nuestro país. En una segunda parte haremos un estudio de la tutela procesal del derecho a la EIB en el ordenamiento peruano (Código Procesal Constitucional), y analizaremos: a) si los procesos constitucionales son el cauce natural para dilucidar una controversia sobre el derecho a la EIB o la vía correspondiente para ello es un proceso ordinario, en este caso

los procesos contenciosos administrativos, penales, etcétera; b) si el proceso de amparo resulta idóneo para tutelar el derecho a la EIB. A manera de corolario, comentaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la EIB y/o otros derechos de los pueblos indígenas (comunidades campesinas y/o nativas).

Termino estas páginas expresando mi agradecimiento a mi asesor de tesis, Dr. Félix Morales, por su paciencia, dedicación, motivación y aliento, toda vez que ello ha permitido que lo complicado se simplifique; su guía ha sido decisiva para la culminación del presente trabajo. El agradecimiento también se hace extensivo al Dr. Raúl Ferrero Costa por permitirme desarrollar las principales ideas del presente trabajo en la UNMSM, y recibir de él, generosamente, comentarios valiosos. De similar manera quiero agradecer al Dr. José F. Palomino Manchego, por su apoyo incondicional, toda vez que aceptó revisar el borrador del presente trabajo, aportando irremplazables observaciones.

Tengo una deuda especial con el Dr. Luis Sáenz Dávalos, quien me otorgó preciadas horas para intercambiar puntos de vista, pese a sus numerosos compromisos académicos. Con la familia Zoli Leoni, con Lucio Pegoraro, Luca Mezzetti, Moira Rizzi y Aurora Simoni, también, por sus enseñanzas y por los preciosos momentos compartidos en la bella Italia. Finalmente, deseo expresar mi profundo amor y agradecimiento a Mario Gonzalo, por su permanente colaboración, por comprender mis ausencias, por ser vino cuando tengo sed. A mis amigos Raúl Roque, Javier Santillan, Ruolf Perez, Richard Cuadros, Manuel Paz y Carlos Balboa, les agradezco sus sugerencias acertadas y su inmerecido cariño.

Todos ellos simplificaron notoriamente la elaboración y redacción de la presente investigación, con sus respectivos aportes. Por su espléndida colaboración, por sus provechosas recomendaciones y su invaluable apoyo material, les estaré siempre agradecida.

CAPÍTULO I

LAS MINORÍAS CULTURALES Y EL CONSTITUCIONALISMO

1.1. Constitucionalismo, minorías y derechos

Lo característico del constitucionalismo moderno es la *vinculación entre los contenidos sociales del Estado*³, los derechos fundamentales, el control del poder y los temas concernientes al pluralismo.

En relación a la fuente del poder y el ejercicio de éste, el artículo 45° de la Constitución, tal como lo ha mencionado el Tribunal Constitucional⁴, preceptúa que el Estado peruano es una comunidad política y jurídicamente organizada bajo el principio de la soberanía popular, por el cual el pueblo es el titular del poder, que elige a sus funcionarios y por el que opera la transición o cambio de gobierno a través de un mecanismo de elección y mandato popular, facultado para intervenir en la sociedad y en la economía con el fin de lograr el bienestar común. El precitado artículo prescribe también que quienes ejercen el poder se rigen únicamente por la Constitución y por las leyes creadas de conformidad a ella.

Otra característica del constitucionalismo es el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, los cuales, si bien tienen un sustento moral, son ante todo obligaciones jurídicas, en consecuencia, susceptibles de ser protegidos judicialmente. Dichos atributos inicialmente han sido reconocidos a la persona humana; sin embargo, en nuestros días advertimos que existen otros entes, a los cuales diversos ordenamientos constitucionales les reconocen derechos fundamentales, así, por citar algunos ejemplos, la humanidad en su conjunto es titular del derecho a la paz, al desarrollo, etc.

³ Valadés, Diego: “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho” en Revista: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, México, 2002, pág. 236. La frase fue tomada del punto IV sobre Estado social y democrático de derecho.

⁴ Tribunal Constitucional, STC N° 00050-2004-AI, Fundamento N° 2.
<http://www.tc.gob.pe/>

Dentro de estos nuevos sujetos de derecho, que los ordenamientos jurídicos nacionales y/o internacionales reconocen, se encuentran los pueblos indígenas, en términos nacionales comunidades campesinas y/o nativas. Dichos pueblos cuentan con un régimen constitucional especial que garantiza la vigencia plena de sus derechos fundamentales para su subsistencia y desarrollo. Lo expresado demuestra que no sólo los derechos civiles, políticos y sociales cuentan con una garantía constitucional, sino que también esta garantía se extiende a los derechos colectivos y difusos.

Sin ahondar por ahora en definiciones, sostendremos que los derechos colectivos son aquellos que pertenecen a una clase o categoría de personas (puede pensarse también en un grupo social o étnico), que están ligadas por una relación jurídica de alteridad entre sí o con la contraparte procesal⁵. Se ubican cómodamente en esta categoría los derechos económicos sociales y culturales (DESC), ya que en principio tienen su reconocimiento ligado a la pertenencia a un grupo social determinado (por ejemplo, trabajadores en general o de determinado rubro en particular)⁶.

También encontramos en este grupo a los derechos difusos, que son aquellos que recaen sobre un bien esencialmente indivisible, y tienen la particularidad de aglutinar en su entorno a un grupo de personas que no tienen una relación jurídica entre sí o con la contraparte procesal. Estos derechos, encuadrables en la tercera generación del constitucionalismo, sin extraviar la noción de subjetividad de los derechos del hombre, están rodeados intensamente por un contorno supraindividual, reuniendo tanto a las generaciones presentes cuanto a las futuras, claramente tenidas en cuenta al momento de proteger el medioambiente o el patrimonio cultural de la humanidad⁷.

Otro componente esencial del constitucionalismo es el pluralismo, entendido éste como la posición contraria al monismo. El pluralismo, como concepto, en la actualidad es muy popular, pero en numerosas ocasiones es mal entendido; por ello

⁵ Gidi, Antonio: *Las Acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Traducción de Luis Cabrera Acevedo, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 59.

⁶ Ucín María Carlota: "Los procesos Colectivos como instrumento para la exigibilidad de los DESC". Ponencia presentada en la IX Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional. Buenos Aires. 2006, pág. 9.

⁷ Íbidem, pág. 9.

coincidimos con Sartori cuando señala que: “La idea de pluralismo (no la palabra) estaba implícita en el concepto tolerancia, entonces advierte que tolerancia y pluralismo están conectados. Pluralismo *presupone* tolerancia y, por consiguiente, el pluralismo intolerante es *un falso pluralismo*. La diferencia está en que la tolerancia *respeto valores ajenos*, mientras que el pluralismo *afirma su valor propio*. El pluralismo afirma que *la diversidad y el disenso son valores que enriquecen al individuo y también a su sociedad política*”⁸.

Habiendo descrito las características esenciales del constitucionalismo, es momento de preguntarse ¿qué es un Estado Constitucional?, siendo el indicado a responder dicha interrogante el profesor Peter Häberle, quien sostiene que el Estado constitucional “(...) *es el resultado “provisional” de una larga historia de desarrollo en el espacio y en el tiempo. En el mismo hay hoy solamente tanto Estado como el que constituye la Constitución, un rechazo de todas las teorías del Estado del absolutismo tardío, y en la Europa de hoy la Constitución del Estado nacional se ha transformado en una Constitución parcial en el contexto de la Constitución europea adolescente*”⁹.

El constitucionalista alemán, dirá además, “en el Estado constitucional son elementales la dignidad humana como premisa antropológico-cultural y la democracia pluralista como su consecuencia organizadora en todas sus variantes, hasta la democracia semidirecta en Suiza. El Estado de Derecho, la división horizontal de poderes, los derechos del hombre se suman a lo anterior, al igual que los llamados derechos políticos o “libertades públicas”, como los llama la Constitución española (Capítulo II, Sección 1ª)”¹⁰.

De otro lado, el profesor Vega García refiere que “es inherente al Estado Constitucional el reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y, que

⁸ Sartori, Giovanni: *La Sociedad Multiétnica (Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros)*, traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Santa Fe de Bogotá: Editorial Grupo Santillana, 2001, pág. 19.

⁹ Häberle Peter: “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional”, en Revista: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2º semestre, Madrid, 2004, pág. 162.

¹⁰ Ídem. pág. 163.

su voluntad se plasma en la Constitución Política del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional)”¹¹.

De tal modo, el constitucionalismo del presente siglo, pese a sus numerosas ventajas, en la actualidad viene soportando duras críticas en sus conceptos base, como son el Estado Nación, la teoría antropocéntrica de los derechos fundamentales. Las objeciones se originan en lo que los estudiosos sociales y filósofos denominan multiculturalismo. El multiculturalismo, como ejemplarmente lo indica el profesor español José Julio Fernández, es un tema de primer orden, que ya se está incorporando a diversas constituciones, sobre todo latinoamericanas¹². Debido a la trascendencia del multiculturalismo en las Constituciones modernas, estudiaremos dicho concepto y su vínculo con otras categorías de interés jurídico.

1.2. Multiculturalismo, pluralismo e interculturalidad

La sinceridad académica es una virtud digna de cultivar, por ello afirmamos que ha resultado complejo establecer concepciones sobre términos de los que incluso los especialistas en ciencias sociales no tienen total claridad. A ello debe adicionarse que los abogados estamos acostumbrados a analizar los problemas sociales utilizando conceptos mayoritariamente aceptados y exactos, si cabe el término. Sin embargo consideramos que el acercamiento del derecho a conceptos sociales resulta necesario para un correcto análisis jurídico en temas con un fuerte componente social, como lo es la educación intercultural bilingüe.

La proximidad entre el Derecho y las ciencias sociales obliga por ejemplo a los estudiosos del derecho constitucional a revisar algunos de nuestros conceptos base, a

¹¹ Vega García, Pedro: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985, págs. 15-37. Citado en Landa, César: “El control constitucional de las resoluciones electorales en el Perú”, publicado en <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congreibero/ponencias/cesarlanda.pdf>, pág. 2.

¹² Fernández Rodríguez, José Julio y Jacqueline Arguello Lemus: “Aspectos Constitucionales de multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas”. En: *Revista Pensamiento Constitucional*, Año XVI, N° 16, Lima, Febrero 2012, pág. 118.

fin de brindar alguna posible fórmula de solución al creciente número de conflictos que se presentan en el mundo, cristianos contra islámicos, negros y blancos, occidentales e indígenas, etc.

Un aspecto a resaltar de los conflictos que en la actualidad afrontamos es el común denominador que ostentan, esto es la **diversidad**, la cual numerosos grupos reclaman que sea reconocida, aceptada y respetada por las autoridades, pero sobre todo por el grupo mayoritario, pues estiman que es relevante a fin de desarrollar los proyectos de vida de las personas, que no es otra cosa que el ejercicio del derecho a la vida en su aspecto material. Advertimos así, que estos grupos, no buscan sólo un ambiente de tolerancia, pues lo que desean es un espacio donde poder desarrollar sus modos de vida, diversos a los de la mayoría; pensemos en los homosexuales, personas, que reclaman el respeto por su libertad en la elección de su orientación sexual, pero también demandan el reconocimiento de un matrimonio civil homosexual.

El haber citado el caso de los homosexuales, no busca reducir la naturaleza de las diferencias que se pretende sean reivindicadas, puesto que las diferencias son culturales, étnicas, lingüísticas, religiosas, modos de vida, etc. Dentro de dicho contexto en nuestros días advertimos que existe un gran número de países que cobijan diversos grupos o naciones, por lo que resulta dificultoso sino imposible encontrar un país mono grupal, en consecuencia mono cultural.

Las diferencias cuyo reconocimiento se pretende pueden ser de distinta índole, de modo que el conjunto de los grupos que reclaman dicho reconocimiento es bastante dispar; sin embargo, creemos que entre estos existe un hilo invisible que los une, por lo que concordamos con Bhikhu Parekh, cuando refiere, que “aunque sean demasiados diferentes entre sí los grupos que reclaman el reconocimiento de sus diferencias, como para poder compartir una agenda filosófica o política común, todos ellos se sienten unidos en la medida en que se resisten a aceptar la *homogeneización y asimilación en sociedades más amplias*”¹³.

¹³ Parekh Bhikhu: *Repensando el Multiculturalismo-Diversidad Multicultural y Teoría Política*, Madrid: Istmo, 2005, pág. 13.

De lo expuesto hasta este punto, resulta pertinente preguntarse sobre esta diversidad de grupos, ¿qué relación tiene con el Estado, con la teoría antropocéntrica de los derechos fundamentales, etc.?, ¿es acaso el multiculturalismo el responsable de esta crisis?, o ¿es el multiculturalismo una forma de solución?, o ¿es lo mismo hablar de multiculturalismo que de pluralismo?, aún más, ¿cuál es el vínculo entre multiculturalismo y pluralismo? Finalmente, ¿qué es la interculturalidad? Efectivamente son muchas interrogantes y escasas las respuestas.

El multiculturalismo es un concepto prestado de las ciencias sociales y ha sido estudiado desde distintas perspectivas, teniendo hoy considerables connotaciones, y si bien es necesario sostener un concepto útil, a efectos de la presente investigación, no queremos caer en la simplicidad conceptual. Señalaremos por ello algunas apreciaciones en esencia dogmáticas, pero que serán de gran ayuda.

Hay quiénes dirán que por multiculturalismo se debe entender la convivencia de diversas culturas¹⁴. Otros, como Bhikhu Parekh, sostendrán que multiculturalismo no se refiere a la diferencia y a la identidad *per se*, sino a aquellas que se subsumen en una cultura y son sostenidas por ésta¹⁵. Añade el profesor Parekh que el multiculturalismo trata de la diversidad cultural o de las diferencias culturales, puesto que existen otros tipos de diferencias¹⁶. De lo manifestado podemos colegir que el multiculturalismo está vinculado con las diferencias culturales presentes en una sociedad.

Resumiendo y en atención al tema objeto de estudio, usaremos el concepto propuesto por el constitucionalista español José Julio Fernández, quien sostiene que multiculturalismo es la convivencia en sociedad de diversas culturas¹⁷. Otro aporte importante es el del profesor y magistrado del Tribunal Constitucional Peruano, Dr. Gerardo Eto Cruz, quien recogiendo lo señalado en la obra titulada *Mundialización, multiculturalismo y derechos humanos*, coordinada por D. Medina y otro, ciudad de

¹⁴ Real academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición.

¹⁵ Parekh Bhikhu, op. cit., pág. 15.

¹⁶ Ídem. pág. 16.

¹⁷ Fernández Rodríguez, José Julio y Jacqueline Arguello Lemus, op. cit., pág. 119.

Córdova, refiere que el multiculturalismo no es un fenómeno nuevo, pero sí sus alcances, y como tal alude a situaciones que para los países occidentales contemporáneos se expresa en la convivencia en el seno de una misma sociedad tanto de personas como de grupos procedentes de ámbitos culturales diversos¹⁸.

Otro concepto proporcionado también por ciencias amigas al Derecho, es el pluralismo, el mismo que tiene mayor aceptación que el multiculturalismo, la preferencia por este término se justifica porque sobre éste existe mayor concordancia y no presenta tantas objeciones a los conceptos base del constitucionalismo.

El pluralismo se encuentra íntimamente vinculado con la práctica, y reiterando lo manifestado páginas antes, diremos que pluralismo en su sentido filosófico a diferencia del multiculturalismo, pues ostenta sus propios principios y acepta las diferencias no busca eliminarlas, pero tampoco genera diferencias adicionales, toda vez que el pluralismo buscará la integración.

En el campo estrictamente jurídico, es mayoritariamente aceptado que el pluralismo es un principio del Estado Constitucional, y se manifiesta a través del pluralismo económico, el pluralismo político y el pluralismo ideológico. Ello explica porqué nuestra Ley base reconoce entre otros al pluralismo político, promoviendo la libre participación en los asuntos públicos (artículo 30°), así como al pluralismo económico, optando por una economía social de mercado (artículo 58°).

Especial atención amerita el pluralismo político, ya que este garantiza el respeto a la carta de derechos fundamentales. Este pluralismo tiene como actores principales a los partidos políticos, entendidos como una versión superada de las facciones políticas¹⁹, ya que éstas sólo buscan meros intereses económicos de grupo, mientras que aquellos buscan ello y adicionalmente el honor; esto es que adicionalmente

¹⁸ Peña Jumpa, Antonio: *Multiculturalidad y Constitución: El caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional Peruano, 2009, pág. 14.

¹⁹ Sartori, Giovanni: *La Sociedad Multiétnica (Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros)*. Traducción de Miguel ángel Ruiz de Azúa, Santa Fe de Bogotá: Editorial Grupo Santillana, 2001, pág. 24.

persiguen la consecución de objetivos más grandes a los intereses propios del grupo. De lo expresado podemos deducir que el pluralismo, como un elemento de un Estado Constitucional, buscará la integración nacional, reconociendo las diferencias existentes entre los miembros de una población.

Finalmente debemos referirnos a la interculturalidad, categoría cuyo origen también se remite a las ciencias sociales. La interculturalidad es comunicación, diálogo interacción, aprendizaje recíproco. *Es un proceso que contribuye a la superación de las desigualdades, no de las diferencias*²⁰. La interculturalidad involucra no solo el reconocimiento de las diferencias (multiculturalismo), sino que adicionalmente se mantiene el objetivo de seguir integrados (pluralismo), pero añade a dicha integración el **diálogo intercultural**, en el que, tal como afirman Fidel Tubino y Teresa Valiente, en el V Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe, se identifica varios pasos sucesivos pero interconectados: *i) énfasis en lo propio, ii) apertura a otros conocimientos y experiencias, y, iii) interacción.*

La interculturalidad, a diferencia del multiculturalismo, tiene su origen en América Latina con motivo del reclamo indígena por una educación formal que incluya sus valores culturales; ello explica porque durante el Primer Encuentro de Docentes de Derecho Constitucional celebrado en agosto de 2012²¹, se escucharan voces afirmando que para el caso latinoamericano y sobre todo peruano, resulta mejor utilizar el término de interculturalidad, cuando se aborde temas sobre la diversidad cultural, étnica y lingüística.

América Latina alberga un gran porcentaje de la población indígena del mundo, situación que hace innegable la diversidad cultural presente en esta parte del planeta; sin embargo, dicha diversidad también debería forzarnos a entender que: “(…) *somos*

²⁰ Fidel Tubino y otros: “Introducción al V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe”, en AA.VV.: Actas del V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe, Roberto Zariquiey (edit). Lima: Ministerio de Educación, 2003, pág. 36.

²¹ Luque Mogrovejo, Rolando: “Sobre Multiculturalismo y Constitución”, ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Docentes de Derecho Constitucional, organizada por el Tribunal Constitucional y la Academia de la Magistratura Constitucional, celebradas del 20 al 22 de agosto, Lima, 2012.

*guales y diferentes. Y que debemos aprender a convivir enriqueciéndonos recíprocamente*²²

Recapitulando afirmamos que la interculturalidad otorga espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco, lo que genera la construcción de relaciones de cooperación.

1.3. Del Estado Nación al Estado Constitucional Multicultural

El Estado ha sido explicado por diversas teorías a lo largo de la historia de la humanidad, las mismas que se han concentrado en establecer su naturaleza, composición y estructura. Platón, por ejemplo, concebía al Estado como un hombre gigantesco, integrado por labradores, militares y magistrados. El filósofo era el más sabio y virtuoso para gobernar, en un régimen aristocrático, propugnado por un sistema legal, de esta manera incorpora el orden jurídico, como necesario a la comunidad política, su filosofía moral-política determina como fines del Estado la justicia y la virtud²³. En cambio, para Aristóteles, quien elabora una doctrina política realista, partiendo de la comunidad, considera que el hombre es un animal político, que en la sociedad política logra su perfeccionamiento y el bien en gran escala, siendo la injusticia el mayor mal. Critica las utopías de su maestro Platón y sus ideas comunistas. Según el Estagirita la familia y la propiedad privada derivan de la naturaleza misma del hombre y la mejor forma de gobierno es la que se adapta a las necesidades y características de cada pueblo. Distingue tres formas de gobierno justos: la monarquía, la aristocracia y la república, y tres perversiones: la tiranía de la monarquía, la oligarquía de la aristocracia y la demagogia de la república²⁴.

²² Fidel Tubino y otros: "Introducción al V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe", en AA.VV.: Actas del V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe, Roberto Zariquiey (edit.), Lima: Ministerio de Educación, 2003, pág. 74.

²³ Serra Rojas, Andrés: *Teoría del Estado*, 15ª. Edición, México, D.F.: Porrúa, 2000, pág. 171.

²⁴ Ídem, pág. 172.

A partir del siglo XVI encontramos las teorías contractualistas, que tienen como sus máximos representantes a Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), y Jean Jacques Rousseau (1712-1778).

Señalará Hobbes, “los hombres constituyen la sociedad civil por medio de un contrato, surgiendo así el Derecho, la obligación, la ley. El pueblo cede sus derechos a un gobernante, que puede ser individuo o una corporación cualquiera. Una vez cedidos sus derechos, el pueblo no tiene ya derecho alguno a la potestad civil, sino que ésta es absoluta e ilimitada en el gobernante”²⁵. Así “el contrato social de Hobbes se hizo entre súbditos, no entre súbditos y soberano. El soberano no es una parte para el contrato, sino su creación, según esta idea del contrato social; el soberano no puede comprometerse en cualquier ruptura del contrato, ya que no es una parte de él”²⁶.

El segundo de los pensadores contractualistas fue John Locke, colocado en la corriente jusnaturalista del racionalismo y en el contractualismo; a diferencia de Hobbes se apoya en la democracia constitucional. Locke se refiere a un primitivo estado de naturaleza y afirma que “los hombres se encuentran en un estado de perfecta libertad para ordenar sus acciones y disponer de sus posesiones y personas en la manera que les parezca conveniente, dentro de los límites de la Ley natural, sin pedir consentimiento, ni depender de la voluntad de ningún otro hombre. Reina la igualdad porque ningún hombre tiene mayor influencia que los demás. La Ley natural que rige esta situación primitiva es la razón, y le confiere el derecho de defender sus privilegios a la vida, la salud, la libertad y posesiones, castigando a los que no las respeten. Por las injusticias se hizo crear, por el acuerdo de todos, una sociedad política en la que su totalidad residiese el poder soberano, pero siendo su ejercicio encomendado a un grupo de personas, sólo en la medida necesaria para preservar los derechos fundamentales de todos los hombres a la vida, la libertad y la propiedad. Este orden se manifiesta como Legislativo en el Parlamento y como Ejecutivo en los órganos de esta índole”²⁷.

²⁵ Ídem, pág. 175.

²⁶ Ibídem.

²⁷ Ídem, pág. 176.

El tercer contractualista es Juan Jacobo Rousseau. Su opinión difiere de Hobbes y de Locke; coincide con sus predecesores sobre la idea del contrato, pero difiere en su concepción del estado de naturaleza. El contrato social es una hipótesis, no histórica. Puede pensarse que los hombres vivieron en una edad primitiva o pre-social, disfrutando de una libertad absoluta e igualdad. Vivían libremente en armonía con la naturaleza. Llegó un momento en que los hombres empezaron a transformar el mundo, como el cultivo de la tierra, la cultura y con ella la propiedad y la desigualdad, terminando con el estado de naturaleza primitivo. El hombre ha nacido libre y por todas partes está encadenado ¿Cómo sucedió esto? ¿Cómo puede justificarse? Esto es lo que importa. Para recuperar la libertad perdida, los hombres se pusieron de acuerdo para crear artificialmente la sociedad política. Cedieron sus derechos naturales y la comunidad los devuelve en protección a sus derechos²⁸. Así, “el poder no es transmitido a un hombre o grupo de hombres, sino a la comunidad entera. Ella es la depositaria de la soberanía. Su manifestación es la voluntad general, que no se representa, porque tienen razón. La voluntad general es la expresión de la suma mayoritaria de voluntades en la decisión de los actos políticos en la que se requiere su manifestación: en los sufragios electorales, en las determinaciones legislativas o jurisdiccionales”²⁹.

En esta línea también encontramos la gran influencia de la teoría de Montesquieu sobre la división de poderes, defendida y desarrollada en su obra *Espíritu de las leyes*, donde señala que el Estado está dividido en tres poderes, los cuales ejercen recíprocos controles sobre el actuar de los otros poderes del Estado.

En el siglo XIX tenemos a las doctrinas materialistas, dentro de las cuales resalta el materialismo histórico, que “consistía en reconocer a los factores económicos (técnicas de trabajo y de producción, relaciones de trabajo y producción) un peso preponderante en la determinación de los acontecimientos históricos. Según Marx, la personalidad humana está constituida intrínsecamente por las relaciones de trabajo y de producción que el hombre adquiere para hacer frente a sus necesidades. La tesis del materialismo histórico es que las formas que la sociedad adquiere históricamente

²⁸ Ibídem.

²⁹ Ibídem.

dependen de las relaciones económicas que prevalecen en una fase determinada de ella”³⁰. De tal modo que, “el conjunto de las relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, que tiene una base real sobre la cual se edifica una superestructura jurídica y política y a la cual corresponden determinadas formas sociales de conciencia. El modo de producción de la vida material, condiciona, por lo tanto, en general, el proceso de la vida social, política y espiritual”³¹.

En el siglo XX, con la obra de George Jellinek en su *Teoría General del Estado*, se consolida la teoría moderna del Derecho político alemán. Sostiene que “el Estado tiene dos aspectos bajo los cuales puede ser conocido y considerado: uno es el social; otro el jurídico. La doctrina social o sicológica del Estado, considera a éste en la unidad de su naturaleza como construcción social; con este criterio define al Estado “como la unidad de asociación dotada originalmente del poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio; la doctrina jurídica lo considera como sujeto de derecho, y en ese sentido, es subsumible dentro del concepto de corporación, siendo dado formular de esta suerte: El Estado es una corporación formada por un pueblo dotado de poder de mando originario y asentada en un determinado territorio”³².

Por otro lado, en este siglo tenemos a las doctrinas jurídicas, que tienen como su máximo representante a Hans Kelsen, quien critica tanto las doctrinas puramente sociológicas como las doctrinas llamadas de las dos facetas. “Kelsen parte de la idea de que el Estado es pura y simplemente un sistema normativo vigente. El Estado como objeto de la ciencia del Derecho tiene que ser o la totalidad del orden jurídico o un orden jurídico parcial: El Estado es el orden jurídico. Como sujeto de los actos del Estado, es sólo la personificación del orden jurídico. Como poder, no es otra cosa sino la vigencia de este orden jurídico”³³.

³⁰ Ibídem, pág.180.

³¹ Carlos Marx, citado por Serra Rojas, Andrés, op. cit., pág. 180.

³² Serra Rojas, Andrés, op. cit., pág. 183.

³³ Hans Kelsen, citado por Serra Rojas, Andrés, op. cit., pág. 183.

Finalmente, con los aportes a la Teoría del Estado hechas por Hauriou, Heller, Duverger, Schmitt y Smend³⁴, en la época contemporánea se ha llegado a establecer que el Estado contemporáneo se caracteriza básicamente por ser un Estado de Derecho, donde gobiernan la leyes y no los hombres, donde se reconocen los derechos fundamentales de la persona y existen límites y mecanismos de control a los órganos del Estado, y básicamente por otorgarle a la Constitución el valor de norma suprema. En este sentido, el “Estado de Derecho se basa en la aspiración a que los hombres sean gobernados por leyes y no por otros hombres, y que la división de poderes supone un gobierno moderado y representativo en el que el poder del gobierno se encuentra en diferentes manos que se contrapesan”³⁵. Además, de la consideración de que el Derecho Constitucional “limitar al Príncipe, controlar al poder, para permitir la libertad política de los ciudadanos. O, en otras palabras, salvaguardar el Estado de Derecho para que, dentro de sus límites, operen la soberanía popular y el principio democrático. Las reglas en que se articula la división de poderes siguen siendo elemento esencial de esta arquitectura constitucional”³⁶.

Si bien revisar las diferentes teorías que explican la naturaleza del Estado es una labor fatigosa, la creemos imprescindible para un mejor entendimiento del Estado Nación. Así, *“el concepto de Nación está ligado, por cierto, al concepto empírico de pueblo, pero contiene además un sentido político. La nación es, como suele decirse, el pueblo que ha adquirido la conciencia de sí mismo. Más allá del parentesco de sangre, lo que le da unidad a la nación es la historia vivida y sufrida en común, así como el objetivo de seguir viviendo en común, en resumen, voluntad y conciencia de pertenecer a la misma comunidad”*³⁷.

En el Estado moderno, Estado Nación, las instituciones que conforman el Estado no se identifican con las personas que ocupan el poder, así como también es peculiar de este tipo de Estado la adopción de funciones en beneficio de la colectividad. En este

³⁴ Vid. Serra Rojas, Andrés, op. cit., págs. 187 y ss.

³⁵ Javier García Roca: “Del principio de la división de poderes”, *Segunda Época*, No. 38-40, España, 2000, pág. 6.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, traducción por Eugenio Bulygin, Buenos Aires: Depalma, 1980, pág. 134.

sentido, se puede indicar como características del actual Estado moderno, al cual se lo identifica como Estado Nación, a las siguientes 1) tiene una base territorial, única fuente de soberanía y goza de autoridad legal ilimitada dentro de sus fronteras; 2) se funda en una serie única de principios constitucionales y muestra una identidad única, singular y nada ambigua; 3) los ciudadanos de un Estado deberían gozar de los mismos derechos. Y puesto que no se tiene en cuenta las diferencias sociales, culturales, etc. que pueda haber entre ellos, «los mismos derechos» tiende a significar derechos idénticos o uniformes; 4) la ciudadanía constituye una forma de relación unitaria, no mediada y homogénea entre el individuo y el Estado. Puesto que se ignoran las identidades culturales, étnicas, etc., de manera que las gentes se consideran únicamente miembros de un Estado, todos los ciudadanos mantienen una relación directa e idéntica con el Estado; 5) los miembros del Estado conforman un único pueblo unido; y, 6) si el Estado es federal (u ostenta un grado de descentralización) sus unidades de base deberían contar, *grosso modo*, con los mismos derechos y potestades, porque si no se estarían violando los principios de igualdad de la ciudadanía y de un espacio legalmente homogéneo³⁸.

Siguiendo el devenir histórico del Estado, el Estado Nación, en el siglo XX, debido a la influencia del constitucionalismo social, derivó en Estado Social de Derecho. La primera vez que se utilizó la frase “Estado democrático y social” fue durante la revolución de París de 1848. Las demandas del reconocimiento del derecho al trabajo planteadas por los socialistas, encabezados por Louis Blanc y secundadas por el constitucionalista Cormenin, encontraron una fuerte resistencia en los argumentos de Tocqueville y de Thiers. En el proceso de acuerdos previos a la elaboración de un nuevo texto constitucional, los socialistas y los conservadores acordaron impulsar un modelo de “Estado democrático y social”, como resultado del cual fue aprobada la Constitución presidencialista de ese año. Esta norma incorporó algunas reivindicaciones sociales³⁹.

³⁸ Parekh, Bhikhu, op. cit., págs. 274-275.

³⁹ Diego Valadés: “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”, en *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, D.F.: UNAM-ITAM-Siglo XXI Editores, 2002, pág. 141.

Continuando con el Estado Social “Abendroth advierte que, en cuanto a Alemania, la fórmula “Estado social de Derecho” ha perdido conexión con la de “Estado social y democrático de Derecho”. Para corroborarlo, menciona las decisiones del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Federal del Trabajo, que sólo aluden al componente social del texto constitucional. En el Estado social y democrático de Derecho se incluyen la tutela del individuo y de sus derechos de participación política y las relaciones de clase, instituyendo mecanismos de distribución de riqueza a través del salario, del ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones que atienden al bienestar”⁴⁰.

Asumida la importancia de los contenidos sociales en un Estado, después de la Segunda Guerra Mundial aparece en Europa el Estado Constitucional, el cual también garantiza el cumplimiento de los derechos sociales consagrados en una Constitución, pero añade a ello un rol transcendental de la Constitución, ya no sólo como norma de normas, sino también como fuente de derecho. El Tribunal Constitucional Peruano ha expresado que el Estado Constitucional tiene las siguientes características: “(...) a) *El reconocimiento de que el poder de la mayoría parlamentaria no es absoluto sino relativo en tanto no puede desconocer las competencias y los límites materiales y formales establecidos en la Constitución;* b) *La aplicación de la regla de la mayoría, en virtud de la cual para que las decisiones políticas adoptadas sean legítimas se debe permitir la participación de las minorías en la elaboración, aprobación y aplicación de las respectivas políticas;* y c) *Si bien se exige mayor participación de los ciudadanos en el Estado, también se exige mayor libertad frente al Estado*”⁴¹.

El máximo Tribunal Peruano ha referido también que en el marco del Estado Constitucional, “*el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir tanto del propio Estado –eficacia vertical– como de los particulares –eficacia horizontal–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo*

⁴⁰ Ídem, pág. 142.

⁴¹ Tribunal Constitucional, STC N° 0005-2007-AI, Fundamentos 14 -24.
<http://www.tc.gob.pe/>

individual –dimensión subjetiva–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –dimensión objetiva – (...)”⁴².

Al rol trascendental de la Constitución en la vida cotidiana de los ciudadanos así como al respeto irrestricto de los derechos inherentes al ser humano, entendido este como ser único e indivisible, se añade el **reconocimiento de la diversidad**; esto significa que el nuevo Estado constitucional debe tener una Constitución en la que se consagre el carácter multicultural de la mayoría de las poblaciones del mundo. Con este agregado en la actualidad se habla del componente multicultural de todas las Constituciones, pero nosotros preferimos hablar de Estado constitucional multicultural, porque en sociedades como la peruana resulta urgente y necesario nombres llamativos a fin de iniciar una cultura de respeto a la diversidad.

En nuestros días son muchos quienes reclaman la unidad nacional respetando la diversidad. En el caso peruano el Tribunal Constitucional ha referido que: “(...) *del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia. Si bien este tipo de cláusulas proponen una tutela adecuada al individuo, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para la defensa de las minorías étnicas*”⁴³.

El reconocimiento del componente multicultural en los textos constitucionales importa un replanteo de muchos conceptos de la teoría general de los derechos

⁴² Tribunal Constitucional, STC N° 04063-2007-AI, Fundamento 9.
<http://www.tc.gob.pe/>

⁴³ Tribunal Constitucional, STC N° 03343-2007-AA, Fundamento 27.
<http://www.tc.gob.pe/>

fundamentales, hasta hoy sagrados, como *sujeto de derechos, la titularidad y la legitimidad de los derechos fundamentales*.

1.4. El Estado Constitucional Multicultural y los derechos fundamentales

Como lo expresamos antes los conflictos raciales, sociales o nacionales, a fin de ser resueltos requieren de un nuevo Estado o de una respuesta diversa del Estado, un Estado en el cual se reconozcan los derechos fundamentales de todos los miembros de la comunidad estatal, atendiendo sus particulares exigencias (culturales, religiosas, nacionales, etc.).

La sociedad mundial en el siglo pasado ha dado muestras de indignación y repudio a actos como genocidios y masacres acaecidas en Colombia, como los atentados realizados por las FARC o aquellos cuya autoría se atribuyó Sendero Luminoso en el Perú de los ochenta. Sin embargo, esta misma sociedad recién en el siglo XXI muestra interés por la discriminación de millones de personas que pertenecen a grupos culturales minoritarios⁴⁴ (en el caso peruanos comunidades campesinas y/o nativas); dentro de este contexto ya se escuchan voces que reclaman por la agonía de centenas de etnias en el mundo.

Ante lo descrito, el Estado Constitucional se convierte en un instrumento para que las personas gocen de sus prerrogativas en la mayor medida posible. Por ello, concluimos al igual que el maestro Robert Alexi, en que los derechos fundamentales son la base del Estado Constitucional, empero este Estado Constitucional hoy debe ostentar rasgos multiculturales, esto es, debe acoger el reconocimiento de la diversidad.

De no acoger el principio de igualdad en una lógica multicultural, entendida como *igualmente diversos*, se corre el riesgo de romper los vínculos que unen a los miembros de un Estado Constitucional. Si bien por siglos estos lazos (hacemos referencia a la geografía, las leyes, las costumbres, usos y opiniones), han garantizado la

⁴⁴ Will Kymlicka enfatiza que actualmente existen más de 600 grupos de lenguas vivas en los 184 países independientes en el mundo y más de 5.000 grupos étnicos. *Cfr.*, su obra *Ciudadanía multicultural*, Barcelona: Editorial Paidós, 1996, pág. 13.

unión de una sociedad, hoy dichos vínculos deben ser entendidos en una lógica de convivencia en la diversidad, pudiendo ser esta de costumbres, de sistemas jurídicos, etc.

En el Estado Constitucional Multicultural la defensa y vigencia irrestricta de los derechos fundamentales son base permanente de la integración social⁴⁵. Dicha integración hoy es difícil de alcanzar, incluso en el continente más antiguo, donde el fenómeno migratorio es el principal obstáculo de la anhelada integración. Por otra parte, en la región sudamericana los ordenamientos jurídicos ciegos a la variedad cultural, lingüística y étnica de su población son los principales escollos para la integración nacional en estos países.

El Estado Constitucional Multicultural en el caso europeo debe conciliar dos respuestas ubicadas en polos opuestos, en el caso puntual de la migración: “En un extremo de la escala se encuentra la exigencia de asimilación: quien desee vivir aquí de modo estable debe adaptarse. En el otro, se sitúa la libertad cultural: nadie puede ser despojado de las formas de vida y de los rasgos característicos que han arraigado en él”⁴⁶. Por otro lado, en lo referente a países como el Perú, que poseen una diversidad cultural, lingüística y étnica, el Estado Constitucional Multicultural debe superar la visión estrictamente occidental de los derechos fundamentales y establecer mecanismos de diálogo intercultural (interculturalidad).

En este sentido el Estado constitucional multicultural reconoce derechos lingüísticos, el derecho a la autonomía comunitaria, que puede ser regional, departamental, distrital etc.; el derecho a la propiedad comunal, el derecho a una educación intercultural bilingüe, entre otros. Toda vez que este Estado acepta que no basta con atribuir los mismos derechos a todos, sin atender las particularidades de los grupos- porque admite que el derecho a la igualdad ante la ley conlleva reconocer nuestra igualdad dentro de nuestra diversidad-, adicionalmente reconoce y vela porque se reconozca derechos complementarios a las minorías, sin embargo es relevante

⁴⁵ Erhard Denninger y Dieter Gritimm, *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural* de Madrid, traducción de Ignacio Gutiérrez, Madrid: Trotta, 2007, pág. 22.

⁴⁶ Ídem, pág. 53.

subrayar que este Estado establece condiciones para que los derechos no tradicionales exigidos por los grupos minoritarios sean coherentes con el núcleo esencial que toda sociedad civilizada debe conservar.

Así, retornando al caso europeo, creemos que son los fenómenos migratorios, motivados por causas económicas y/o políticas, los que han determinado la sustitución de la imagen de unos Estados constitucionales que respondían a una única identidad nacional, cultural y étnica de su población, por Estados constitucionales multiétnicos, multinacionales y multiculturales. En Europa los Estados de derecho surgieron como entidades basadas en la unidad nacional, de la que dimanaba el vínculo unilateral de ciudadanía regulador de las relaciones entre la organización estatal y sus individuos. Hoy esa unidad se halla cuestionada por una pluralidad de minorías étnicas, culturales, lingüísticas, religiosas, nacionales, y se reclama vínculos de ciudadanía multilateral que encaucen la actividad política de los ciudadanos con las distintas organizaciones, que por encima y por debajo del Estado institucionalizan su actividad cívica⁴⁷.

En lo que respecta a América Latina, especialmente en el caso peruano, encontramos que los pueblos originarios o pueblos indígenas, cansados de encontrarse en una permanente situación de maltrato a su dignidad, hoy, mediante mecanismos oficiales jurisdiccionales y otros exigen la plena vigencia de sus derechos.

La situación descrita ha influido dentro del Estado, específicamente, en el sistema de fuentes. En la actualidad se asiste a un fenómeno de *infra estatalidad normativa*, manifestada en el pluralismo de determinación de fuentes jurídicas, y que se desglosa en función de los siguientes criterios: a) *ratione loci*, que implica el sustancial incremento de las competencias autónomas de los entes territoriales de carácter federal, regional o municipal; b) *ratione personae*, en cuya virtud se están acrecentando las atribuciones autonormativas de determinados grupos o colectivos sociales; y, c) *ratione materiae*, ya que la complejidad de la vida en las sociedades tecnológicamente

⁴⁷ Pérez Luño, Antonio-Enrique: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 4ª. edición, Lima: Palestra Editores S.A.C., 2005, pág. 112.

desarrolladas impone el reconocimiento de regulaciones jurídicas dotadas de un alto grado de especialización⁴⁸.

De lo expuesto se puede sostener que el Estado constitucional multicultural no se limita a defender los derechos individuales de los miembros de los grupos culturales diferenciados, sino que también garantiza atributos colectivos, como son los derechos a la consulta previa, a la propiedad comunal, a la educación intercultural bilingüe, la autonomía administrativa, inherentes a los diversos entes colectivos en las que estos se integran (pueblo indígena, comunidad campesina, comunidad nativa, etc.). Ello porque supera al liberalismo, que se caracteriza por desconocer los vínculos comunitarios de los individuos que integran el Estado, y convierte a los ciudadanos en sujetos neutrales y despersonalizados, faltos de una identidad real y concreta, al privarles de los nexos que los vinculan a su comunidad cultural⁴⁹.

Considerando que son los derechos colectivos aquellos que generan mayor tensión en el campo del derecho constitucional, corresponde explicar: ¿cuál es su naturaleza? y ¿qué rol desempeñan dichos atributos en el Estado Constitucional Multicultural?

Ferrer Mac-Gregor señala que estos atributos deben ser entendidos como derechos supraindividuales⁵⁰. Las prerrogativas colectivas son aquellas que pertenecen a una clase o categoría de personas (puede pensarse también en un grupo social o étnico), que sí están ligadas por una relación jurídica de alteridad entre sí o con la contraparte procesal⁵¹. Se ubican cómodamente en esta categoría los derechos económicos sociales y culturales (DESC), ya que en principio tienen su reconocimiento ligado a la pertenencia a un grupo social determinado, por ejemplo el grupo de los trabajadores en

⁴⁸ Ídem. 113.

⁴⁹ Pérez Luño, Antonio-Enrique: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, op. cit., pág. 115.

⁵⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo.: *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y D.F: colectivos*. México, D.F.: Porrúa, 2003, pág. 12.

⁵¹ Gidi, Antonio: *Las Acciones colectivas y la tutela de los Derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Traducción de Luis Cabrera, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 59.

general o de determinado rubro en particular⁵² tema que también ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional peruana⁵³.

Los derechos colectivos no son propiedad exclusiva de los trabajadores, también son inherentes a los consumidores de determinado producto, toda vez que el número de ellos es determinable. Pensemos en los usuarios de telefonía celular de Movistar en Lima, en los estudiantes de determinada escuela privada, en los niños peruanos, en los discapacitados de Lima y en los pueblos indígenas peruanos (ashánincas, aguarunas, quechuas, aymaras, etc.).

Fueron Naciones Unidas las que a través del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, otorgaron carácter oficial al reconocimiento y garantía de ciertos derechos colectivos, tales como el derecho a practicar la religión en comunidad con otros, o el derecho a la protección de la familia por parte del Estado. Particularmente explícito resulta el artículo 27° del citado Pacto, el cual prescribe que “(...) *en los Estados en que existan minorías étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma*”⁵⁴. A la categoría de **derechos colectivos** la doctrina anglosajona la ha denominado derechos de tercera generación, para diferenciarla de los derechos individuales y políticos-sociales clásicos.

En tal sentido, el surgimiento de los derechos colectivos se hizo por la necesidad de complementar y perfeccionar los derechos individuales en su contexto social. Los

⁵² Ucn María Carlota: “Los procesos Colectivos como instrumento para la exigibilidad de los DESC”. Ponencia presentada en la IX Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional. Buenos Aires. 2006, pág. 9.

⁵³ El Tribunal Constitucional Peruano en relación a los derechos colectivos de los trabajadores ha expresado que estos *hacen referencia a las facultades o atribuciones que ejerce el trabajador en concordancia, unión o asociación con sus pares. En ese contexto viabilizan las actividades de las organizaciones sindicales.* En el caso peruano los artículos 28° y 29° de la Constitución identifican los derechos laborales de naturaleza colectiva, a saber: el derecho a la sindicalización, a la huelga y al convenio colectivo. STC N° 00008-2005-AA/TC, Fundamento N° 25.

⁵⁴ Maiorano, Jorge L.: “Amparo colectivo, legitimación del defensor del pueblo”, op. cit., pág. 161.

derechos colectivos permitieron pasar a la defensa del ser humano genérico o abstracto, al ser humano en la especificidad o en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad, de pertenecer a una sociedad (como niño, usuario, viejo, trabajador, jubilado aborígen, enfermo, discapacitado, etc.)⁵⁵.

Los derechos individuales tienen su explicación en el liberalismo, que tuvo la gran virtud de crear y establecer normas dirigidas a proclamar y promover la autonomía de las personas otorgándoles, a través de la ciudadanía, la titularidad y el ejercicio de derechos subjetivos. Pero ello resultaba insuficiente, y se hizo necesario el reconocimiento de los derechos colectivos. *Primero* fueron los derechos sociales y económicos gracias a la presión de la clase trabajadora; posteriormente, los derechos culturales; más recientemente los llamados de la tercera generación (derechos al desarrollo, a un medio ambiente equilibrado, a la protección de los derechos como usuarios y consumidores, minorías étnicas, etcétera)⁵⁶.

Los derechos humanos de la tercera generación, llamados también de cooperación o de solidaridad, emergen frente al desarrollo desmedido de la sociedad industrial, que ha causado un serio impacto en el medio ambiente, en la forma de vida de las comunidades nativas o minorías étnicas y en la calidad de vida, con repercusiones a la fecha inimaginables⁵⁷.

Así, la calidad de vida, el medio ambiente, la libertad informática, las pretensiones de usuarios y consumidores, la preservación del patrimonio cultural e histórico de la humanidad, la aptitud de los pueblos para integrarse al desarrollo, el conjunto de expectativas frente a la posibilidad de manipulación genético, son valores y derechos seriamente amenazados y virtualmente desprotegidos⁵⁸.

En esta dirección, los derechos colectivos requieren de ciertas condiciones, para que se tornen eficaces. Como requisitos para la protección y vigencia de los derechos

⁵⁵ Ídem, pág. 162.

⁵⁶ *Ibidem*. 162.

⁵⁷ Jiménez, Pablo: "El Amparo Colectivo", en AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, Pablo Luis Manili (Coordinador), Buenos Aires: Editorial Universidad, S.R.L., 2005, pág. 76.

⁵⁸ *Ibidem*. 76.

colectivos, además de los derechos individuales, se requieren las siguientes condiciones: a) la existencia de una sociedad organizada en forma de Estado *de jure*; b) la existencia de un marco legal específico; y, c) la existencia garantías efectivas.

a) *Estado de jure*

En relación al primer requisito, el hombre sólo puede ser libre en un Estado libre. Los derechos fundamentales dependen directamente de cómo están organizadas las instituciones políticas que gobiernan a los pueblos y que tales derechos dependerán íntimamente, por tanto, del sistema legal de la sociedad en su conjunto. Así, se requerirá las siguientes condiciones: 1) para que un Estado sea libre, las personas que lo componen deben tener la capacidad de decidir libremente su destino (autodeterminación); 2) el pueblo debe definir libremente, por medio de leyes generales y no personales, el sistema legal que establezca los derechos humanos (el imperio de la ley)⁵⁹.

La autodeterminación, en principio, ha sido entendida como un derecho del hombre, esto es individual. Pero, en realidad presenta algunas particularidades, dado que únicamente puede ejercerse de forma colectiva, por ello afirmamos que la autodeterminación es a los pueblos lo que la libertad a los individuos esto es, la base misma de la existencia. Aunque la autodeterminación no puede ser un derecho humano individual, es obviamente la condición indispensable para la propia existencia de los derechos del hombre⁶⁰.

En lo que respecta al imperio de la ley, los derechos humanos se convierten en una realidad sólo en los Estado *de Jure*. Un Estado *de Jure* es aquel en que todas las autoridades e individuos que lo componen están sometidos a unas normas impersonales y generales previamente establecidas; esto es, la ley.⁶¹ Pero la ley, en el Estado constitucional multicultural, no sólo comprende al acto estatal creado por el Parlamento, sino básicamente a la obra del Poder Constituyente: la Constitución.

⁵⁹ Vasak, Karel: "Los derechos humanos como realidad legal", en VV.AA., *Ensayos sobre derechos humanos. "Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos"*, Karel Vasak (editor), vol. I, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1990, pág. 28.

⁶⁰ Vasak, Karel: "Los derechos humanos como realidad legal", op. cit., pág. 28.

⁶¹ Ídem. pág. 29.

Asimismo, los derechos fundamentales tienen más posibilidades de ser cumplidos en un sistema político, económico y social democrático. Y si, por un lado, es necesaria la existencia de un sistema democrático para que los derechos fundamentales se conviertan en una realidad, del mismo modo la democracia no puede mantenerse en ausencia de los derechos fundamentales⁶².

b) Marco legal

Los derechos fundamentales no tendrían sentido si no se les asignara un lugar dentro del orden social en el que deben ser ejercitados. Ello significa que los derechos fundamentales constituyen un fenómeno social en virtud de aquellos a los que van dirigidos. De esta forma, el propósito social de los derechos fundamentales reside menos en su capacidad de ser limitados que en la de ser promovidos en la sociedad, o en lenguaje legal, en la creación de un sistema legal que los proteja.

De tal forma, es evidente que el propósito social de los derechos fundamentales, los hace, sino dependientes, al menos relacionados con el poder político. Lejos de estar en oposición, derechos fundamentales y poder político se apoyan uno en otro. La autoridad política, por tanto, no puede limitar los tributos esenciales, igual que dichas prerrogativas no deben ser utilizadas en contra de quienes ocupan el poder⁶³.

Así, para que los derechos fundamentales se conviertan en una realidad, en las leyes, tiene que regirse por un sistema legal establecido por la autoridad política. Sin embargo, es importante que el único propósito del establecimiento de tal sistema legal sea el de facilitar su ejercicio, teniendo en cuenta tres factores indispensables: los derechos esenciales de los “demás”, la vida del grupo considerado como entidad, y la vida de la humanidad como conjunto⁶⁴. En este sentido, el establecimiento de disposiciones legales, sea cual fuere su motivación y su ámbito de aplicación, debe permitir la existencia continuada de los derechos humanos.

⁶² Ídem. pág. 30.

⁶³ Ídem. págs. 31 y 32.

⁶⁴ *Ibidem*.

c) Garantías efectivas

Ahora, los derechos esenciales, incluso cuando han sido proclamados por un Estado libre y están protegidos por las disposiciones legales establecidas, no significan gran cosa, si no están eficazmente garantizados, o en otras palabras, si quienes los han de disfrutar no cuentan con los medios para obtener reparación por las violaciones de las que han sido víctimas. Tales garantías pueden establecerse en dos categorías: las organizadas y las no organizadas.

Las garantías organizadas existen dentro del marco del Estado en forma de procedimientos que permiten al individuo o colectividad obtener una anulación de las medidas que constituyen una violación de los derechos humanos, fundamentales, constitucionales. En este caso resulta de suma importancia los procedimientos legales como los de naturaleza constitucional (procesos constitucionales de la libertad), sin dejar de resaltar los procedimientos organizados tanto en el plano universal como en el regional, que en nuestro caso está definido por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre **las garantías no organizadas** de los derechos humanos se puede señalar por ejemplo el derecho a negarse a obedecer una ley injusta, la misma que puede estar estipulada en la legislación, o al menos estar grabada en la mente de los hombres. Así, la resistencia a la opresión, cuando los procedimientos organizados son inadecuados constituye la garantía suprema de los derechos humanos⁶⁵.

La resistencia a la opresión fue consagrada oficialmente en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, del 4 de julio de 1776 y adquirió su significado real como garantía de los derechos humanos bajo la revolución francesa. La Declaración de derechos del Hombre, del 24 de julio de 1793, proclama: “*La resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre*”. Y añade la siguiente disposición: “*Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la*

⁶⁵ Ídem. pág. 34.

insurrección es para el pueblo y para todos los sectores que lo forman el más sagrado de los derechos y el más imprescindible de los deberes”⁶⁶.

Sin embargo, antes de llegar a ese extremo, se presenta como una solución inmediata y del día a día la fiscalización de la autoridad por intermedio de la opinión pública. Así, los primeros que son los interesados en la protección de los derechos humanos son sus propios titulares, cada uno de los ciudadanos, el pueblo, en rigor, y de ello dependerá la observancia de los derechos esenciales por parte del Estado. Es la opinión pública, especialmente cuando esa opinión pública abarca a varios países, la única capaz de obligar a los Estados al respeto de los derechos humanos pues, en el mundo actual, la única sanción efectiva contra la violación de los derechos humanos sigue estando, tanto si a uno le gusta como si no, en la opinión pública⁶⁷ o lo que otros denominan “sanción social de la comunidad internacional”.

Retomando el punto referente a los derechos colectivos inherentes a los pueblos indígenas, cabe indicar que tienen como mayor pretensión proteger o preservar las características particulares del grupo, o bien provocar un cambio en las condiciones o situación que afectan al grupo, y que son intolerables para el nivel de derechos humanos aceptado internacionalmente⁶⁸. En el marco de tutela de los **derechos colectivos** no sólo entran las minorías culturales, cuyo derecho a la autodeterminación está en litigio, sino también grupos cuyo nivel de vida económica o social está por debajo de los niveles de vida mínimos, y los grupos que son víctimas de violaciones generalizadas y a gran escala de los derechos humanos, incluida la discriminación⁶⁹.

De lo expuesto, se puede colegir que los **derechos colectivos** por excelencia son los de las minorías, en cuanto a la conservación y desarrollo de sus características y el derecho de los pueblos a la autodeterminación; esto es, el derecho a determinar libremente su política y a buscar libremente su desarrollo económico, social y cultural.

⁶⁶ Ibídem.

⁶⁷ Ídem. pág. 36.

⁶⁸ Boven, Theodor C. van: “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en VV.AA., *Ensayos sobre derechos humanos. “Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos”*, Karel Vasak (editor), vol. I, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990, pág. 100.

⁶⁹ Ibídem.

En esta dirección, los tratados y declaraciones sobre las minorías contienen cuatro elementos: *a)* principios de igualdad y no discriminación; *b)* garantía de los derechos humanos generales; *c)* en especial, garantías respecto al uso del idioma o el mantenimiento de ciertas instituciones de las minorías; y, *d)* garantías de autonomía general o especial, o de fueros tradicionales.⁷⁰

Mientras que las primeras dos categorías de derechos eran de naturaleza individual y debían ser garantizados a todos los habitantes y todos los ciudadanos de los países, las dos últimas categorías se formulaban bien como derechos de pertenientes a minorías o como derechos de las propias minorías y, como tales, derechos colectivos⁷¹.

Los pueblos indígenas son titulares de todos los derechos inherentes a toda persona, como son los derechos a la vida, a la libertad personal, a la dignidad, a la libertad de pensamiento, entre otros. Sin embargo, debido a la particularidad de su cultura existen otros muchos atributos cuya titularidad les corresponde, destacando entre ellos los derechos a la propiedad comunal, a la consulta previa, a la administración de justicia propia, etc. Dichos derechos sólo tienen sentido si se ejercitan en forma colectiva, resultando obligatoria la titularidad y el ejercicio colectivo de específicos derechos esenciales⁷².

De este modo, los derechos colectivos aparecen cuestionando la categoría de derecho subjetivo, al no ser ni excluyentes ni disponibles ni precisos, sino basados en la defensa del interés común, y buscan evitar la generación de daños irreparables de carácter colectivo⁷³, que incluso lesionarían derechos de las futuras generaciones.

Como hemos indicado en las páginas precedentes, los derechos colectivos no son exclusivos de un específico grupo, sino de todos los grupos que reclaman su titularidad, siendo de especial interés los derechos relativos a los pueblos indígenas. Los

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ídem. pág. 101.

⁷² Maiorano, Jorge L.: "Amparo colectivo, legitimación del defensor del pueblo", en VV.AA., *Derecho Procesal Constitucional*, Mario Masciotra (Director) y Enrique Antonio Carelli (Coordinador), AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 2006, pág. 160.

⁷³ Jiménez, Pablo: "El Amparo Colectivo", op. cit., pág. 77.

pueblos indígenas, denominados así en la normativa internacional, comunidades nativas y/o campesinas para el caso peruano, son titulares de específicos y particulares derechos, los cuales en atención a los documentos internacionales que los consagran (Convenio N° 169 de la OIT), son de cumplimiento obligatorio; sin embargo debido a la insuficiencia de mecanismos jurídico procesales que garanticen su tutela, estos vienen siendo lesionados no sólo por particulares o empresas transnacionales, sino incluso por el propio Estado.

El Estado Constitucional Multicultural, al reconocer el componente multicultural de la Constitución, también garantiza el respeto de los derechos inherentes a los pueblos indígenas, siendo los más polémicos y relevantes los derechos a la consulta previa, a la propiedad comunal, a administrar justicia de acuerdo con sus costumbres dentro de su jurisdicción, al uso de su propia lengua y a una educación intercultural bilingüe que valore y respete su cultura originaria.

De los derechos colectivos e individuales enumerados que reclaman miles de pueblos indígenas, es de suma importancia el derecho a la educación intercultural bilingüe ya que la lengua es un factor vital en la subsistencia de una cultura; y siendo la educación el proceso por el que las personas han de realizar sus proyectos de vida, la EIB resulta uno de los derechos de mayor relevancia para lograr una convivencia pacífica que tenga como finalidad la integración nacional.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL COMO SUSTENTO DEL ATRIBUTO A LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE (EIB)

2.1 Los derechos fundamentales de las minorías culturales (pueblos indígenas)

Como hemos expresado en el capítulo anterior, las sociedades actuales deben enfrentar reclamos de minorías, pudiendo ser éstas religiosas, culturales y étnicas, que solicitan el reconocimiento de particulares derechos fundamentales; por ello, en el presente apartado, aproximándonos cada vez más al tema de nuestro trabajo, expondremos nuestro parecer en relación a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Resulta pacífico sostener que los derechos fundamentales “(...) *constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico (...)*”⁷⁴. De lo afirmado, algunos han desprendido que sólo la persona humana individual es titular de derechos fundamentales, empero la realidad evidencia que en diversos casos las minorías culturales, (para este trabajo especial mención tienen los pueblos indígenas), exigen atributos cuya titularidad corresponde a un colectivo, por ejemplo en el ordenamiento peruano tenemos a las comunidades campesina y/o nativa.

Si bien las *minorías*⁷⁵, sean éstas culturales, nacionales o religiosas⁷⁶, no comparten una agenda política, sus reclamos tienen mucho en común, pudiendo por ello sus pretensiones ser divididas en dos grandes grupos:

⁷⁴ Tribunal Constitucional. STC N° 10087-2005-AA/TC, Fundamento N° 6. <http://www.tc.gob.pe/>

⁷⁵ Reiteramos que el vocablo *minoría* resulta irónica en diversos casos, como cuando nos referimos “a las minorías indígenas” en América latina, ello debido a que los indígenas en la región son un mayoría numérica, pero el alcance e incidencia que tienen en la cosa pública resulta ser mínimo, entonces podemos afirmar que se habla de minorías porque determinados grupos minoritariamente tienen participación en la toma de decisiones estatales, no existen canales de participación que hagan posible escuchar sus pareceres en relación a políticas públicas que les afectaran directamente.

⁷⁶ Un claro ejemplo de esta similitud la tenemos entre las pretensiones de los musulmanes que radican en Italia y las comunidades nativas del Perú, ambos grupos requieren por

Por un lado las dispensas de las reglas jurídicas vigentes con carácter general, que se subdividen en: a) O bien impone la ley nacional algo que está prohibido por la religión o la cultura del inmigrante o del indígena y, b) O bien prohíbe algo que resulta exigido por su religión o su cultura.

De otro lado advertimos las demandas de prestaciones estatales que permitan cumplir los mandamientos religiosos o culturales, que también se subdividen en: a) O bien se exigen al Estado un tratamiento igual al que reciben las religiones o grupos culturales nacionales y, b) O se pretenden ventajas de las que nos disfrutaban otras religiones o culturas apelando a las exigencias propias de su religión o cultura.

Las pretensiones descritas demuestran que los atributos exigidos por los pueblos indígenas mayoritariamente son colectivos; recordemos el derecho a la consulta previa, el derecho a la EIB, el derecho a la propiedad comunal, el derecho al territorio indígena, el derecho a ejercer justicia comunitaria en su territorio, el derecho a la participación en la planificación, formulación, aplicación y evaluación de planes y políticas de desarrollo que los afecten directa o indirectamente, o el derecho a la participación institucional en el Estado, por mencionar algunos atributos. Dejamos constancia que está fuera de nuestra pretensión realizar un estudio sobre el concepto de derechos colectivos, empero sí resulta indispensable cuando menos realizar una breve referencia doctrinaria sobre su naturaleza y los problemas que plantea al derecho. Dicha exigencia viene dada por la realidad, toda vez que advertimos que en las sociedades políticamente organizadas⁷⁷, no sólo existen derechos de titularidad individual.

Es importe resaltar que los derechos de los pueblos indígenas no son únicamente colectivos, pues los miembros de dichos pueblos son también titulares de derechos individuales, derechos sociales, como son: el derecho a la vida, a la igualdad, al sufragio

ejemplo que sus hijos tengan la posibilidad dentro de las horas escolares, de una media hora a fin de cumplir con su culto religioso.

⁷⁷ Coincidimos pues con Nicolás López Calera cuando afirma que: “pues mas allá de las argumentaciones teóricas los hechos son tozudos y demuestran que los derechos colectivos están ahí como categoría y como practica humana (...) La experiencia demuestra que hay valores, intereses, necesidades que no son estrictamente individuales o atribuibles a unos individuos concretos, (...) Véase, su obra *¿Hay derechos Colectivos?*, Ariel, 2000, pág. 92.

universal, a la identidad cultural, a la salud, a la educación, etc. Claro está que las pretensiones pueden tener particularidades en atención a sus especiales necesidades; así por ejemplo recordemos que el derecho a la alimentación⁷⁸, así como el derecho a la salud⁷⁹ y educación⁸⁰ para los pueblos indígenas, debe incluir un respeto irrestricto a su cultura.

No pretendemos desarrollar un elenco taxativo de los derechos fundamentales exigidos por los pueblos indígenas, toda vez que ello sería una tarea infructuosa, básicamente por dos razones. En primer término, porque el catálogo de derechos fundamentales en países con sistemas democráticos generalmente es de *números apertus*⁸¹; en segundo término porque los derechos fundamentales van apareciendo de

⁷⁸ Véase, Lidija Knuth and others, *The Right To Food Guidelines and Indigenous Peoples: An operation Guide*, Roma: La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), 2009, sostiene en relación al derecho a la alimentación que: “Applying a human rights-based approach to food security in the context of indigenous peoples primarily means recognizing the entitlements and specificity of indigenous peoples’ situations and cultures in policy-making and programming in the area of food security. In particular, the suggestion by indigenous communities to integrate their right to adequate food into future development strategies must be considered. This would give the opportunity to fully address the challenges they are facing, ensuring respect for their cultures and cross-cutting rights, and protecting their survival and well-being. In this context, participation of indigenous peoples, including indigenous women, must be an over-arching principle. Furthermore, state actions in the area of food security must address the fact that some indigenous people, such as indigenous women and children and indigenous persons with disabilities, often suffer from multiple sources of discrimination within their communities and the larger societies in which they live. The human rights standards contained in, and principles derived from, the UDHR, the UNDRIP and other international human rights instruments, as well as the recognition of indigenous peoples’ collective rights, provide an additional framework for adopting a human rights-based and culturally sensitive approach when addressing the specific situation of indigenous peoples’ food security

⁷⁹ Así lo ha reconocido la Defensoría del Pueblo del Perú, 2008, *Informe Defensorial N° 134 La Salud de las Comunidades Nativas: Un reto para el Estado*, Lima, pág. 68 al señalar que: “(...) resulta enriquecedora desde el enfoque intercultural, ya que exige una aproximación más fina y precisa para el conocimiento y planteamiento de políticas adaptadas a las poblaciones indígenas. Para la Defensoría del Pueblo, estas políticas deben consistir en: “la coexistencia de modelos de atención de salud que desarrollan procesos de intercambio cultural en un espacio geográfico y clínico, y [que promueva entre los operadores de la medicina occidental y tradicional] la capacidad de moverse equilibradamente entre conocimientos, creencias y prácticas culturales diferentes respecto a la salud y la enfermedad, la vida y la muerte, el cuerpo biológico, social y relacional. Percepciones que a veces pueden ser incluso hasta contrapuestas”.

⁸⁰ El derecho a la educación estatal en la lengua originaria para quienes pertenecen a grupos culturales diversos al occidental, fortalece la noción de la EIB, reiteramos empero que en un país multicultural las políticas públicas en materia educativa deben ser multiculturalistas, lo que implica que son titulares de la EIB todos los educandos peruanos (costeños, urbanos, rurales, andinos y amazónicos) con matices de acuerdo a su especial requerimiento.

⁸¹ Un ejemplo de la cláusula de *numerus apertus* lo encontramos en nuestra Constitución Política recoge, en su artículo 3º, una “enumeración abierta” de derechos, lo cual no obsta para pensar que en ciertos derechos constitucionales explícitamente reconocidos subyacen

acuerdo con la evolución de las sociedades; pensemos en el derecho a la autodeterminación informativa, que es propio del siglo XXI con el desarrollo de la informática, de internet, ya que las personas deben mantener un dominio sobre información de índole personal, familiar, etc.

Complementariamente, enfatizamos que con un diálogo intercultural sí es posible establecer cuáles son los derechos indispensables para la subsistencia cultural de los pueblos indígenas, resultando para ello necesario una revisión de la tan conocida teoría general de los derechos fundamentales. Esto significa reevaluar la finalidad, contenido, estructura y límites de los derechos fundamentales, temas que despiertan apasionadas polémicas y que hoy deben adicionalmente incorporar conceptos no unívocos.

2.2 La teoría de los derechos fundamentales

La teoría de los derechos fundamentales *puede ser entendida como una concepción sistemática orientada a conocer el carácter general, su finalidad normativa y el alcance material de los derechos fundamentales*⁸².

Lo manifestado implica que al realizar la interpretación de los derechos fundamentales tengamos como referencia una determinada teoría de la Constitución y del Estado. Veremos en las próximas páginas cómo el contenido de un derecho fundamental puede variar, dependiendo de la teoría a la que se adhiera quien realiza la

manifestaciones del derecho que antaño no habían sido consideradas. Este Tribunal considera que, en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos "no enumerados", y con ello desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3º de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que en modo alguno pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita (Para este tema Cfr. Exp. N.º 00032-2010-PI/TC, Fundamento Nº 21)

⁸² Bockenford Ernst – Wolfgang: *Escritos sobre derechos fundnamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pág. 45, citado por Landa, César: "Teoría de los derechos fundamentales" en Revista: Cuestiones Nº 6, año 2002, www.revistas.unam.mx

labor interpretativa de un atributo fundamental. El clásico ejemplo es el derecho a la libertad de expresión, cuyo contenido dentro de un Estado de derecho liberal estará referido a la garantía de un ejercicio periodístico libre; en cambio, desde una visión democrática –funcional se dirá que su contenido está referido a generar opinión pública. Esta variación en la interpretación de los derechos fundamentales que luego tienen incidencia en sus contenidos, también se evidencia en la jurisprudencia. Las principales teorías de los derechos fundamentales que en la actualidad vienen siendo utilizadas son: la Teoría liberal o del Estado Burgués, la Teoría institucional, la Teoría axiológica de los derechos fundamentales y la Teoría de los derechos fundamentales del Estado Social. Todas serán brevemente desarrolladas cuando esbochemos nuestras ideas sobre la naturaleza de un derecho fundamental.

2.2.1. ¿Qué es un derecho fundamental?

Empezaremos afirmando que el desarrollo del hombre en una sociedad políticamente organizada implica la utilización de un instrumento, el Derecho; más aún, la realización personal del proyecto de vida de cada ser humano (varón o mujer) crea la necesidad de mecanismos que tutelen dicha realización; es menester en ese momento la puesta en escena de los *derechos fundamentales*.

Diremos también que, hablando de derechos fundamentales, resulta legítimo preguntarse si ¿existirá un concepto unitario de lo que son “los derechos fundamentales” en nuestra sociedad, y cómo se ha fundamentado teóricamente la vigencia de los mismos?. Estas y otras interrogantes serán contestadas a continuación.

Antes de precisar el concepto de derechos fundamentales, debemos puntualizar que lo que en el presente aporte denominamos derechos fundamentales, recogiendo la doctrina alemana, en el mundo anglosajón se denominara libertades y derechos básicos, y para los franceses serán las libertades públicas. La inclinación por la nomenclatura de derechos fundamentales es común en América Latina, como así lo demuestra la jurisprudencia y las normativas respectivas.

La terminología “derechos fundamentales” tiene imprecisiones en relación a otros conceptos, como los derechos humanos o derechos constitucionales. Dicha inexactitud nos obliga a buscar una enunciación precisa, para así enfrentar el problema de la elaboración de una teoría de los derechos fundamentales. Por ello de manera breve pasaremos a revisar algunos términos en su correcta acepción.

Empezaremos por los Derechos Humanos, término esencialmente emotivo, en palabras de Gregorio Peces-Barba, que suscita siempre sentimientos y que se usa en la acción social y política con mucha frecuencia.

Esta categoría es utilizada en el ámbito internacional, a través de documentos, como son los convenios, los pactos, los protocolos, los tratados y las convenciones; entre las más relevantes tenemos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y a los Pactos de Naciones Unidas (1966); que pese a la imprecisión que reclaman muchos a esta categoría, ésta constituye el género de todas las categorías que describiremos a continuación. Un aspecto importante es el de la naturaleza u origen de los derechos humanos, tema en el que existen numerosas posturas; entre otras están quienes, por ejemplo, consideran que los derechos humanos son derechos jurídicos cuya fundamentación es moral⁸³.

Otra expresión relevante es la de Derechos Constitucionales, que hace referencia a los atributos inherentes a la persona consagrados positivamente en una Carta Fundamental escrita; en consecuencia tiene una perspectiva nacional y no supranacional, como la de los derechos humanos.

En lo referente a la acepción Derechos Fundamentales, se gesta en Francia hacia 1770, y se utiliza para referirse a los derechos constitucionales. Es propia de la doctrina alemana, debido a que allí adquirió auge; prueba de ello es la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la cual se articula el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo orden jurídico político.

⁸³ Luis Villa Borda: *Derechos Humanos responsabilidad y multiculturalismo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 16.

Las Libertades Públicas son una expresión propia de la doctrina francesa (*libertés publiques*), siendo mencionada en singular por vez primera en el artículo 9º de la Constitución de 1793. Como bien lo explica el profesor José Palomino en sus clases en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos: “se trata de una categoría cuyo significado, a diferencia de los derechos humanos, es estrecha y limitada, y requiere para su ejercicio la intervención del Estado sobre determinados derechos”. De lo manifestado es posible inferir que el derecho a la vida o el derecho a la propiedad, o los DESC, no pueden ser libertades públicas, ya que las libertades públicas para su ejercicio requieren la intervención del Estado, siendo ejemplos clásicos de ellas la libertad de asociación, la libertad de reunión, etcétera.

Los Derechos Públicos Subjetivos tienen en Georg Jellinek a su creador, y se entiende como los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado, en cuanto persona jurídica, y los particulares, dentro de un marco rigurosamente positivo. Tiene como finalidad colocar la teoría de los derechos humanos dentro de un marco estrictamente positivo, y así evitar alguna contaminación ideológica. Jellinek advierte que los derechos públicos subjetivos tienen *status subjectionis* (pasivo), *status libertatis* (negativo), *status civitatis* (positivo) y *status activae civitatis* (activo)⁸⁴.

Luego, con el tiempo se complementarán cada uno de ellos con el *status positivus socialis* para encuadrar a los derechos sociales, y el *status activus procesualis*, a efectos de garantizar la participación activa de los interesados en los procesos de formación de los actos públicos. Bien ha escrito Alexy en su obra medular *Teoría de los derechos fundamentales* (obra editada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993) que no obstante sus numerosas oscuridades y algunas deficiencias, la teoría del status de Jellinek es el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales.

Otro término importante es el de Derechos Naturales, que son atributos previos al poder y al derecho positivo, que nacen por la razón de la naturaleza humana, y que actualmente algunos consideran que son los derechos morales.

⁸⁴ Citado en Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988 págs. 24 y 25.

Retomando la expresión Derechos Fundamentales, afirmamos al igual que Jhon Rawls, que tales derechos, dentro de una sociedad políticamente organizada: a) son condición necesaria de la legitimidad del régimen y de la decencia de su orden jurídico; b) suelen ser suficientes para excluir una injustificada intervención de otro Estado; c) son límites al pluralismo entre los pueblos⁸⁵.

Para Alexi⁸⁶, referente obligatorio en materia de teoría general de derechos fundamentales, sostiene que éstos son principios o mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con posibilidades jurídicas y fácticas.

A manera de colofón, hacemos nuestro el concepto desarrollado por el Tribunal Constitucional Peruano sobre derechos fundamentales: “(...) los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Esa centralidad implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos (...)”⁸⁷.

2.2.2. Naturaleza de los derechos fundamentales

Existe consenso a nivel doctrinario en señalar que *los derechos fundamentales de las personas poseen un doble carácter: Por un lado, son derechos subjetivos; pero, por otro lado, son también instituciones objetivas valorativas, que merece toda la salvaguarda posible*⁸⁸.

⁸⁵ Luis Villa Borda: *Derechos Humanos responsabilidad y multiculturalismo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, págs. 23-24.

⁸⁶ Robert Alexis: *Tres Escritos sobre derechos fundamentales y la Teoría de los Principios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 93-138.

⁸⁷ Tribunal Constitucional. STC N° 10087-2005-AA/TC, Fundamento N° 6. <http://www.tc.gob.pe/>.

⁸⁸ Tribunal Constitucional. STC N° 03330-2004-AA/TC, Fundamento N° 9. <http://www.tc.gob.pe/>.

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no sólo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros (efecto horizontal de los derechos fundamentales), sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales⁸⁹.

El aspecto objetivo de los derechos fundamentales radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional. Lo descrito en los párrafos precedentes, tal como lo confirman las citas, ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 03330-2004-PA/TC.

Como hemos indicado anteriormente son varias las teorías de los derechos fundamentales que pretenden dilucidar su naturaleza; a continuación señalaremos sucintamente las más relevantes⁹⁰:

“(…) **La Teoría Liberal**, para esta los derechos fundamentales son atributos de libertad del individuo frente al Estado. Son consagrados para asegurar aspectos de la vida del ser humano importantes que, tal como lo ha demostrado el *iter* histórico, se encuentran expuestos a la fuerza estatal. Considera esta teoría que los derechos fundamentales tienen su punto de partida en el principio de distribución.

Entre las principales repercusiones de la teoría en comentario se tiene que: a) la libertad tiene un carácter delimitador; b) la libertad es previa a la posibilidad de

⁸⁹ Tribunal Constitucional. STC N° 03330-2004-AA/TC, Fundamento N° 9. <http://www.tc.gob.pe/>.

⁹⁰ La exposición sobre el contenido de las teorías de los derechos fundamentales (liberal, institucional, axiológica, etc.) tiene sustento en el texto de Bockenford Ernst – Wolfgang: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pág. 47-66, citado en los Materiales de Enseñanza de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP, año 2007-2008.

limitación por parte del legislador; c) las instituciones jurídicas presentes en el ámbito del derecho fundamental son cuestiones accesorias que complementan y d) el Estado no está obligado en la realización de la libertad del derecho fundamental.

La Teoría institucional⁹¹ refiere que los derechos fundamentales tienen un carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos. Se despliegan y se realizan en regulaciones normativas de tipo institucional que están guiadas por la idea ordenadora del derecho fundamental, que como tales acuñan las circunstancias vitales a las que se aplican, asumiéndolas y confiriéndoles relevancia normativa.

La Teoría axiológica⁹² sostiene que los derechos fundamentales tienen el carácter de normas objetivas, no de pretensiones subjetivas, y que, reciben su contenido objetivo como emanación del fundamento axiológico de la comunidad estatal y como expresión de una decisión axiológica que esta comunidad adopta para sí misma.

La Teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales⁹³, considerará a los atributos fundamentales desde su función pública y política, encontrándose por tanto en posición preferente los derechos “democráticos”, como son la prerrogativa de libertad de opinión, libertad de prensa y libertad de reunión, etc. Así, para esta posición doctrinaria los derechos fundamentales son factores constitutivos, en palabras de Ernst-Wolfgang, de un libre proceso de producción democrático del Estado.

La Teoría de los derechos fundamentales del Estado Social⁹⁴, pretende superar la división de libertad jurídica y libertad real, y considera que los derechos fundamentales ya no tienen sólo un carácter delimitador-negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado. Como contenido de la garantía no se presenta solo la libertad jurídicamente abstracta, sino la real. Para esta

91 Ídem.
92 Ídem.
93 Ídem.
94 Ídem.

postura es vital la obligación estatal de ser garante para la implantación de la libertad en la realidad constitucional (...).”

2.2.3. Estructura de los derechos fundamentales

Entendiendo que los derechos fundamentales son atributos inherentes a las personas, en un sentido amplísimo del vocablo, debidamente positivizados, aceptamos que estas prerrogativas son disposiciones constitucionales. En todas las Constituciones escritas encontraremos diferentes clases de disposiciones constitucionales, empero son relevantes para el objeto del presente trabajo las disposiciones constitucionales⁹⁵ en atención a su eficacia, siendo estas divididas en *normas regla* y *normas principio*. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización⁹⁶, que no son otras que los derechos fundamentales.

En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido *constitucional directamente protegido*⁹⁷, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental, verbigracia el artículo 27° de la Constitución Peruana en lo referente al derecho a la estabilidad laboral (*Cfr. Sentencia recaída en el Exp. 0976-2001-AA/TC, fundamento 11 y ss.*) o sea por razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales” (*Cfr. Sentencia recaída en el Exp N° 01417-20045-PA/TC, fundamento 11*).

⁹⁵ Resulta oportuno recordar la diferencia entre disposición constitucional y norma, para ello nos remitimos a la jurisprudencia constitucional peruana. *Cfr.* Tribunal Constitucional. STC N° 00025-2005-AI/TC, Fundamento N° 9: “(...) Para la explicación de este supuesto resulta de relevancia la distinción entre disposición y norma. La disposición constitucional en cuanto enunciado lingüístico y la norma en cuanto significado de dicho enunciado. Desde esta perspectiva, una disposición constitucional puede contener más de una norma, más de un significado”. <http://www.tc.gob.pe/>

⁹⁶ Sobre el tema puede *Cfr.* La sentencia recaída en el Exp. N° 01417-2005-AA. Fundamento N° 11.

⁹⁷ Veremos en las próximas páginas si resulta lo mismo hablar de contenido constitucional directamente protegido de un derecho fundamental y contenido esencial de un derecho fundamental

2.2.3.1. Las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental

Si un derecho fundamental es una disposición constitucional (norma principio) coincidimos con Bernal Pulido, quien siguiendo la doctrina de Robert Alexy, expone que, “*todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental*”⁹⁸.

Estando a ello, es posible distinguir entre las **disposiciones** de derecho fundamental, las **normas** de derecho fundamental y las **posiciones** de derecho fundamental, como bien lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Peruano.

“(…) *Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona.*

Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones.

Las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad”⁹⁹.

Es importante reiterar que las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo.

⁹⁸ Pulido Bernal, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 76. Tribunal Constitucional.

Cfr. también; Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁹⁹ STC N° 01417-2005-AA/TC, Fundamento N° 23-27. <http://www.tc.gob.pe/>

Por lo expuesto, corresponde afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos¹⁰⁰.

Estos atributos que, como se ha dicho, vinculan a todas las personas y que, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales de la libertad (sea el amparo, el hábeas corpus o el hábeas data)¹⁰¹.

2.2.4. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

Con la emisión de Códigos Procesales en materia constitucional es frecuente encontrar causales de improcedencia referidas al contenido constitucionalmente tutelado de un derecho fundamental, verbigracia en el caso peruano, el artículo 5° inciso 1) de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional Peruano, que dispone: *No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado¹⁰².*

Como bien lo refiere el profesor Castillo Córdova¹⁰³ generalmente cuando se habla de contenido constitucional de un derecho fundamental se suele utilizar el término *contenido esencial* del derecho fundamental, toda vez que no creemos en que exista un contenido constitucional no esencial, esto es que no sea tutelable vía proceso constitucional.

¹⁰⁰ Ídem. Fundamento N° 25.

¹⁰¹ Ídem. Fundamento N° 26.

¹⁰² Congreso de la Republica del Perú: Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional publicado el 1 de junio de 2004 vigente desde el 1 de diciembre de 2004

¹⁰³ Castillo Córdova, Luis: "Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales". En: Actualidad Jurídica, N° 139, Lima, 2005, pág. 144.

La garantía del *contenido esencial* de un derecho fundamental, al igual que la noción de derecho fundamental, nace en la experiencia y jurisprudencia alemana, toda vez que los germanos buscaron, luego de lo aprendido con la última guerra mundial en Europa, algunas técnicas jurídicas constitucionales que garanticen la resistencia del texto constitucional ante la disponibilidad del legislador competente. La importancia de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental radica en su finalidad, que no es otra que constituir una valla infranqueable a la actividad legislativa de regulación o limitación de los derechos fundamentales¹⁰⁴. La naturaleza de esta garantía tiene en la doctrina especializada dos posiciones, o hasta tres: la teoría absoluta, la relativa y la mixta.

A manera de colofón diremos que esta categoría, creada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemana, se encuentra íntimamente relacionada con las distintas teorías de los derechos fundamentales, en el caso peruano el máximo Tribunal en diversas pronunciamientos ha realizado referencias a éstas. Sin embargo, reconociendo que no alcanza a nuestra pretensión realizar un estudio exhaustivo de las teorías más connotadas sobre la garantía del contenido esencial de un derecho fundamental hacemos nuestras las palabras del profesor José Palomino Manchego¹⁰⁵ al describir cada una de ellas (Teoría absoluta, relativa y mixta).

A. La Teoría absoluta

Es una posición que no cede ante nada, de ahí el nombre. Los partidarios de esta teoría, en términos de *Pujalte*, acogen una interpretación material de la noción contenido esencial, frente a las teorías relativas, toda vez que estiman que los atributos fundamentales cuentan con una determinada esfera permanente¹⁰⁶. Así, revisando lo señalado por el precitado autor español, diremos que el contenido de los derechos fundamentales se explyea a través de un determinado ámbito, en el centro del cual se ubica su núcleo. Divide en realidad en dos subconjuntos al derecho: ***el núcleo***, o *lo indisponible por el legislador*, y ***la parte accidental***, *el contorno, la periferia, que puede*

¹⁰⁴ Cianciardo Juan: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Navarra: Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, pág. 252.

¹⁰⁵ Palomino Manchego, José: Aspectos Generales de los derechos humanos: Límites y Contenido Esencial”, como parte de los materiales de enseñanza del citado docente en la UNMSM.

¹⁰⁶ Martínez-Pujalte Antonio: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 22.

ser modificado, restringido o incluso suprimido por las decisiones políticas. Tanto el núcleo como la periferia forman parte del contenido del derecho, que se entiende como una substancia.

El Núcleo es irreductible, duro, indisponible por el legislador; si se suprimiese, se intervendría con tanta intensidad en el ámbito del derecho fundamental, que éste quedaría totalmente vacío. El núcleo es aquel mínimo que siempre debe permanecer en el derecho, antes y después, y siempre por encima de las intervenciones legislativas, sería el contenido esencial¹⁰⁷.

La Parte accesoria, o contenido normal, accidental o contingente del derecho, es donde el legislador puede ejercer su competencia para configurar la Constitución. A diferencia del contenido esencial, la periferia puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social¹⁰⁸, lo que significa que la intervención en esta parte del derecho no puede ser injustificada y debe siempre realizarse una justificación.

A decir de Prieto Sanchis¹⁰⁹, la cláusula del contenido esencial debe interpretarse conforme a esta visión como un límite insuperable que se eleva una vez que la disposición limitadora se acredita como legítima. De manera gráfica¹¹⁰ diremos también que para esta postura un derecho fundamental estaría integrado por dos círculos concéntricos, compuestos por diversas facultades y posiciones jurídicas que

¹⁰⁷ Pulido Bernal, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 403-419 Tribunal Constitucional.

¹⁰⁸ Ídem. Págs. 403-419.

¹⁰⁹ Cianciardo Juan,: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Navarra: Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, pág. 258. (...) Lo que pretende la garantía del contenido esencial es reforzar la garantía de los derechos fundamentales, haciendo más rigurosa la vinculación del legislador a la Constitución

¹¹⁰ Ver. Gráfico propuesto por el Tribunal Constitucional del Perú, en el Exp. N° 00050-2004-AI.

*ganan intensidad, en peculiaridad, en relevancia para la identificación del propio derecho, a medida que se acercan al centro*¹¹¹.

Sintetizando, la teoría absoluta establece que el derecho fundamental está compuesto de dos partes: un núcleo y la parte accesorio; el núcleo del derecho es un ámbito sagrado, indisponible por el legislador, en cambio, los derechos subjetivos que habitan la parte accesorio o periferia toleran cualquier clase de intervenciones debidamente justificadas, esto significa que no están disponibles ante cualquier intervención legislativa.

La postura absoluta, de acuerdo con sus detractores, relativiza la garantía del contenido esencial al aceptar la intervención del legislador a la parte accesorio dejando supuestamente a salvo el núcleo del derecho, cuya determinación no es tarea sencilla. Otra observación es que obliga a la división del derecho fundamental, partición que en numerosos casos resulta artificial.

B. La Teoría relativa

Para esta postura la garantía del contenido esencial es un límite en sentido débil, tal como lo afirma Cianciardo, ya que depende de un factor externo. *El contenido esencial equivale a la justificación de la restricción*, esto es que el derecho fundamental puede ser afectado en su contenido, empero, dicho acto debe estar suficientemente justificado, se afirma entonces que aquí estamos ante una tesis de la identidad (o implicación) entre el principio de proporcionalidad y el contenido esencial. Esta teoría parte de la “constatación de que la restricción de los derechos fundamentales exige una justificación, la cual puede encontrar apoyo explícito en la norma constitucional, o bien puede derivarse implícitamente de ésta.

“el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija,... no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental” (GAVARA DE CARA).

¹¹¹ Cianciardo Juan: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit. pág. pág. 258.

La garantía del contenido esencial es una garantía de que toda limitación estará justificada”. Lo que es desproporcionado y sólo lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial. Para esta teoría, el contenido esencial es aquello que queda después de aplicar el principio de proporcionalidad. Así, para los defensores de esta posición no existe elemento permanente identificable como contenido esencial de un determinado derecho, es decir no hay un contenido fijo, estable, inmutable¹¹².

C. La Teoría mixta

La teoría mixta es una *teoría ecléctica*, que reduce dos contrarios en conflicto: la teoría absoluta y la teoría relativa. De la teoría absoluta adopta el credo del contenido esencial como ámbito intangible del derecho, que no tolera ninguna restricción legislativa. De la teoría relativa, por su parte, toma la aplicación del principio de proporcionalidad para juzgar las restricciones en la periferia del derecho¹¹³.

Los derechos fundamentales son vistos con el mismo esquema de la teoría absoluta, es decir, como cuerpos que ocupan un lugar en el espacio, cuya sustancia se subdivide en un núcleo esencial y en una periferia.

*El contenido no esencial no queda absolutamente disponible para el legislador: cualquier intervención legislativa en ese ámbito debe superar el **test de proporcionalidad**. La zona periférica de todo derecho no queda, en consecuencia, a disposición del legislador. Sus intervenciones deben ser en todo caso proporcionales, es decir, deben estar justificadas por razones relevantes, y deben poder superar los tres juicios del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹¹⁴.*

¹¹² Martínez Pujalte, Antonio: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Trujillo: Tabla XIII editores, 2005, pág. 37-40.

¹¹³ Ídem, pág 420

¹¹⁴ Íbidem.

La zona periférica se distingue de la **nuclear**, en donde las intervenciones del legislador nunca son admisibles, independientemente si están o no justificadas, de si son o no proporcionadas¹¹⁵.

2.2.1. Mecanismos para establecer el contenido de un derecho fundamental

Entre derechos fundamentales se pueden presentar conflictos, como así lo confirma la casuística, y ante ello el mecanismo menos injusto (método de resolución) para resolverlos y establecer el contenido esencial de un derecho fundamental, es el Test de Proporcionalidad.

Antes de profundizar en el *Test de Proporcionalidad* en sí, debemos tener clara la separación teórica entre reglas y principios, como tipos de normas jurídicas. Como consecuencia de la constatación de la lesiones a los derechos fundamentales cometidas antes de la Segunda Guerra Mundial, algunos académicos se impusieron revisar las bases teóricas del modelo positivista del Derecho, vigente en esos años, cuestionando de dicha postura académica que en el ordenamiento jurídico únicamente encontramos **normas reglas**, desprovistas de cualquier tipo de referencia o vinculación necesaria de carácter moral, esto es, de **principios**. Esta es una de las ideas más importantes de la teoría del derecho contemporánea.

Así, desde su inicio, la teoría del derecho y de la ciencia jurídica en general, ha sido testiga del desarrollo sostenido y simultáneo de dos tendencias:

- a) La crítica al positivismo jurídico y
- b) El reconocimiento de los principios, como un componente esencial del Derecho, y que precisamente expresarían su dimensión moral.

Ambas tendencias se encuentran íntimamente ligadas entre sí, pues el auge que han alcanzado los principios jurídicos se debe en gran medida a su eficacia como argumentos en contra del positivismo, mientras que las críticas que se dirigen a éste último apelan a la existencia de un nuevo derecho, integrado precisamente por principios.

¹¹⁵ Íbidem.

Cabe señalar que el concepto de “**principio**” que se maneja en el discurso de las diversas teorías de la separación, **no coincide con el concepto de “principio general del Derecho”**, entendido como una proposición axiológica o técnica, aplicable en defecto de la ley o la costumbre jurídicas. Los “**principios**” de los que aquí se tratará, pueden y con frecuencia se encuentran positivizados en las normas de mayor jerarquía y, en consecuencia, su aplicación no resulta subsidiaria¹¹⁶.

Teniendo claro que en los ordenamientos jurídicos encontraremos normas regla y normas principios (derechos fundamentales), resta señalar que entre normas regla se producen colisiones, las mismas que el derecho está habituado a resolver *[recordemos que las colisiones aludidas son denominadas por la doctrina especializada como antinomias. A fin de precisar diremos que una antinomia es una contradicción entre normas, esto significa que en el ordenamiento jurídico habrá una antinomia, cada vez que un caso concreto tendrá dos diversas y antagónicas soluciones con base en normas existente en el ordenamiento. De lo manifestado se desprende que para afirmar que estamos ante una antinomia requerimos que dos normas pertenezcan al mismo ordenamiento jurídico; que dichas normas regulen el mismo supuesto de hecho y, finalmente que determinen consecuencias jurídicas diferentes e incompatibles.*

Ahora bien las antinomias entre normas reglas son resueltas a través de la invalidación de una de ellas, en aplicación de diversos criterios de validez, estando entre ellos: criterio de jerarquía, cronológico, especialidad y competencia, por citar algunas. Para profundizar sobre el tema, podemos recurrir a la jurisprudencia constitucional peruana, véase la STC. N° 0047-2004-AI, de fecha 24 de abril de 2006 (Fundamento N° 52)]. Sin embargo, tema aún nuevo para los operadores del derecho son las antinomias entre derechos o normas principios¹¹⁷.

¹¹⁶ Rodríguez de Santiago, José María: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000, pág. 39.

¹¹⁷ Es relativamente nuevo toda vez que los criterios enumerados en el numeral anterior no ayudan a la solución de estas antinomias, así por ejemplo la aplicación del criterio de jerarquía o de especialidad no basta para responder a los clásicos conflictos de derechos: El primero de ello, se da cuando un individuo difunde información sobre la vida privada de otro, utilizando para ello un medio de comunicación social (libertad de información vs derecho a la intimidad), otro ejemplo lo tenemos cuando una fábrica inicia actividades de exploración en una zona declarada ecológica (libertad de empresa vs derecho a un medio ambiente equilibrado para el desarrollo a la vida), en materia penal también advertimos estos aparentes conflictos. Así dentro de

Las colisiones entre normas principio, específicamente entre derechos fundamentales, encuentran su explicación en que los atributos esenciales no tienen carácter absoluto, ni constituyen elementos aislados en el ordenamiento jurídico, totalmente desvinculados de los demás derechos y de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como el de seguridad ciudadana, por citar alguno. Lo expresado explica también la frecuencia de las antinomias entre normas principios. Vista la existencia de las antinomias corresponde explicar nuestra posición en relación a la manera en que se resuelven éstas.

En la doctrina encontraremos muchas pautas metodológicas para resolver las antinomias entre normas principios, siendo el *test de proporcionalidad* el método menos injusto a fin de solucionar los casos difíciles entre derechos fundamentales. Nuestra preferencia por el *test de proporcionalidad*¹¹⁸ responde a que el precitado mecanismo contribuye a determinar los contenidos de los derechos fundamentales, ya que estos pocas veces vienen previamente delimitados desde la propia Constitución. Así los contenidos esenciales y los periféricos se van delimitando, en la influencia recíproca entre derechos o bienes constitucionales tutelados.

2.3. Los derechos fundamentales individuales y colectivos de los pueblos indígenas

Una de las características del mundo actual es el dominio de la ideología del individualismo¹¹⁹, la cual explica por qué hablar de derechos colectivos para muchos

un proceso, el juez expide una orden de arresto domiciliario a una de las partes, por existir un peligro de fuga (derecho de tránsito vs derecho a un debido proceso).

¹¹⁸ El test de proporcionalidad en su estructura, encontramos tres elementos, los cuales a la vez funcionan como pautas escalonadas: sub principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. En el *sub principio idoneidad* se analizará si el acto reclamado persigue un fin constitucionalmente legítimo y solo en caso que así se considere, se examina si la medida constituye un medio adecuado para el logro de esa finalidad; el *sub principio de necesidad* implica considerar si el acto reclamado es el más adecuado para el objetivo perseguido o si este puede ser reemplazado por otro, finalmente el *sub principio de proporcionalidad* en estricto sentido conlleva el análisis de los pro y contra de la intervención en un derecho fundamental (véase resolución recaída en el Exp. N° 0007-2006-PI, N° 045-2004-PI).

¹¹⁹ El individualismo metodológico rechaza toda explicación del mundo y de la vida que no se exprese totalmente en términos de hechos producidos por individuos. En el principio de este individualismo estaba Hobbes y al final pensadores como Karl Popper, *Cfr.* ¿Hay derechos

resulte inoficioso, toda vez que consideran que, garantizando todas las prerrogativas esenciales al individuo, resulta suficiente para su desarrollo. Es curioso como el mundo actual vive la más grande paradoja contemporánea, pues este mundo eminentemente individualista ha generado el más grande proceso de socialización, formando así entes supraindividuales, supraestatales, a tal punto, que este mundo individualista ha creado el sujeto colectivo por excelencia, **el Estado**.

El individualismo reconocerá sólo a los individuos como titulares de derechos y si bien tendrá como validez las ficciones jurídicas o políticas, jamás admitirá que éstas sean antepuestas al individuo, así no reconocerá derechos o prerrogativas en beneficio de los animales o derechos reclamados por grupos sociales.

El ejercicio de los derechos fundamentales individuales en muchas ocasiones puede destruir los grupos o comunidades, sean campesinas o amazónicas. Es preferible que los grupos desaparezcan como consecuencia del ejercicio de los derechos fundamentales de sus miembros; ejemplo de ello es la tensión que en ciertos ocasiones se presenta entre el *derecho de las mujeres indígenas a ser elegida vs el derecho de la comunidad a mantener su estructura organizativa (que sólo acepta que varones ostenten cargos representativos)*; en determinadas comunidades las mujeres no están legitimadas para elegir a un representante o ser elegidas como representantes de sus comunidades, situación que lesiona el principio de igualdad.

El individualismo en la actualidad debe hacer frente al multiculturalismo, esto es al reclamo de las minorías para que sea reconocida su identidad y para la acomodación de sus diferencias culturales, religiosas, lingüísticas, etc. Dicho reclamo puede ser atendido a través de ciudadanías diferenciadas, en que se admita que determinados individuos, debido a su pertenencia a un grupo social, racial, étnica específica ostentan particulares atributos. Creemos que la propuesta citada no garantiza la vigencia plena de los atributos esenciales, sean estos individuales o colectivos. Otro mecanismo es el establecer un diálogo intercultural que replantee el contenido de específicos derechos

colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos. España: Editorial Ariel, 2000, pág. 15.

individuales y el reconocimiento de los derechos colectivos estrictamente necesarios para la subsistencia de los grupos.

Lo problemático del reclamo de las comunidades nativas es que la naturaleza de la mayoría de los derechos cuyo cumplimiento exigen, como son el derecho a la autodeterminación, a administrar justicia propia dentro de su territorio, a la consulta previa, son atributos colectivos. Los derechos colectivos son atributos que corresponden a un titular que no es el individuo o una persona natural, sino una entidad compuesta de individuos e intereses individuales, pero con personalidad propia, distinta y diferenciada de los sujetos que la integran¹²⁰. De lo expresado se desprende que los individuos no son los únicos titulares de derechos, ya que tenemos sujetos colectivos que nacen como consecuencia de la necesidad de los individuos de la cooperación interindividual, como la familia, la etnia, la colectividad local o regional, los partidos políticos, los sindicatos, etc.

Los sujetos colectivos, como bien señala López Calera, son aquellos grupos de individuo donde los fines y los intereses en juego son ya algo más que los de cada individuo y donde una voluntad individual no vale por sí sola. Los sujetos colectivos tienen una razón y una voluntad formada por el diálogo de las razones individuales y de las decisiones de unas voluntades individuales.

Sin pretender ahondar en los fundamentos de los derechos colectivos, creemos importante destacar que no existirían derechos colectivos sino existiesen individuos, esto significa que al principio está el individuo y al final también está el individuo, toda vez que los derechos colectivos buscan satisfacer también las particulares necesidades de un grupo de individuos.

Will Kymlicka refiere que del *multiculturalismo se derivan tres formas de derechos colectivos: derechos de autogobierno, derechos poliétnicos y derechos especiales de representación*¹²¹. En el caso específico de las comunidades nativas

¹²⁰ López Calera Nicolás: *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, España: Editorial Ariel, 2000, pág. 50.

¹²¹ Kymlicka Will, *Ciudadanía Multicultural*, op. cit, pág. 46-55.

(pueblos indígenas), en el primer grupo encontramos al derecho a la libre autodeterminación, en el segundo estará el derecho a la consulta previa y a administrar su justicia comunitaria dentro de su territorio. Finalmente en el último grupo podríamos ubicar el derecho a la cuota indígena en las instituciones públicas vitales para la cosa pública.

Queda evidenciado así que existe un corpus de derechos inherentes a los pueblos indígenas, el cual está compuesto esencialmente por los derechos a la libre determinación del desarrollo, a la participación, a la consulta previa, los derechos lingüísticos, el derecho a la autonomía comunitaria pudiendo ser regional, departamental, distrital etc., el derecho al ejercicio de la justicia comunitaria dentro del territorio indígena¹²², a una educación intercultural bilingüe, a la salud respetando sus valores culturales entre otros. Dicho corpus de derechos, como bien lo afirma la profesora Raquel Yrigoyen¹²³ ha quedado establecido, y tiene fuerza vinculante, a partir de la ratificación del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes en 1989 y la Constitución de 1993. El citado corpus de derechos se ha enriquecido y desarrollado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

De entre estos derechos, resulta de particular interés el derecho a la identidad cultural, cuya titularidad en principio es individual, pero su ejercicio solo puede darse dentro de un colectivo. La precitada prerrogativa es el sustento de la educación intercultural bilingüe, objeto del presente trabajo.

2.4. Aproximación al derecho constitucional a la identidad cultural

Como ya hemos referido desde el primer capítulo, el tema del presente trabajo en numerosas ocasiones nos obliga a recurrir a conceptos propios de las ciencias sociales, como son identidad, cultura y etnia. Ello porque una correcta comprensión del

¹²² Indígena, comunal andino o comunal amazónico.

¹²³ Yrigoyen Fajardo, Fajardo. en alegatos orales ante el Tribunal Constitucional en el caso Tres Islas, STC. N° 01126-2011-HC/TC

derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB) exige un diálogo constante entre disciplinas sociales, y en este caso el derecho requiere recurrir a la sociología, pedagogía y antropología a fin de establecer una regulación adecuada para un tema que por naturaleza es multifactorial.

Conceptos como cultura, identidad y etnia no son fáciles de trasladar en términos legales, porque los abogados nos vemos compelidos a adoptar conceptos que se caracterizan por su univocidad, debido a que las normas regla (típico ejemplo tenemos, la norma penal), como las normas principio (derechos fundamentales) requieren de definiciones de un sólo sentido, ya que serán en la mayoría de los casos producto del consenso.

Uno de los conceptos jurídicos que evidencia lo fructífero del diálogo obligatorio entre ciencias sociales, es el derecho a la identidad étnica y cultural, consagrado en el artículo 2º inciso 19) de la Constitución Peruana. El precitado atributo en términos de nuestro Tribunal Constitucional es *“el derecho de las personas a tener su propia vida, y cultura, con todas sus manifestaciones, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a cultivarlos procurando la coexistencia de diversas culturas y el desarrollo de los pueblos en forma pacífica”*¹²⁴ (subrayado nuestro). Como se puede observar, el derecho a la identidad cultural encierra conceptos como cultura, con todas sus manifestaciones, desarrollo de los pueblos, etc; por ello es indispensable conocer dichas nociones.

El derecho a la identidad étnica y cultural encuentra en la escuela un espacio en el que debería manifestarse su respeto irrestricto. El servicio educativo estatal, en un país multicultural como el Perú, de singular manera debe garantizar el respeto a dicha prerrogativa.

¹²⁴ Tribunal Constitucional. STC N° 0872-1999-AA, FUNDAMENTO N° 4. <http://www.tc.gob.pe/>

La educación, entendida como la instrucción por medio de la acción docente¹²⁵, coloca “al aula”, como un escenario en el cual se probará la equidad en el acceso al conocimiento¹²⁶. Es justamente esta supuesta equidad la que genera apasionantes polémicas, ya que en muchas ocasiones la realidad nos advierte que no hay lugar más hostil y vejatorio de la identidad cultural de una persona (niño, adolescente, joven) que un “aula escolar o universitaria”. Esta injusta situación es compartida por los miembros de pueblos indígenas, inmigrantes, minorías religiosas; sin embargo, particular atención merecen los miembros de los pueblos indígenas (comunidades nativas, campesinas), toda vez que ellos conforman irónicamente mayorías numéricas, pero son quienes también mayoritariamente no acceden al servicio educativo brindado por el Estado, generando desesperanza e impotencia.

Algunos creerán que es exagerado señalar que la escuela (aula) es en muchos lugares del mundo, un ente ajeno a la realidad que la rodea. A ellos debemos contestar que sólo nos remitimos a describir una situación real. En el Perú, que es un país multicultural, observamos que en el sistema educativo se ha instalado una escuela eminentemente *urbana*, sin valorar las particularidades y, por tanto, las exigencias específicas de los educandos no urbanos, sean estos costeños, andinos, amazónicos, etcétera.

Sin embargo, recordando el propósito de este aporte académico, además de describir esta situación y las razones por las cuales tenemos a un número elevado de niños y jóvenes padeciendo una escuela que no satisface sus necesidades, creemos que estamos obligados a indicar algunas propuestas de solución. Así pues, estimamos que la normativa que se adopte no debe ser copia de fórmulas mágicas extranjeras, sino producto de un conocimiento exhaustivo de nuestra realidad. En esta tarea estamos seguros que la Educación Intercultural Bilingüe (EIB) tiene un rol fundamental, ya que el servicio educativo que respete la identidad cultural de cada uno de los peruanos será la adecuada para alcanzar el anhelado desarrollo, que ciertamente puede tener diversos

¹²⁵ Real academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición.

¹²⁶ Abanto Cabanillas, Alicia: “Educación Intercultural Bilingüe en el Perú: Supervisión de la Defensoría del Pueblo”, en *Tarea N° 76 Revista de educación y Cultura*, Lima: Febrero 2011, pág. 17.

matices, pero que es el anhelo de todos. Por lo expuesto afirmamos que para una correcta concepción de la EIB es obligatorio conocer los contenidos de conceptos como identidad, etnia y cultura.

A. Identidad

El Diccionario de la Real Academia Española refiere que identidad es el “(...) conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”¹²⁷. El vocablo identidad es multívoco, toda vez que su significado variará dependiendo sobre que se esté hablando. Por lo expresado coincidimos con Luis Villoro, cuando afirma que: “(...) identificar algo en un sentido general, puede significar: 1) señalar las notas que lo distinguen de todos los demás objetos y 2) determinar las notas que permiten aseverar que es el mismo objeto en distintos momentos del tiempo”¹²⁸.

Así, identificar es sinónimo de singularizar. Identificar nos permite diferenciar una cosa en el tiempo y en el espacio. Entonces, retomando a Luis Villoro, podemos afirmar que “(...) la identidad de un objeto está constituida por las notas que lo singularizan frente a los demás y permanecen en él mientras sea el mismo objeto”¹²⁹. De lo manifestado podemos inferir que la identidad tiene elementos, siendo alguno de estos: el componente étnico, el cultural, etc. Estas partes integrantes de identidad, en diversas ocasiones sirvieron de fundamento para lo que se conoce como identidad nacional, concepto basado en el sentimiento de pertenencia a una colectividad histórica cultural específica.

Una valiosa comprensión de identidad la otorga la Defensoría del Pueblo Peruana¹³⁰, al expresar que la identidad podría ser entendida como el sentido de

¹²⁷ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición.

¹²⁸ Villoro, Luis: *Estado plural, pluralidad de culturas*. Reimpresión. México: Editorial Paidós, 2002, pág. 63.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Defensoría del Pueblo: *Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes*, Lima: Defensoría del Pueblo, 2004, pág. 18.

pertenencia a un determinado pueblo, a una determinada cultura, identidad que puede radicar en la forma de vida, en el pensamiento, en la lengua, etc.

Regresando a la noción de identidad nacional, es menester indicar que actualmente su construcción resulta difícil, ya que existen grupos étnicos que reclaman un reconocimiento a sus específicas identidades étnicas, oponiéndose a la homogenización cultural- nacional, propuesta por la tan conocida globalización; al respecto, es curioso lo que advierte Juan Carlos Callirgos sobre la globalización, cuando refiere que: “(...) la llamada globalización ha tenido como uno de sus irónicos resultados la emergencia de la preocupación por la construcción de identidades personales y sociales, la diversidad cultural y la representación”¹³¹.

Al ser el presente trabajo de naturaleza jurídica constitucional, es forzoso comentar la identidad en términos jurídicos, esto es el derecho a la identidad. Dentro de dicho contexto es pertinente recordar que el Tribunal Constitucional Peruano se ha referido a la identidad como atributo personalísimo reconocido en el artículo 2º inciso 1) de nuestra Ley Base vigente (véase la STC N° 0444-2005-HC/TC)¹³². El máximo Tribunal ha señalado también que el derecho a la identidad consagrado en nuestro texto constitucional comprende un doble carácter de rasgos, por un lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia características corporales, etc.) y por el otro es de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.) –subrayado nuestro¹³³.

Consideramos que el carácter objetivo del derecho a la identidad no ocasiona mayores debates académicos, toda vez que está referido a la concretización a través de algún documento, en el caso peruano es el Documentos Nacional de Identidad (DNI), el

¹³¹ Callirgos, Juan Carlos: *Percepciones y Discursos sobre Etnicidad y Racismo: Aporte para la Educación Intercultural Bilingüe*. Lima: Ediciones CARE. 2006, pág. 7.

¹³² “(...) ello por cuanto el artículo 2º inciso 1) de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos–, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica” STC N° 0444-2005-HC/TC. Fundamento N° 4. <http://www.tc.gob.pe/>

¹³³ Tribunal Constitucional. STC N° 2273-2006-HC/TC, Caso Karen Mañuca, Fundamento N° 21 -23. <http://www.tc.gob.pe/>

que permita individualizar a las personas, sean éstas mayores o menores de edad, indicando datos tan elementales como el nombre, fecha y lugar de nacimiento, las características físicas, etc.

Situación diferente tendremos con el rasgo subjetivo del derecho a la identidad, toda vez que este aspecto se encuentra vinculado a referentes más complejos, que en su mayoría contienen una fuerte carga axiológica, como son la ideología, la identidad cultural, la religión, los valores, etc. Así, debido al objeto del presente trabajo, particular atención otorgaremos a la **identidad cultural**, ya que sobre ella se edificará el derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB), al que todos los peruanos en principio deberíamos acceder, tal como se fundamenta páginas adelante.

La identidad cultural es el basamento de la educación intercultural bilingüe, empero existen otras prerrogativas como el derecho a la lengua y el derecho a la educación (servicio educativo) que también aportan elementos para su constitucionalización, y si bien la identidad cultural posee un fuerte componente valorativo, ello no es óbice para que no pueda ser identificado su contenido, y así no se pretenda evadir su exigibilidad. De lo manifestado, inferimos que para una adecuada comprensión de la prerrogativa a la identidad cultural en general y de su manifestación constitucional, la educación intercultural bilingüe, es necesario repasar el concepto de cultura.

B. Cultura

El vocablo cultura tiene diversos significados, incluso es de naturaleza indeterminada para algunos. Ello tal vez se deba al interés filosófico que suscita este término. Por ello estamos seguros que una correcta manera de acercarnos a este concepto es revisando lo que dicen las fuentes gramaticales; así, en el Diccionario de la Lengua Española se lee que cultura es el “(...) *Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico. 3. f. Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época,*

grupo social, etc”¹³⁴. La precitada definición no ayuda mucho al objetivo de nuestro trabajo, ya que resulta ser muy general; y es que nos preguntamos, ¿qué podríamos incluir en modos de vida?, acaso los estilos de vestirse en determinada época, y ¿qué son las costumbres?, etc.

La dificultad descrita no resulta ajena a las ciencias sociales, toda vez que en ellas se pueden advertir diversos conceptos de cultura; por ello y *por la naturaleza de la problemática que enfrentamos*¹³⁵ hemos adoptado una definición antropológica, que nos resultará de manera singular muy útil. Así, para nosotros el más completo concepto antropológico de cultura, será el brindado por Taylor, quien sostiene que cultura: “(...) *es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de una sociedad*”¹³⁶.

Otro concepto de cultura relevante a nuestros intereses, será el brindado por Guillermo de la Peña, para quien “cultura” es el cúmulo de conocimientos, técnicas creencias y valores expresados en símbolos y prácticas, que caracteriza a cualquier grupo humano y que suele transmitirse de generación en generación¹³⁷.

Debido a lo indispensable del término cultura, cuando abordamos temas como diversidad cultural, identidad cultural, por citar algunos ejemplos, es que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en la reunión celebrada en la ciudad de México de 1981, han manifestado que “(...) *en su sentido más amplio, la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los cargos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y*

¹³⁴ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición.

¹³⁵ Olivé, León en *Multiculturalismo y Pluralismo*. México: Ediciones Paidós, 1999, pág. 40, señala que *no tenemos razones para pensar que hay o que deba haber un único concepto de "cultura" que sea el correcto.*

“Hay muchos significados del concepto y la elección del más adecuado debe ir en función de los problemas que queremos comprender”.

¹³⁶ *Ibídem.*

¹³⁷ *Ídem*, pág. 41.

letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”¹³⁸.

Podemos colegir entonces que la cultura es indispensable para un desenvolvimiento individual que implique el ejercicio pleno de ciertos derechos fundamentales (lengua, opción sexual, uso de la propia lengua dentro de un proceso penal, la no discriminación, entre otros). Sin embargo la cultura no es sólo necesaria para el desarrollo individual, sino también para el colectivo, por ello en la actualidad es considerada uno de los pilares del desarrollo humano (ciertamente desarrollo en gran medida occidental).

Así también creemos que la cultura se encuentra íntimamente vinculada a la sociedad, pero ¿qué clase de relación existe entre estos macro conceptos? Creemos que la sociedad con su funcionamiento concreto genera cultura, la cual al ser acumulativa, posteriormente logra separarse de ésta, incluso llegando posteriormente a influir en la sociedad. Entonces no podemos afirmar, como se ha venido diciendo en el Perú por algunos sectores hasta finales del siglo pasado, que existen sociedades sin cultura o en frases coloquiales, *pueblos sin cultura*.

Si el desarrollo de una cultura llega a influir en la sociedad, estamos afirmando su carácter dinámico, tal como lo asevera Geertz¹³⁹ al considerar que una cultura es reinterpretada y no es un complejo limitado que puede ser descrito; pero están quienes como Pozzi – Escot, consideran que es dinámica la adquisición de una cultura, pero la cultura, en sí misma, es estática. Sea considerada estática o dinámica, la cultura como lo describe Villoro¹⁴⁰ tiene dos aspectos: *el externo*, y *el interno*: *El primero* se refiere a las manifestaciones visibles (productos materiales, aquí tenemos las edificaciones, obras en sus diferentes manifestaciones y sistemas de relación aquí tendemos las relaciones sociales, lenguajes distintos, costumbres, ritos, etcétera). El segundo se refiere a un

¹³⁸ Citado en Olivé, León, Óp. Cit. pág. 41.

¹³⁹ Citado en: Aikman, Sheila: *La Educación Indígena en Sudamérica. Interculturalidad y bilingüismo en Madre de Dios*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos Ediciones. Lima, 2003, pág. 58.

¹⁴⁰ Citado en Olivé, León en *Multiculturalismo y Pluralismo*. México: Ediciones Paidós, 1999, pág. 42.

conjunto de estados disposicionales, entre los que testarán las creencias, propósitos, intenciones, actitudes colectivas.

De lo manifestado podemos concluir que, tal como sostiene Francisco Ballón Aguirre, la cultura es una de las cualidades de los sujetos, pero no es un sujeto en sí¹⁴¹. Finalmente, cabe puntualizar que existe una relación directa entre lo que entendamos por cultura, y el contenido que daremos al derecho a la identidad cultural, el cual será basamento para el derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB).

C. Etnia

Para algunos, el surgimiento de la modernización aseguraba la desaparición de la etnicidad, ello porque, tal como señala Rodolfo Stavenhegen¹⁴² “la etnicidad y los grupos étnicos han sido considerados primordiales, tradicionales, obstáculos para la modernización (...) irracionales, tradicionales y conservadores”.

En la actualidad etnia es un término que con motivo del incremento de las demandas de grupos étnicos culturales que reclaman el reconocimiento de sus diferencias, ha adquirido relevancia en las discusiones académicas. Así tenemos que para el profesor Francisco Ballón Aguirre, etnia es sinónimo de pueblo, pero sin el carácter jurídico de éste y, por tanto, con valor antropológico y sociológico, pero con escaso contenido de efecto jurídico¹⁴³. Añade el precitado estudioso que el grupo étnico comporta dos cuestiones: a) forma y conserva un límite que diferencia entre propios y extraños y, b) porta un contenido cultural manifiesto o implícito significativo para esa distinción. La etnia es un pueblo específico dotado de una cualidad particular, la cual es una cultura propia¹⁴⁴.

¹⁴¹ Ballón Francisco: *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas*, Lima: Defensoría del Pueblo, 2004, pág. 37.

¹⁴² Citado en Callirgos, Juan Carlos: *Percepciones y Discursos sobre Etnicidad y Racismo. Aportes para la Educación Intercultural Bilingüe*, Lima: CARE, 2006, pág. 7.

¹⁴³ Ídem, pág. 36.

¹⁴⁴ Ballón Francisco: *Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2003, pág. 95.

Una manifestación de cultura es el idioma o lengua, por ello coincidimos con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), cuando en el II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana, de 2007, estableció que etnia es un conjunto de personas que comparten un idioma y una misma cultura, habitan en una misma zona geográfica y reconocen una historia y antepasados comunes. De acuerdo con el precitado censo, en la Amazonia Peruana existen sesenta étnias: Amuesha, Asháninka, Ashéninka, Caquinte, Chamicuro, Culina, Matsiguenga, Nomatsiguenga, Piro y Resígaro (**Familia Arahua**), Chayahuita y Jebero (**Familia Cahuapana**), Amarakaeri, Arazaeri, Huachipaeri, Kisamberi, Pukirieri, Sapitieri y Toyoeri (**Familia Harakmbut**); Bora, Huitoto-Meneca, Huitoto-Murui, Huitoto-Muiname y Ocaina (**Familia Huitoto**); Achual, Aguaruna, Candoshi-Murato, Huambisa y Jíbaro, (**Familia Jíbaro**); Amahuaca, Capanahua, Cashibo-Cacataibo, Cashinahua, Cujareño, Isconahua, Mayoruna, Morunahua, Parquenahua, Pisabo, Marinahua, Mastanahua, Sharanahua, Shipibo-Conibo y Yaminahua (**Familia Pano**); Yagua (**Familia Peba-Yagua**), Lamas, Quichua y Kichwaruna (**Familia Quechua**); Aguano, Ticuna y Urarina (**Familia Sin clasificación**); Ese'Ejja (**Familia Tacana**); Muniche, Orejón y Secoya (**Familia Tucano**); Cocama-Cocamilla y Omagua (**Familia Tupi-Guaraní**); Arabela, Iquito y Taushiro (**Familia Zaparo**)¹⁴⁵. Es impresionante como, pese al transcurso de los siglos, aún contamos con una riqueza impresionante en cuanto a diversidad étnica, diversidad cultural y diversidad idiomática.

D. Lengua e Idioma

Una de las facultades inherentes a la persona humana es hablar, casi como respirar o ver; sin embargo, es relevante advertir como bien lo hace Alberto Escobar, que la lengua es aprendida *en y de* la comunidad como parte del proceso de socialización¹⁴⁶. Antes de proseguir con la descripción del rol que cumple la lengua o idioma en las comunidades, resulta pertinente precisar dichos términos.

¹⁴⁵ República del Perú - Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), II Censo Nacional de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana 2007. Consulta: 12 de octubre de 2012.

<<http://www.inei.gob.pe/>>

¹⁴⁶ AA.VV. "Perú ¿País bilingüe?", José Matos Mar, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1975, pág. 35.

Así, tenemos que la lengua es el **código** que utiliza una determinada colectividad de hablantes para comunicarse entre sí, es asimismo un sistema simbólico con el que interactúa un grupo humano, y es también el lenguaje humano de una comunidad constituida, siendo de esta manera un elemento identificador de una etnia¹⁴⁷. El idioma es el **código**, pero de una colectividad que se identifica como nación o pueblo y pareciera por ello que tiene mayor incidencia jurídica. El idioma, al igual que la lengua, se desarrolla en un territorio más o menos amplio.

Es importante precisar que la mayor incidencia jurídica del idioma en comparación con la lengua es engañosa, toda vez que en diversos documentos jurídicos, como las Constituciones, se hace referencia a lenguas e idiomas dando a ambos términos el mismo nivel legal (cfr. artículo 48° de la Constitución Peruana).

Este **código** resulta ser entonces un elemento que caracteriza a un grupo; para este trabajo será siempre un grupo culturalmente diferenciado y en ocasiones étnicamente distinto. Un detalle importante a señalar es que la lengua (código) es en esencia oral, pues la escritura es una representación de ella; un clásico ejemplo peruano es el idioma o lengua quechua, que es estrictamente oral, pero tiene representación gráfica (escritura).

Como hemos señalado, un idioma requiere de un territorio más o menos amplio en el cual los hablantes de ésta interactúen, lo que determina que la lengua se diversifique; dichas diversificaciones son denominadas *dialectos*, los que en el caso del Perú son numerosos (recordemos el español puneño y el de Tumbes).

Cabe subrayar que el término dialecto hace referencia a una variación, no tiene en sí una connotación peyorativa, toda vez que designa una variación regional de una lengua¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Zúñiga, Madeleine, citada en Bermúdez Tapia, Manuel: *“Los derechos lingüísticos”*, Segunda edición, Lima: Ediciones legales, 2002, pág. 39.

¹⁴⁸ Escobar, Alberto y otros. Óp. cit. pág. 38.

2.5. El derecho a la identidad cultural en estricto sentido

En doctrina constitucional es mayoritariamente aceptado que no existe una jerarquización de los derechos constitucionales o fundamentales¹⁴⁹; sin embargo existen atributos que, debido a un contexto determinado, despiertan mayor interés en la comunidad. Lo descrito viene sucediendo con el derecho a la identidad cultural, pues es conocido que ante el reclamo de grupos por un reconocimiento a sus diversas manifestaciones culturales, dicha prerrogativa viene siendo re-estudiada a fin de establecer su contenido y su alcance. De manera particular este fenómeno se presenta en la región sudamericana, como lo demuestran las recientes constituciones aprobadas en países sudamericanos como Ecuador, Bolivia, por citar algunos.

El derecho a la identidad cultural es un atributo inherente a toda persona humana, por el cual se tiene la prerrogativa de vivir según la cultura propia; entonces, por este derecho podemos mantener características culturales propias, como son *el idioma, religión, modos de vida*. Ahora bien, como ya lo hemos expresado anteriormente, es pertinente un concepto amplio de cultura y no uno de naturaleza etnocentrista que entienda por cultura únicamente la occidental y que contribuye al fortalecimiento de una sociedad peruana jerarquizada. El atributo en comentario en América Latina ha obtenido reconocimiento constitucional durante el último decenio del siglo pasado; así, en el caso peruano, pese a la diversidad cultural existente en nuestro territorio, es la Constitución de 1993, la que, pese a su dudoso origen democrático, la que recoge por primera vez el derecho a la identidad cultural.

En atención a nuestro objetivo, resulta relevante entender que puede ser considerado dentro de la frase *vivir según nuestra cultura*. Así pues diremos que *la cultura expresa la manera de vivir, de pensar y de sentir de un pueblo*; en consecuencia, cada miembro de un pueblo tiene el derecho de vivir de acuerdo con sus **valores** y

¹⁴⁹ Resulta importante referir que en el presente trabajo, usaremos los términos derechos constitucionales, derechos fundamentales e incluso derechos humanos en calidad de sinónimos, dicha postura se funda en el mandato constitucional recogido en el artículo 3º de nuestra Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (véase la STC N° 0410-2002-AA).

principios, que regularán sus relaciones dentro de la familia, escuela y la comunidad¹⁵⁰.

El vivir de acuerdo con los valores y principios podría generar situaciones difíciles de ser resueltas, toda vez que dentro de un Estado como el peruano, donde coexisten grupos humanos con culturas dispares, que reclaman igual reconocimiento, tendríamos situaciones que inicialmente nos invitarían a considerar el *relativismo cultural*¹⁵¹ como una solución; sin embargo, estimamos que dicho relativismo ocasionaría tanto daño como la *criticada jerarquización de culturas*, porque si bien los derechos humanos o fundamentales son un aporte de la cultura occidental, no son por esto una imposición cultural, toda vez que la finalidad de los *derechos humanos* es constituir una base de reglas que garanticen el respeto de la dignidad humana, por lo que no consideramos que se pueda fundar una lesión del derecho a la vida o a la integridad física en pro de tutelar el derecho a la identidad cultural.

Es conocido que en materia de derechos fundamentales, entendidos estos como mandatos de optimización¹⁵², resulta imposible señalar de manera taxativa su contenido, ya que será la casuística la que nos indique qué se incluirá como contenido del atributo materia de estudio; empero podemos establecer qué no puede estar incluido como contenido del derecho constitucional objeto de comentario.

Un tema estrechamente relacionado a la *identidad cultural* es la *identidad étnica*, ambas esenciales para el presente aporte académico. La identidad étnica está referida a

¹⁵⁰ Para profundizar en el tema leer: Walsh, Colleen. La muerte de las lenguas indígenas: la pérdida de la diversidad, Gaceta Hispánica de Madrid, curso 2003-2004. (<http://www.gacetahispanica.com>) Febrero 2009

¹⁵¹ El relativismo cultural considera que no existen derechos absolutos y los pueblos indígenas no deben ser víctimas de ninguna imposición cultural, entiende que los derechos humanos son una imposición occidental, véase Ardito Vega, Wilfredo: *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: El caso peruano*, Segunda edición, Cuzco: CEBEM, IEE, CBC, APRODEH, 2010, pág. 54.

¹⁵² Alexy, Robert: *Tres Escritos sobre derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 51.

las características (idioma, modos de vestimenta, modos de vida, instituciones organizativas, etc.) que una persona comparte con otras que pertenecen a su etnia.

La identidad étnica es relevante para determinar políticas de Estado en materia de educación intercultural bilingüe, ya que nos dirá qué etnias hablan determinada lengua y con ello podremos establecer el número de docentes necesarios para atender la demanda de los estudiantes de dichas etnias. De lo manifestado se evidencia la necesidad de establecer cuando menos criterios que nos permitan identificar quiénes son sujetos de derechos colectivos de naturaleza étnicos-culturales. Un dato curioso es que en un país como el nuestro, de mayorías indígenas, resulte difícil encontrar peruanos que se autoidentifiquen como indígenas.

La ausencia de identidad indígena, sobre todo en la región andina del Perú, con excepción de los aymara presentes en Puno, Arequipa y Tacna, se debe a la fuerte represión ejercida sobre ellos desde la conquista. La situación varía en la región amazónica, donde los indígenas tienen mayor consciencia de su identidad, lo que no se debe a un trabajo organizado de la sociedad civil y/o del Estado, sino a la lejanía de esta región con la capital del país.

Siendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) un referente necesario en temas constitucionales, es importante señalar en su pronunciamiento emitido en el Exp. N° 00872-1999-AA, el TC se refirió por vez primera al derecho consagrado en el artículo 2°, inciso 19) de la Ley Fundamental vigente, precisando algunos contenidos del derecho a la identidad cultural.

En el precitado caso, la parte demandante solicitó que se suspenda el traslado del monumento a Leoncio Prado, ubicado en la plazuela conocida como Santo Domingo, al parque llamado Gregorio Cartagena o a cualquier otro lugar, por considerar que el traslado ordenado por la Comuna Provincial de Huánuco atentaba contra su *identidad cultural*. En dicha ocasión el TC refirió que el derecho a la identidad cultural es “*el derecho de las personas a tener su propia vida, y cultura, con todas sus*

manifestaciones, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a cultivarlos procurando la coexistencia de diversas culturas y el desarrollo de los pueblos en forma pacífica”¹⁵³.

En cuanto a la relación entre el **derecho a la identidad cultural** y el de **a la identidad étnica**, el máximo Colegiado Constitucional ha expresado que las citadas identidades mantienen una relación de especie-género¹⁵⁴.

El Tribunal ha establecido que el derecho a **la identidad étnica** no sólo cuenta con protección a nivel constitucional, sino también con tutela internacional, puntualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; ha precisado además que la vida cultural a la que tienen derechos los grupos minoritario también debe ser prerrogativa del grupo mayoritario, toda vez que el fenómeno cultural es inherente a todo grupo humano¹⁵⁵.

En jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional ha sostenido que la identidad étnica es aquella *“facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia*

¹⁵³ Tribunal Constitucional, STC N° 0872-1999-AA, Fundamento N° 4. <http://www.tc.gob.pe/>

¹⁵⁴ Tribunal Constitucional STC N° 00006-2008-PI FUNDAMENTON° 18: “(...) La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la *identidad cultural* como a la *identidad étnica*. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. **Por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos**, es decir, de “(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico”; y, por otro, **“de la identidad cultural general**, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. **Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie”.** (resaltado nuestro)

¹⁵⁵ Tribunal Constitucional, STC N° 00006-2008-PI, FUNDAMENTON° 20: “(...) **La identidad étnica, como especie del género “identidad cultural”, ha merecido también atención de la comunidad internacional. Así, el artículo 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que:** “Artículo 27.- (...) a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

“El objeto de tutela de este dispositivo es el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios. Sin embargo, dada la amplitud semántica que tiene el término **“vida cultural”** utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse sólo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no sólo a los grupos étnicos”. (resaltado nuestro)

a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás”¹⁵⁶.

El máximo intérprete de nuestra Constitución, hace suya la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de derecho a la identidad étnica. Así, la precitada resolución reconoce que el derecho a la identidad étnica es: “*el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa*”. Y que tal derecho comprende: “*a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda*¹⁵⁷”. Esto evidencia que a nivel jurisprudencial el Perú ha contado con interesantes pronunciamientos que permiten una mejor comprensión del tema en

¹⁵⁶ Tribunal Constitucional, STC N° 03343-2007-AA, Fundamento N° 29° <http://www.tc.gob.pe>

¹⁵⁷ Tribunal Constitucional, STC N° 03343-2007-AA, Fundamento N° 30°. <http://www.tc.gob.pe>

comentario. Siendo el derecho continente la identidad cultural, será este el atributo sobre el cual recae parte de la justificación del derecho a la EIB, ello porque la lengua es un factor vital en la identidad de todo individuo y/o grupo social

2.6. El derecho constitucional a la educación intercultural bilingüe de los pueblos indígenas (EIB) como manifestación constitucional o contenido nuevo del derecho a la identidad cultural

Los derechos fundamentales no son sólo aquellos expresamente nominados en una Constitución, sino que también lo son aquellos reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos, que la comunidad internacional promueve y reconoce.

En sociedades como la peruana, donde se advierte la coexistencia de diversos grupos étnicos culturales que reclaman el reconocimiento de particulares derechos, los denominados derechos étnicos-culturales (comunidades nativas, campesinas, de aislamiento voluntario), será indispensable el debate constitucional sobre el rango y mecanismos de tutela de dichos atributos, a fin de establecer los criterios que orienten nuestra comprensión sobre estos.

Debido al objeto de la presente tesis, el derecho a la EIB de las comunidades nativas del Perú, debemos señalar; *primero*, que los derechos étnicos culturales no pertenecen sólo a los pueblos indígenas, sino también a los inmigrantes, a los afrodescendientes, etc.; *segundo*, que en el presente trabajo analizaremos la EIB como derecho de las comunidades nativas del Perú (pueblos indígenas).

Una correcta manera de abordar la problemática que plantea la EIB como derecho de los pueblos indígenas amazónicos del Perú, nos obliga a repasar brevemente la problemática de los pueblos indígenas y los derechos específicos que reclaman.

La expresión “*pueblos indígenas*” ahora cuenta con reconocimiento internacional y está referida a los pueblos colonizados del mundo, los cuales, pese a una

presencia territorial antecesora a la creación de los Estado nacionales, no han sido considerados en los procesos de toma de decisiones que afectan sus vidas, recursos y culturas. El primer documento que reconocerá a los *pueblos indígenas* y los derechos que le corresponde será el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de Naciones Unidas (OIT) N° 107, del 5 de junio de 1957, documento que reconocía la presencia de poblaciones indígenas, pero con un enfoque **integracionista de éstos a la cultura predominante**. Dicho razonar es propio de su época. Los cuestionamientos en la década de 1970, propiciaron la promulgación del vigente Convenio N° 169 de la OIT, el 7 de junio 1989.

El Convenio N° 169 no brinda un registro de pueblos indígenas, es más, ni siquiera otorga una definición precisa, empero, en su artículo 1° plantea *criterios objetivos y subjetivos*¹⁵⁸, que nos permitirán identificar a los pueblos indígenas titulares de los derechos que ahí se reconocen. Los criterios objetivos propuestos por el Convenio son: la **continuidad histórica, conservación de sus instituciones y la identidad cultural** y el criterio subjetivo es la **auto calificación** como indígena.

Conociendo las pautas que nos ayudaran a reconocer quiénes son parte de los pueblos indígenas, corresponde conocer los derechos reclamados por éstos, considerando que los *pueblos indígenas*¹⁵⁹ buscan mantener sus **diferencias culturales**,

¹⁵⁸ OIT Convenio N° 169: “1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; **b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.**

2. La conciencia de su identidad 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”.

¹⁵⁹ Es importante indicar que en la normativa internacional la expresión es de “pueblos indígenas”, sin embargo, en el ordenamiento nacional dicha expresión será entendida como comunidades nativas y campesinas. La presente tesis tiene como objetivo a las comunidades nativas.

para así asegurar su subsistencia. Los derechos reclamados por ello son de diversa naturaleza.

En lo relacionado a la naturaleza de los derechos exigidos por los pueblos indígenas, percibimos tres cuestiones importantes: *Primero*, que los miembros de los pueblos indígenas son titulares **de derechos constitucionales individuales**, como son el derecho a la vida, a la identidad, al sufragio, etc. *Segundo* que de similar manera y al igual que cualquiera de nosotros, pueden en determinadas situaciones ser sujetos de **derechos constitucionales colectivos**, entre los cuales encontramos el derecho a la libertad sindical, derechos de los consumidores y usuarios, y para algunos incluso el derecho al medio ambiente sano y equilibrado.

Los pueblos indígenas de acuerdo con numerosos documentos nacionales como internacionales, son víctimas de lesiones a los derechos referidos en el párrafo precedente¹⁶⁰, debido al estado de vulnerabilidad en el que se encuentran¹⁶¹. Si bien lo expresado genera indignación e incluso desilusión del sistema democrático, dicha situación no genera polémica conceptual alguna. *La tercera cuestión*, referida a los pueblos indígenas¹⁶², exigen ser reconocidos como un **sujeto colectivo**¹⁶³ **al cual le son inherentes derechos específicos**, como el derecho a la consulta previa, a la propiedad comunal, a la autonomía administrativa y jurisdiccional dentro de su territorio, etc., si genera profundas discrepancias en el ámbito jurídico constitucional¹⁶⁴; sin embargo,

¹⁶⁰ Defensoría del Pueblo: *Situaciones de afectación a los derechos políticos de los pobladores de las comunidades nativas. Los casos de Manseriche, Yarinacocha, Tahuania y Río Tambo*, Informe Defensorial N° 34, Lima: 2000, pág. 7.

¹⁶¹ Los pueblos indígenas, debido a la pobreza en la que se encuentra la mayoría de ellos, no acceden a servicios estatales básicos, como salud, educación y vivienda.

¹⁶² Recordamos que en el caso peruano comprenderá esencialmente a la población que habita en las comunidades campesinas y nativas, así como los pueblos amazónicos en situación de aislamiento voluntario como quedo reconocido por el Estado ante la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT (CEACR), *cfr.* Ruiz, Juan Carlos y otro: *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*, Lima: Justicia Viva, 2011, pág 22.

¹⁶³ Es relevante no confundir un **sujeto colectivo**, considerado así porque mantiene una unidad, como el caso de los pueblos indígenas; con el de **sujeto de derechos colectivos, que son los** derechos de los trabajadores, de los asociados, para algunos incluso el medio ambiente sano, dicha diferenciación fue advertida por la Corte Colombiana. Citada en AAVV. Sánchez Botero, Esther: *Diversidad y derechos fundamentales*, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004, págs.153-154.

¹⁶⁴ En el ámbito constitucional son muchos los profesores que observan con desconfianza el considerar a los pueblos indígenas como un sujeto colectivo de derechos

creemos que un diálogo constante entre disciplinas sociales asegurará una concertación anhelada por nuestra sociedad.

Estando a lo manifestado, es menester preguntarse ¿cuál es la naturaleza de la prerrogativa a la educación intercultural bilingüe (EIB)?). Es una interrogante de difícil respuesta, empero brindaremos algunas ideas puntuales. *Iniciaremos* afirmando que el derecho a la EIB no es un derecho constitucional nuevo y menos aún un derecho constitucional implícito¹⁶⁵; creemos que **es una manifestación constitucional del derecho a la identidad cultural, del cual es titular el sujeto colectivo pueblo indígena**. *En segundo término*, afirmamos que el derecho a la EIB en un país plurilingüe y multicultural podría constituir un medio para alcanzar la integración nacional. *En tercer lugar*, estimamos que el derecho a la EIB es el atributo por el cual el pueblo indígena tiene la prerrogativa **de exigir al Estado** un modelo educativo que reconozca y promueva la conservación de la diversidad lingüística existente en una nación, lo que implica una participación equitativa de la lengua madre y la lengua de la cultura dominante¹⁶⁶, durante el proceso educativo (inicial, primaria, secundaria y superior); así **como demandar a la sociedad** el pleno respeto de la manifestaciones culturales en la escuela, como son la lengua, vestimenta, etc.

fundamentales, fundan su posición en el carácter individualista de los derechos constitucionales y lo peligroso que puede resultar tal afirmación en países latinoamericanos que aún ostentan débiles sistemas democráticos, entre estos docentes encontramos a los profesores Luis Sáenz Dávalos, Óscar Díaz Muñoz, entre otros. En la otra orilla tendremos a quienes afirman que la aceptación de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derecho es la única vía para asegurar su subsistencia y que si bien los derechos fundamentales deberían ser universales esto se logrará con un diálogo franco y abierto entre cosmovisiones diversas sobre el mundo, entre ellos estarán la Dra. Raquel Yrigoyen, el sociólogo y abogado Antonio Peña Jumpa.

¹⁶⁵ Aquí entendemos por derecho constitucional implícito aquel que sin estar recogidos expresamente en la literalidad de la norma constitucional, debe ser considerado igualmente derecho fundamental en la medida que viene exigido por la dignidad de la persona y que a partir de determinadas disposiciones constitucionales pueden tenerse como existente y de tutela constitucional, Cfr. Castillo Córdova, Luis: *Los Derechos Constitucionales (Elementos para una teoría general)*, Lima: Segunda edición. Palestra Editores, 2005, págs. 179- 180.

¹⁶⁶ Entendemos que en un país plurilingüe son muchos los ciudadanos nacionales que tienen la riqueza cultural de haber heredado una **lengua madre, que es portadora de saberes previos y es base de la socialización**, diversa a la impuesta por el grupo dominante, que vendría a ser la **segunda lengua**. Es pertinente señalar que la lengua impuesta en numerosas ocasiones no responde al porcentaje de población que la habla; así, cuando el Perú se independizó sólo el 10 por ciento de la población hablaba español; sin embargo, fue la lengua dominante.

Un punto interesante a evaluar es la denominación elegida en la presente tesis, esto es la educación intercultural bilingüe (EIB) y no *la educación bilingüe intercultural* (EBI). Si bien ambos conceptos son propuestas cuya finalidad es un reconocimiento de la diversidad lingüística existente y propugnarán un sistema educativo que recoja dicha diversidad, la diferencia incide en la predominancia de la lengua y la manera como ésta será considerada en el sistema educativo. Así, para la **EBI** la *lengua madre* debe ser valorada en el servicio educativo formal brindado por el Estado, a fin de que sea revalorizada la lengua madre de la comunidad o grupo, lo que demandará un currículo educativo que incluya, las diferencias lingüísticas y culturales; por su parte, la **EIB** también exigirá que la *lengua madre* sea considerada en el sistema educativo formal, empero demandará un currículo educativo que en el cual las culturas interactúen, colocando énfasis en el necesario diálogo de culturas, ya que tendrá como objetivo último *no la coexistencia, sino la convivencia* de grupos culturales diversos.

Por otro lado están quienes señalan que no resulta apropiado hablar de diferencias entre EBI y la EIB, toda vez que son manifestaciones evolutivas de propuestas educativas que desean recoger los reclamos de millones de personas. Sostienen que el tratamiento de la diversidad cultural en la escuela ha tenido históricamente tres respuestas: la *asimilacionista*, la *multicultural* y la *intercultural*¹⁶⁷, respondiendo la EIB a la última de éstas.

2.6.1. Fundamentos

Habiendo demostrado que el derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB) es una manifestación constitucional del derecho a la identidad cultural cuya protección la encontramos consagrada a nivel nacional como internacional, corresponde reflexionar sobre la fundamentalidad de éste.

¹⁶⁷ El enfoque *asimilacionista* parte de la perspectiva de que los grupos culturales subordinados o minoritarios deben adecuarse a los valores, costumbres y formas de vida de la sociedad hegemónica, derivando de ello dos formas de educación: una monocultural y otra compensadora, la primera entiende que sólo existe una cultura única, la segunda reconoce la diferencia cultural pero la considera un déficit. El enfoque *multicultural*, por su parte, cuestiona el objetivo uniformizador del sistema educativo, y propone añadir contenidos étnicos culturales en el currículo. Por último el enfoque *intercultural* valora el diálogo cultural y busca eliminar los *ghetos*, cfr. AA.VV. "Actas del V Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe Realidad Multilingüe y desafío intercultural. Ciudadanía, cultura y educación", Zariquiey, Roberto (editor), Lima: Fondo Editorial PUCP – Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ), 2003, pág. 472.

Exponer la fundamentalidad de un derecho no es tarea sencilla, toda vez que ello conlleva un análisis minucioso de ciertas categorías jurídico constitucionales como sujeto de derecho, contenido constitucional de los derechos fundamentales, temas que ya se explicaron. Por otro lado, resulta necesaria una explicación concisa de las categorías que a nuestra consideración soportan la fundamentalidad del derecho a la EIB, por lo que tendremos que remitirnos a principios constitucionales como son la dignidad humana y la igualdad; así como a otros derechos constitucionales como son el atributo al uso de la lengua propia y a la educación.

A. Dignidad del ser humano

Con frecuencia en las discusiones políticas y jurídicas se hace referencia al concepto de la dignidad humana; sin embargo, la continua mención no conlleva necesariamente una claridad en esta frase. Debemos añadir que incluso a los iusfilósofos más connotados les resulta complicado proponer un concepto, empero algunos tienen ensayos interesantes; nosotros, recogiendo lo expresado por un profesor español afirmaremos que *“aquellos que están por encima de todo precio y, por tanto, no tienen ningún equivalente, poseen dignidad”*¹⁶⁸. El profesor Peces Barba brinda un excelente concepto de dignidad humana, enfatizando ésta *“es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo, y creo (...)”*¹⁶⁹.

La dignidad humana nos otorga la convicción de que el ser humano no puede ser usado como puro medio, instrumento u objeto. El profesor **Peter Haberle** considera la dignidad como premisa antropológica-cultural de una sociedad plenamente desarrollada, garantizando al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo.

La dignidad humana o dignidad de la persona no es una noción contemporánea, pero sí es contemporáneo el uso frecuente que en ocasiones justifica actos contrarios a ella, como la manipulación genética libre, el aborto en cualquier circunstancia, etc. Lo que sí es propio de estos tiempos es que los tribunales constitucionales asuman también

¹⁶⁸ Fernández, Eusebio: *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, 2001, pág. 29.

¹⁶⁹ Ídem, pág. 20.

un concepto sobre este tipo de términos; así advertimos que el Tribunal Constitucional Peruano, en relación a la dignidad humana, ha prescrito que:

“(…) Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3°, que dispone que “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”.

(...)

10. El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas:

Primero, en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares. Segundo, en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos¹⁷⁰.

B. El Principio constitucional de Igualdad

La igualdad, de manera similar a la dignidad humana, es un principio y un derecho; así en el caso peruano, el artículo 2°, inciso 2) de nuestra Constitución consagra, dicho principio, derecho. El máximo Tribunal peruano ha expresado que la

¹⁷⁰ Tribunal Constitucional, STC N° 02273-2005-HC, Fundamentos 9-10. <http://www.tc.gob.pe>.

igualdad, “(...) en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele”¹⁷¹.

El Tribunal Constitucional peruano ha precisado en reiterada y uniforme jurisprudencia que: “(...) *La igualdad como derecho tendrá una doble dimensión; una formal, que impone al legislador la exigencia para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley). En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales*”¹⁷².

Será en su dimensión material que el derecho a la igualdad, soporte la fundamentalidad del derecho de los pueblos indígenas de contar con una educación adecuada que garantice que subsistencia del pueblo, ya que la igualdad proscribela discriminación mas no la diferenciación.

C. La diversidad cultural

La diversidad cultural es la presencia en un determinado espacio geográfico de diversos grupos culturales. Como afirma el profesor Parekh Bhikku¹⁷³, existen muchas diversidades: a) *la diversidad subcultural*, en la que los miembros comparten una cultura en sentido amplio y algunos de ellos, o bien defienden creencias y prácticas distintas en ciertos ámbitos de la vida (gays lesbianas, transexuales), o bien crean por su

¹⁷¹ Tribunal Constitucional, STC N° 00606-2004-AA, Fundamento 9.

¹⁷² Tribunal Constitucional, STC N° 00606-2004-AA, N° 02974-2010-AA.
<http://www.tc.gob.pe>.

¹⁷³ Parekh Bhikhu: *Repensando el Multiculturalismo – Diversidad Multicultural y Teoría Política* Madrid: Istmo 2005, págs. 16.

cuenta modos de vida relativamente diferentes (artistas, pescadores, etc.). Podríamos afirmar que luchan por un espacio dentro de la sociedad para su estilo de vida, no buscan una cultura diferente y sí más bien darle matices o como dice Bhikhu Parekh intentan *pluralizar su cultura*¹⁷⁴. b) *la diversidad de Perspectiva*, en la que algunos miembros cuestionan ciertos principios o valores de la cultura predominante; ejemplo de ello son las feministas, quienes atacan el prejuicio patriarcal, o los ecologistas que critican el prejuicio antropocéntrico y buscan reconfigurar la cultura existente. Supone una visión de la vida que la cultura dominante o bien rechaza en su conjunto o bien acepta en teoría pero no en la práctica; y c) *la diversidad Comunal*, en la que algunas sociedades tienen en su territorio comunidades reservadas más o menos organizadas que viven con arreglo a sus propios sistemas de creencias y prácticas (inmigrantes, pueblos indígenas, los vascos en España, los catalanes, etc.).

Las dos primeras diversidades culturales, si bien generan debates intensos, los cuestionamientos que plantean encuentran respuestas en una reformulación de las categorías aceptadas por la sociedad. Sin embargo, dicha situación no se presenta con la denominada *diversidad comunal*, ya que dicha diversidad exige la modificación de factores hasta ahora mayoritariamente aceptados, como la teoría general de los derechos fundamentales, así como el pleno respeto de las comunidades largo tiempo establecidas, cada una de las cuales cuenta con su propia y larga historia y una forma de vida que desean preservar y transmitir.

D. Otros derechos fundamentales

Si bien afirmamos que el derecho a la educación intercultural bilingüe es una manifestación del derecho a la identidad cultural, es menester señalar que la consagración de otros atributos como el derecho de la educación y el derecho al uso de la lengua indirectamente configuran, también, la constitucionalidad de la prerrogativa objeto de estudio.

En cuanto al derecho a la educación, debemos recordar que el Estado

¹⁷⁴ Ídem, pág. 17.

constitucional multicultural garantiza a sus ciudadanos una serie de servicios públicos de primer orden (*La frase servicio público tiene diversas connotaciones; empero a interés de este trabajo tomaremos la definición dada por Duguit: “(...) servicio público es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante (...)”*, Citado en Zegarra Valdivia: *El Servicio Público Fundamentos*, Lima: Palestra Editores, 2005, pág. 46.) que aseguran la subsistencia de toda la población, como son: el agua potable, la electricidad, el servicio de saneamiento, la educación, entre otros.

Y si como ha señalado el Tribunal Constitucional Peruano “(...) nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, (...)”¹⁷⁵, ello no es óbice para reconocer en la educación un servicio público de extraordinaria relevancia.

Su especial importancia radica en su relación con el principio de derecho a la dignidad, vínculo reconocido por los jueces constitucionales¹⁷⁶. **La educación implica un proceso de incentivación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas cuyo fin es la capacitación de la persona para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana; y, en su horizonte, permitir la cristalización de un “proyecto de vida”¹⁷⁷**. El derecho a la educación se encuentra consagrado a nivel constitucional en la mayoría de las Cartas fundamentales de países democráticos, ello porque es uniforme la opinión de considerar a la educación como vehículo de desarrollo integral de las personas.

¹⁷⁵ Tribunal Constitucional, STC N° 0034-2004-AI, Fundamento N° 37, www.tc.gob.pe

¹⁷⁶ Tribunal Constitucional, STC N° 04232-2004-AA/TC, Fundamento 10, www.tc.gob.pe

¹⁷⁷ Ibídem.

El derecho a la educación, en cuanto servicio público que brinda el Estado, debe satisfacer las necesidades de los consumidores de dicho producto, siendo la educación intercultural bilingüe el servicio específico apropiado para una comunidad culturalmente diversa como la peruana, toda vez que una escuela formal donde se respete la diversidad existente en una sociedad, garantiza ciudadanos tolerantes y una sociedad de convivencia pacífica.

La educación formal que brinde el Estado debe ser otorgada respetando la culturas originarias de dichos pueblos y otorgando espacio a su participación en la elaboración de la curricula escolar y/o universitaria. El proceso educativo está conformado por una serie de principios, los cuales, retomando lo expresado por el Tribunal Constitucional, señalamos a continuación:

(...)

a) Principio de coherencia

Esta pauta basilar plantea como necesidad que las distintas maneras y contenidos derivados del proceso educativo mantengan una relación de armonía, compenetración, compatibilidad y conexión con los valores y fines que inspiran las disposiciones de la Constitución vigente, destacando dentro de estos últimos el artículo 4º, que establece que la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente, y el artículo 13º, que dispone que la educación tiene como fin el desarrollo integral de la persona.

b) Principio de libertad y pluralidad de la oferta educativa

Este principio plantea la diversidad de opciones para el desarrollo del proceso educativo, así como la presencia concurrente del Estado y los particulares como agentes para llevar a cabo tal acción. Por ende, se acredita la posibilidad de elección entre las diversas opciones educativas y queda proscrita cualquier forma de monopolio estatal sobre la materia. Así se encuentra establecido en el artículo 15º, tercer párrafo de la Constitución, que dispone que “Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley”.

c) Principio de responsabilidad

Concierne al deber de los padres de familia para que su prole inicie y culmine todo el proceso de educación básica formal (inicial, primaria y secundaria). Ello se deriva, entre otros, del artículo 17º de la Constitución que establece que “La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias”.

d) Principio de participación

Se refiere a la atribución de los padres de familia de intervenir activamente en el desarrollo del proceso educativo de su prole. Ello equivale a fomentar la cooperación, opinión y cierto grado de injerencia en la relación escuela – educando, entre otras cuestiones. Así lo establece, entre otros, el artículo 13° de la Constitución, según el cual “Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”.

e) Principio de obligatoriedad

Importa que determinados niveles y contenidos educativos se alcancen y plasmen de manera imperativa. Por ejemplo, el artículo 14° de la Constitución establece que “La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias. La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa”.

f) Principio de contribución

Se refiere al deber genérico de colaborar solidariamente en el proceso de formación moral, cívica y cultural de la población. A manera de ejemplo, cabe mencionar el artículo 14°, párrafo quinto, que dispone que “Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”¹⁷⁸.

La EIB será realidad cuando el Estado atienda las sugerencias y exigencias de los pueblos indígenas. En resumen el proceso educativo tiene entre sus objetivos: a) *promover el desarrollo integral de la persona*, b) *promover la preparación de la persona para la vida y el trabajo*, y c) *el desarrollo de la acción solidaria*¹⁷⁹.

Otro atributo fundamental que sustenta la EIB es el derecho al uso de la lengua, por el cual se reconoce el carácter plurilingüe de una sociedad y el cual evidencia el componente cultural de la Constitución. Por este derecho todas las personas que tengan como lengua madre una diversa a la mayoritariamente utilizada, deben contar con la posibilidad de recurrir al uso de su lengua originaria a fin de poder ser entendidos y escuchados y para tal fin se debe recurrir a un traductor. Este derecho tiene como

¹⁷⁸ Ibídem.

¹⁷⁹ Ibídem.

particularidad que es un derecho individual, pero cuenta con una dimensión colectiva, puesto que el uso de una lengua tiene sentido en un grupo.

2.6.2. Contenido

Resulta necesario hacer alguna reflexión sobre la educación, para así tener un mejor análisis al establecer los contenidos del derecho a la EIB. El derecho a la educación implica que todas las personas a partir de la edad establecida por el Estado accedan al sistema educativo. Un aspecto esencial a considerar es que la educación no sólo es un derecho fundamental, sino también se configura también como un *servicio público*, en la medida que se trata de una prestación pública, en cumplimiento de una las funciones del Estado.

Complementando lo expresado, creemos que la educación que brinde el Estado debe ser acorde a la composición que presente su sociedad, pues “si existe diversidad de grupos sociales y/o culturales con sistemas sociales, jurídicos diferentes, la educación, también debe ser diferente y plural. Siguiendo la propia necesidad de coexistencia”¹⁸⁰.

La educación intercultural bilingüe es un derecho fundamental que garantiza que la educación formal que reciban los pueblos indígenas sea resultado de un diálogo intercultural sincero y abierto entre las entidades del Estado y las autoridades de dichos pueblos. Este diálogo intercultural implicará el pleno respecto a los derechos constitucionales a expresarse en la lengua materna y a la identidad étnica cultural, que finalmente será plasmado en un currículo educativo que evidencien la diversidad comentada.

Coincidimos con el profesor Antonio Peña Jumpa, que los Estados paulatinamente han ido otorgando rango constitucional a este tipo de educación debido

¹⁸⁰ Peña Jumpa, Antonio: “El Derecho a la Educación Intercultural y Bilingüe desde una Perspectiva Plurilegal.” En: Revista *Ius Inter Gentes*, pág. 97

a las exigencias de los pueblos indígenas y obviamente al apoyo decidido de la comunidad internacional. La educación intercultural bilingüe fomenta el respeto por las diferencias y la igualdad de oportunidades. La EIB debe tener como objetivo que el niño que ingresa al sistema educativo edificado por el Estado valore tanto su lengua materna como la segunda lengua adquirida y que sea capaz de desenvolverse de manera eficiente en las dos lenguas; en dicha faena los docentes son actores principales. Así pues la EIB *busca el desarrollo de la competencia intercultural bilingüe en los educandos para que esto contribuya a una educación justa para la niñez y a procesos de democratización y equidad social*¹⁸¹.

Es importante expresar que la educación intercultural bilingüe debe ser considerada no sólo en la primera etapa del proceso educativo¹⁸², sino que debe acompañar a las políticas educativas estatales hasta el tercer nivel educativo, el universitario; ello porque la integración, como convivencia respetuosa de nuestras diferencias, requiere que la EIB esté presente en todos los niveles educativos.

Una plena vigencia del derecho a la EIB garantiza que los pueblos indígenas disfruten de los demás derechos que les corresponde. La EIB también garantiza que los pueblos indígenas puedan supervisar la educación que se imparta a sus hijos sea en su propio idioma, en armonía con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje siempre que estos sean respetuosos del derecho superior del niño en los casos que corresponda.

No podemos hablar del contenido del atributo a la EIB sin dejar de hacer referencia a la necesaria adaptabilidad del servicio educativo brindado por el Estado en

¹⁸¹ Zavala Virginia: *Volver al desafío: Hacia una definición crítica de la educación bilingüe intercultural en el Perú*. En. Materiales de Enseñanza del curso *Multiculturalismo y derechos humanos*, de la Maestría de Derechos Humanos de la PUCP, 2008, pág. 15.

¹⁸² Entiéndase nivel primario.

consideración a los educandos que atiende. Ello también ha sido recogido por la Observación General N° 13 del Comité de Naciones Unidas¹⁸³.

2.6.3. Titularidad

El derecho a la educación intercultural bilingüe tiene como titulares a los pueblos indígenas, sin embargo debemos dejar constancia que somos partidarios de una educación intercultural bilingüe para todos los integrantes de una sociedad multicultural, empero aceptamos que un primer paso será que la EIB se cumpla plenamente para los miembros de los pueblos indígenas.

¹⁸³ Citado, en, Defensoría del Pueblo: *Aportes para una Política Nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los pueblos indígenas del Perú*, Lima: Defensoría del Pueblo, 2011, pág. 29-30.

Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, **la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas: (subrayado nuestro)**

a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.

b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación);

Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);

Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13).

d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades **de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados (resaltado nuestro)**.

En páginas anteriores señalamos que la normativa internacional no brinda una definición precisa de *pueblos indígenas*, pero detalla tres criterios objetivos y subjetivos a considerar a fin de establecer quiénes son parte de un pueblo indígenas y cuántos pueblos indígenas tienen presencia en su territorio nacional, a fin de conocer también sus particularidades y así atender su reclamo con un servicio educativo adecuado.

Los criterios consagrados a nivel internacional son la continuidad histórica, esto es que los pueblos indígenas deben descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista, de la colonización o de la delimitación actual de las fronteras nacionales. El segundo criterio es la conservación total o parcial de sus instituciones organizativas y finalmente el tercer criterio objetivo es la identidad cultural, la auto identificación. En atención a las precitadas pautas corresponde a los Estados determinar cuántos pueblos indígenas tiene y cuáles son, pero no está demás puntualizar que dicha determinación debe ser producto de un diálogo intercultural.

Establecida la demanda nacional de la EIB corresponde a las autoridades estatales considerar la situación especial en la que la mayoría de los pueblos indígenas y se encuentran¹⁸⁴, por ejemplo, en la mayoría de países latinoamericanos estos pueblos no cuentan con los recursos para acceder a servicio de transporte a fin de poder acceder a las escuelas, si éstas se encuentran alejadas de su comunidad. Otra características de estos pueblos es su particular cosmovisión del mundo, la misma que debe ser respetada y recogida en lo que corresponda en el proceso educativo.

Una primera cuestión interesante a resaltar es que los pueblos indígenas como titulares de la EIB, no requieren estar ubicados en determinadas zonas geográficas a fin de exigir un servicio educativo respetuoso de su diversidad étnica y/o cultural, esto conlleva aceptar que también son titulares de la EIB aquellos pueblos que han decidido abandonar sus espacios geográficos típicos asentándose en otras zonas; sin embargo, dicho traslado no significa un abandono que sus costumbres y manifestaciones

¹⁸⁴ Actualmente son considerados uno de los grupos más vulnerables.

culturales. Un segundo punto es que los hijos de un indígena con una persona perteneciente a la cultura dominante, también puede recibir una educación intercultural, si así lo requieren sus padres en la etapa escolar, ya que en la universitaria será él o ella quien decida el servicio educativo que satisfaga su proyecto de vida.



CAPÍTULO III

PROTECCIÓN SUSTANCIAL Y PROCESAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE DE LAS COMUNIDADES NATIVAS EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

3.1. Cuestiones previas

De acuerdo con los Censos Nacionales, XI de Población y VI de Vivienda, en el Perú contamos con una población indígena que asciende a 332,975 (trescientos treinta dos mil novecientos setentaicinco) personas, divididas en 13 (trece) familias lingüísticas –Arahuaca, Cahuapana, Harakmbut, Huitoto, Jibaro, Pano, Peba-Yagua, Quechua, Sin Clasificación, Tacana, Tucano, Tupi-Guaraní, y Zaparo¹⁸⁵–. Es pertinente referir que la riqueza lingüística de nuestro país es singular, toda vez que en la región somos los únicos que ostentamos tal número de familias lingüísticas; obviamente con otros países como Bolivia y Ecuador compartimos algunas de estas familias.

En nuestro país existen al menos 158,112¹⁸⁶ de niños, niñas y adolescentes indígenas que demandan un servicio educativo que respete su derecho a la identidad cultural y en consecuencia solicitan que sus respectivas lenguas originarias sean incorporadas como instrumentos y objetos de enseñanza. Resulta curioso como a lo largo de nuestra historia han coexistido un sistema educativo formal y otro real, el primero planteado y ejecutado por un Estado ciego a la diversidad existente en su territorio, el segundo brindado por los pueblos indígenas en procura de la subsistencia de su cultura.

Este divorcio entre educación formal y educación real¹⁸⁷ que proviene desde la época de la colonia, es el vientre que engendra la mayoría de los conflictos sociales que hoy enfrenta el Estado Peruano, por lo que corresponde a nuestro Estado atender con un

¹⁸⁵ Instituto Nacional de Estadística e Informática. 2007. *Informe Ejecutivo II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana 2007*. Lima. Consulta: 12 de octubre de 2012. <http://censos.inei.gob.pe/Censos2007/PagCensos_ResultadosComunidadesIndigenas1.asp>

¹⁸⁶ *Ibidem*

¹⁸⁷ Peña Jumpa, Antonio: “El Derecho a la educación intercultural y bilingüe desde una perspectiva Plurilegal”, En: Revista *Ius Inter Gentes*, pág. 98.

servicio educativo adecuado a la población culturalmente diferente, teniendo en cuenta la situación económica social en que la mayoría de peruanos culturalmente diversos se encuentran.

3.2. La tutela de las comunidades nativas en la historia constitucional peruana

La educación intercultural bilingüe de los *pueblos indígenas* como asunto con relevancia constitucional es de reciente fecha. Teniendo como objetivo una correcta determinación del contenido, los mecanismos de tutela que este atributo tiene en el ordenamiento nacional y las reformas necesarias, resulta oportuno hacer una concisa referencia a la historia de nuestra educación, así como a la consagración de los pueblos indígenas en nuestros textos constitucionales.

El sistema educativo peruano tiene tres períodos, marcados por nuestra historia, el incaico, el colonial y el republicano. Empero debemos indicar que entre las citadas etapas existen momentos interesantes a considerar, como la *pre-incaica* y de la educación en la época de la *emancipación*. Hacemos nuestras las palabras de Carlos Daniel Valcárcel¹⁸⁸ cuando anota que en la etapa incaica es importante “(...) *la presencia del Amauta y de la Mamacuna, educador y educadora autóctonos, cuyo teatro de operaciones fue el Yachaywasi y el Acllawasi, respectivamente*”; que en la época colonial se estudian “(...) *los niveles elementales, intermedios y universitarios* (...); que en este período es grande la influencia española sobre todo en la tarea evangelizadora; y por último manifiesta que en la “(...) *etapa republicana se pretende organizar una educación democrática* (...), empeño que ha quedado sólo en intenciones hasta nuestro días.

Convenimos que el conocer nuestro sistema educativo originario nos brindará herramientas esenciales para la elaboración de correctas políticas de Estado, toda vez

¹⁸⁸ Valcárcel Carlos: *Breve historia de la educación peruana*. Lima: Minerva, 1975, pág. 7. El autor acertadamente sostiene que es indispensable el conocimiento del pasado educativo peruano, a fin de contrarrestar el predominio exclusivo y excluyente del conocimiento de la educación universal, olvidando el mundo en el cual nuestro educador realiza su tarea.

que los grupos culturalmente diferenciados mantienen dentro de su organización alguna de las figuras presentes en el sistema educativo peruano originario. Para citar un ejemplo, cuántos de nosotros conocemos el origen de la educación femenina en la cultura originaria peruana¹⁸⁹, y como ésta en la actualidad se manifiesta en numerosas comunidades campesinas; el conocer ello nos daría las herramientas necesarias para legislar e implementar políticas públicas útiles y eficaces.

Antes de iniciar el recuento del tratamiento constitucional otorgado a los pueblos indígenas en el Perú, es indispensable señalar que en nuestra normativa los pueblos indígenas serán las comunidades campesinas y nativas, pero en esta década se prefiere denominarlos *pueblos originarios*. A lo largo de nuestra historia constitucional las *comunidades indígenas* en un inicio, luego *comunidades campesinas y nativas* (desde la Reforma Agraria, específicamente con el decreto Ley N° 17716, del 24 de junio de 1969), recién obtienen un reconocimiento constitucional en el siglo XX.

Es pertinente antes de continuar, apuntar que convenimos con el profesor Domingo García Belaunde¹⁹⁰ cuando sostiene que la historia constitucional peruana no sólo es aquella que se inicia con nuestra vida republicana, sino también la que se desarrolló entre 1780 y 1820, denominada *Pre historia Constitucional*, período en el que suceden dos hechos relevantes: *a)* La dación de la Constitución de Bayona (1808) y *b)* La Carta de Cádiz (1812). Asimismo, sabemos que en 1820 se inicia nuestra historia constitucional en estricto sentido, la que es dividida en 4 (cuatro) períodos: Primer periodo 1820-1860; Segundo periodo 1860-1920; Tercer periodo 1920- 1979 y Cuarto período 1979-1993¹⁹¹.

El Perú a inicios del siglo XX da los primeros pasos para abandonar el afán de ciudadanizar a su población dentro de un proyecto mono-cultural; ello se explica –en lo que el profesor Domingo García denomina tercer período de nuestra historia

¹⁸⁹ Aquí nos referimos a la cultura incaica, por ser aquella de la cual tenemos mayor documentación.

¹⁹⁰ García Belaunde, Domingo: “Bases para la Historia Constitucional del Perú”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXXIII, núm 98, mayo –agosto, México: 2000, págs. 568 -570.

¹⁹¹ *Ibidem*.

constitucional, específicamente el 18 de enero de 1920– con la promulgación de la Constitución de 1920, que contiene el primer reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas. Dicha Carta en su artículo 58¹⁹² reconocía a las *comunidades indígenas como sujeto colectivo*¹⁹³, claro está dentro de la lógica de un Estado que se sustentaba en la ficción de la homogeneidad cultural. *Como lo hemos afirmado, antes de esta elevación constitucional, se identificaba nación con la idea de un sólo pueblo con una sola cultura, religión, idioma e identidad, el cual debía estar regido por una sola ley y sistema de justicia*¹⁹⁴.

Posteriormente, el legislador de 1933, con fecha 19 de marzo de dicho año, decidió otorgar a las comunidades de indígenas todo un título¹⁹⁵. De una lectura de los artículos correspondientes se advierte que el Estado peruano continuó con la negación de la pluralidad cultural en nuestro país, a pesar de que la realidad nos invitaba cuando menos reconocerla.

¹⁹² “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 corresponden”, Constitución de 1920, citado en Gregor Barié, Cletus: *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: Un panorama*. México, D.F.: INI (Instituto Nacional Indigenista). III (Instituto Indigenista Interamericano), 2000, pág. 457.

¹⁹³ Yrigoyen Fajardo, Raquel: *Tratamiento Judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario, organizado por la Asociación Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal y por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Arica, 13-17 de marzo, 2000. Consultado en <http://www.alertanet.org>, el 15 de octubre de 2012.

¹⁹⁴ Lecciones de Derecho Constitucional celebradas por el maestro Raul Ferrero Costa en la UNMSM, 2012.

¹⁹⁵ “Título XI Comunidades Indígenas. Artículo 207.- Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.

Artículo 208.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente.

Artículo 209.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inalienable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

Artículo 210.- Los Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades.

Artículo 211.- El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29.

Artículo 212.- El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen”.

Por otro lado, la Ley Fundamental de 1979, surgida en un momento de transición democrática, mantiene algunos elementos del régimen anterior en temas indígenas como el *monismo legal*, desconociendo el derecho consuetudinario¹⁹⁶ de los pueblos indígenas, esencial para desarrollar su proyecto de vida en concordancia con sus normas. Pese a la concertación política lograda para la emisión de la Carta de 1979, dicho consenso político fue ciego a nuestra realidad nacional, tal vez porque, a decir de Víctor Raúl Haya de la Torre¹⁹⁷, si bien el campesinado, indígena en su mayoría era vasto, también era ignaro y no tenía consciencia de clase.

En la Constitución de 1979¹⁹⁸ continúa la sobrevaloración de la cultura predominante como superior, avanzada, civilizada, y si bien reconocía algunos aspectos de otras culturas, lo hacía bajo una mirada paternalista. Ello se evidencia en el último párrafo de su artículo 161°, que prescribe que: “(...) *el Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades campesinas y nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes*”. La precitada Constitución, como sus antecesoras, no aceptó el carácter multicultural de nuestra sociedad.

Si bien la Carta de 1979 hizo novedosamente mención a algunos temas como la propiedad comunal, creemos que el Estado Peruano decidió tutelar la *propiedad de las comunidades nativas* con el interés soterrado de tener poder sobre algo que antes no reconocía y que por conveniencia tuvo que aceptar. Es menester anotar que la Ley

¹⁹⁶ Entendemos por derecho consuetudinario el sistema de normas, valores y principios que permite a los pueblos y comunidades regular su vida social, resolver conflictos y organizar el orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de sus usuarios y percibidas como propias. También incluye las reglas para crear o ***cambiar reglas***.

¹⁹⁷ Germaná, César: “La polémica Haya de la Torre – Mariátegui, reforma o revolución en el Perú”, en *Análisis* – Nº 2-3. Lima: 1977, pág. 153.

¹⁹⁸ “Capítulo VIII. De las comunidades campesinas y nativas: Artículo 161.- La 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. Propicia la superación cultural de sus integrantes.

Artículo 162.- El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomentan las empresas comunales y cooperativas.

Artículo 163.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad”.

fundamental precitada hace una diferencia interesante entre comunidades. Las comunidades indígenas fueron subdividas en *campesinas* y *nativas*. Estimamos que la diferencia entre ambas radica en que mientras la comunidad campesina lucha por su institucionalización, la comunidad nativa lucha por sobrevivir, y mientras la primera no acepta su carácter indígena, la segunda la enarbola como bandera de lucha. La falta de identidad indígena de las comunidades campesinas es consecuencia de la opresión practicada por los colonizadores, no obstante es pertinente recordar que “(...) *las comunidades campesinas son las sucesoras de los ayllus incaicos y de las comunidades indígenas coloniales y republicanas, y que las comunidades nativas son las de la selva (...)*”¹⁹⁹.

3.3. Protección sustancial del derecho a la EIB de las comunidades nativas en el ordenamiento jurídico peruano

El ordenamiento peruano es el conjunto de normas emitidas por los entes correspondientes para garantizar la convivencia social. En términos constitucionales es frecuente dividir el ordenamiento jurídico en constitucional y en infra constitucional, división que tiene efectos prácticos tales como determinar las cuestiones constitucionales atendibles a través de procesos constitucionales, así como establecer las fuentes del Derecho. Es pacífico asumir que la Constitución, en tanto que contiene normas, es fuente de Derecho. *La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma de la normativa estatal*²⁰⁰.

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional

¹⁹⁹ Pareja Paz Soldán, José, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, Tercera Edición, Lima: 1984, pág. 534.

²⁰⁰ Tribunal Constitucional en sentencia recaída en la STC N° 00047-2004-AI/TC, Fundamento N° 9.

*Peruano*²⁰¹. Admitida la naturaleza normativa de la Constitución, corresponde analizar si dentro de esta norma de normas está suficientemente regulado el derecho fundamental a la educación intercultural bilingüe (EIB).

3.3.1. Consagración del derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB) de las comunidades nativas en la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 es resultado de lo decidido por el Congreso Constituyente Democrático de 1992, que elaboró la Carta fundamental en un ambiente de autoritarismo, ya que el Presidente de la República hasta dicha fecha tenía un origen democrático, pero en abril de 1992 disolvió el Parlamento buscando otorgarse una Ley fundamental que se ajuste a sus ambiciones políticas. Si bien es conocido que la Constitución del 1993 fue elaborada a medida de Fujimori, no podemos negar los avances jurídicos que ella trajo consigo, siendo uno de ellos la consagración por vez primera de los derechos indígenas a nivel constitucional

Coincidimos con la Defensoría del Pueblo cuando afirma que en *nuestra Constitución vigente observamos el reconocimiento de los siguientes derechos: el pluralismo cultural existente en nuestra sociedad, el derecho individual a la identidad diferenciada y el derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir respeto y protección por parte del Estado*²⁰². En este marco del reconocimiento de la diversidad cultural, el Estado Peruano consagra derechos específicos a las comunidades campesinas y nativas como son el derecho a su identidad cultural, el derecho a la lengua propia y el pluralismo legal. La fórmula nacional está inspirada en la Constitución Colombiana de 1991.

²⁰¹ Tribunal Constitucional en sentencia recaída en la STC N° 00047-2004-AI/TC, fundamento 9 "(...) Si bien este Colegiado le ha reconocido la Constitución el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante. Así, en el Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, STC N.º 0014-2003-AI/TC, afirmó que:

(...) la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autor representación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema".

²⁰² Defensoría del Pueblo: *Consulta Nacional: Hacia una Ley de rondas*, Lima: Defensoría del Pueblo, abril, 2002.

La Carta de 1993 en diversos artículos de manera expresa consagra algunos derechos propios de los pueblos indígenas, siendo estos: el artículo 2º inciso 19), el artículo 15º, el artículo 17º, el artículo 48º, el artículo 89º y el artículo 149º.

El artículo 2º, inciso 19) prescribe que toda persona tiene derecho: “A su *identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación*”. En este artículo encontramos el fundamento de la constitucionalidad del atributo a la Educación Intercultural Bilingüe, ya que una forma de reconocer y tutelar la pluralidad étnica y cultural que ostenta nuestra sociedad, es haciendo que el Estado brinde el servicio educativo adecuado a cada peruano culturalmente diferenciado; así el servicio educativo adecuado será posible si y solo si se otorga espacio al diálogo intercultural. Dicho diálogo permitirá a la organización estatal asumir que las diferencias que los pueblos indígenas reclaman resultan vitales para su subsistencia.

De ello podemos sostener que la Educación Intercultural Bilingüe se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento constitucional, **mas no está suficientemente regulada** en el texto constitucional. Empero debemos reconocer que para algunos, como el profesor Peña Jumpa²⁰³, se encuentra consagrada en el artículo 17º de la Constitución al prescribir que:

“La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.

Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.

El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera.

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo **fomenta la educación bilingüe e intercultural**, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones

²⁰³ “(...) Este derecho está expresamente regulado en el artículo 17º de la Constitución, donde se regula (...)” en Peña Jumpa, Antonio: “El Derecho a la educación intercultural y bilingüe desde una perspectiva plurilegal.” En: Revista *Ius Inter Gentes*, pág. 98.

culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional (resaltado nuestro).

Debemos expresar algunas precisiones a tal afirmación desde nuestro punto de vista. Toda vez que si bien en el precitado artículo 17° se hace referencia a la *educación intercultural bilingüe*, tal regulación por sí misma no engloba en la totalidad los contenidos o la naturaleza de la EIB, ya que la norma constitucional del Artículo 17 expresa que la EIB debe ser una cuestión que el Estado debe *fomentar*. Este artículo expresa solo un ámbito o manifestación de la EIB, como es la obligación del Estado peruano de fomentar o promover la EIB, pero la EIB no se acaba en la obligación del Estado de *fomentar* en las comunidades nativas esta educación diferenciada, sino que es el primer paso de muchos otros.

La EIB en una sociedad multicultural es un derecho de primer orden, ya que es una herramienta eficaz para alcanzar la integridad nacional y para el desarrollo cultural, por tanto la tarea del Estado no debe limitarse, como se indicó, a *fomentar* la EIB, sino que debe estar orientada a brindar un servicio educativo adecuado a los peruanos culturalmente diferenciados, en atención a los mandatos constitucionales como son la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad y a la diversidad cultural. Creemos que un razonamiento diverso quiebra la unidad que una Ley base debe mantener.

Un elemento a considerar en la actual redacción del artículo 17°, es que la EIB normativamente está relacionada al analfabetismo, situación que evidencia que nuestra Constitución actual mantiene elementos de una visión paternalista y etnocéntrica, como expresa Peña Jumpa²⁰⁴. La población de lengua diferente al castellano o español se le considera analfabeta, incapaz o sin preparación, lo que evidencia la insuficiencia normativa advertida.

Por ello, si nos restringimos al artículo 17°, observamos que en él se regula un mandato al Estado peruano solo para "*fomentar*" la *educación intercultural bilingüe*. Nosotros creemos que el vocablo "*fomento*" resulta insuficiente para la integración cultural peruana anhelada, el respeto y desarrollo de las comunidades nativas, ya que en

²⁰⁴ Ídem, pág. 99.

tanto los derechos fundamentales son mandatos de optimización, el citado vocablo puede ser mal utilizado por los gobiernos de turno a fin de justificar la omisión de la implementación de políticas públicas relacionadas a la EIB.

Por lo expuesto reafirmamos que una alternativa de solución sería la necesaria y urgente reforma constitucional, a fin que se consagre de manera expresa la EIB como una manifestación constitucional del derecho a la identidad cultural y se prescriba la obligación del Estado a respetarlo. Ello en atención a que si la educación en general promueve el desarrollo integral de una persona, entonces la EIB promoverá el desarrollo de los peruanos culturalmente diferenciados, lo que implica un desarrollo del grupo al que pertenecen también, situación que finalmente contribuirá al desarrollo de la nación peruana.

En atención a ello, proponemos un modelo enunciativo del artículo que se debe incorporar a la Constitución Peruana, consagrando de manera adecuada a la educación intercultural bilingüe; es como sigue:

Artículo 17-A: Educación Intercultural Bilingüe

El Estado reconoce el plurilingüismo de la nación. En consecuencia la educación que se imparta en las comunidades campesinas o nativas será intercultural bilingüe.

Con este reconocimiento expreso de la EIB, el Estado peruano estaría en la misma situación que los demás países sudamericanos, que cuentan una cantidad significativa de comunidades nativas. La regulación expresa de la EIB en los textos constitucionales es una continua práctica de los Estados de Sudamérica, como Colombia, Ecuador y Bolivia. Ello debido a que Sudamérica se encuentra enfrentando el reclamo generalizado de aquellos grupos mayoritarios, pero con poca presencia en los círculos donde se deciden las cuestiones de Estado.

Pero hasta que no se regule de forma expresa la EIB en nuestra Constitución, no significa en modo alguno que en el Perú las comunidades nativas no tengan el derecho

fundamental a una Educación Intercultural Bilingüe. Por el contrario, si bien no hay regulación expresa en la Constitución de 1993, nosotros sostenemos y demostramos en el presente trabajo que en la Constitución de 1993 si se reconoce y protege a la EIB.

La EIB es considerada como un contenido implícito en los términos del artículo 3° de la Constitución, toda vez que la EIB se funda en el Estado pluricultural que ostenta el Estado peruano, Estado pluricultural que ha sido definido por el propio Tribunal Constitucional, así como en la dignidad de la persona. También encuentra su reconocimiento en los artículo 2°, inciso 19, donde se reconoce a la identidad cultural y al uso de todo peruano de su propio idioma, este artículo conjuntamente con el artículo 17°, *in fine*, donde se prescribe la obligación del Estado a fomentar la educación intercultural bilingüe, y el artículo 48° de la Constitución, en el cual se reconoce como idiomas oficiales a las lenguas aborígenes en las zonas que predomine, nos permite establecer que la EIB es un derecho fundamental reconocido de forma implícita en la Constitución de 1993.

En tal sentido, se puede sostener que la no consagración taxativa del derecho a la educación intercultural bilingüe en nuestro texto constitucional no supone la negación de su fundamentalidad o su carácter de derecho constitucional. Nosotros efectivamente coincidimos con dicha postura, empero, como los hemos manifestado, en un país sediento de unidad en sus miembros y con la urgencia de solucionar diferencias desatendidas por siglos, la regulación constitucional de la EIB evidenciaría una política diferente hacia los pueblos indígenas peruanos y daría inicio a una etapa de diálogo intercultural necesario y urgente.

Es pacífica la doctrina que admite que la EIB ayuda a la integración nacional y a su vez ésta generará condiciones de paz que atraerán más inversiones económicas al país, es decir la EIB colabora con el desarrollo económico del Perú desde la perspectiva del Perú oficial, pero desde la perspectiva de las comunidades nativas contribuye a la preservación de sus tradiciones y de su cosmovisión.

Debemos añadir que coincidimos con quienes consideran que la EIB orienta su desarrollo en las lenguas oficiales existentes en nuestro país, pues el Perú, de acuerdo con la Constitución reconoce como oficiales a todas las lenguas presentes en su territorio²⁰⁵. De modo que, a partir del reconocimiento de la EIB como contenido fundamental de la identidad cultural, de conformidad con la cláusula de *numerus apertus* de los derechos fundamentales consagrada en el artículo 3° de la Constitución, basada además en el tipo de Estado pluricultural que ostenta el Estado peruano, y desde una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 19, artículo 17°, *in fine*, y artículo 48° de la Constitución, se define a la EIB como un derecho constitucional.

A partir de estas disposiciones constitucionales, sostenemos que las comunidades nativas peruanas gozan del derecho fundamental a la educación intercultural bilingüe, posición que toma mayor fuerza con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano, donde se puede evidenciar que el órgano supremo de interpretación de la Constitución ha reconocido a la identidad cultural como un componente esencial de la Constitución multicultural, así como la presencia en Perú de un Estado pluricultural, y también reconoce la obligación que tiene el Estado para fomentar e implementar las medidas necesarias para el goce de una Educación Intercultural Bilingüe, elementos que contribuyen a plasmar y configurar el contenido del derecho a la Educación Intercultural Bilingüe.

3.3.2. El derecho a la educación intercultural bilingüe reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano

El Tribunal Constitucional peruano, en sendas sentencias ha tenido la oportunidad de definir y delimitar el contenido del derecho a identidad cultural como un derecho fundamental expresamente reconocido en la Constitución. De tal manera, este derecho fundamental de las comunidades nativas, recalca la importancia que tiene el

²⁰⁵ Artículo 48°.- “Idiomas oficiales

Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

lenguaje o lengua autóctona para preservar, fomentar y difundir la cultura de una comunidad determinada.

En este sentido, si uno de los contenidos principales o manifestaciones esenciales de la identidad cultural es el lenguaje autóctono de la comunidad, la educación que han de recibir los integrantes de una comunidad nativa y la forma como han de transmitir sus conocimientos ancestrales y tradiciones se ha de hacer respetando la lengua madre. Y este derecho se consigue por intermedio de una EIB, la misma que si bien no tiene un reconocimiento expreso en nuestra Constitución, como se ha indicado, la EIB se desprende o se fundamenta a partir del derecho a la identidad cultural consagrada expresamente en la Constitución, y a través de la figura de los derechos no enumerados (*númerus apertus*) consagrado en el artículo 3° de la Constitución peruana de 1993, así como de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 19, artículo 17°, in fine, y artículo 48° de la Constitución.

En este sentido, hay que tener presente que el derecho fundamental a la EIB se erige como un derecho fundamental autónomo, pero tiene un nacimiento o está ligado a la identidad cultural y es un derecho fundamental implícito, que se basa en la dignidad de la persona y en la forma pluricultural del Estado peruano.

De esta manera, para definir y delimitar el derecho a la EIB como contenido de un derecho fundamental, corresponde primero conocer el contenido del derecho a la identidad cultural, la constitución multicultural, las obligaciones del Estado en relación a las comunidades nativas, al Estado peruano como un Estado pluricultural y pluriétnico, las responsabilidades estatales en materia educativa, luego y definir el derecho a la EIB conforme a lo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en el marco de estos bienes o contenidos constitucionales.

Como se indicó, si bien no existe un reconocimiento expreso en la Constitución de este derecho fundamental, a partir de los contenidos constitucionales desarrollados por el Tribunal Constitucional peruano nos es posible reconocer a la EIB, como un

contenido nuevo del derecho a la identidad cultural, de conformidad con el artículo 3° de la Constitución, que se funda en el Estado multicultural y pluricultural conforme a los contenidos definidos por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, concordante con el artículo 2°, inciso 19), artículo 17° *in fine* y artículo 48° de la Constitución. En tal sentido y en lo que respecta a la identidad cultural tenemos:

Identidad cultural

En primer término veamos lo que ha señalado el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la identidad cultural. Concretamente, que “(...) *el derecho a la identidad cultural fue introducido como “novedad” en el texto constitucional de 1993, al establecerse en su artículo 2°, inciso 19), el derecho de toda persona: “19) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.* Así, continua señalando “*La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. Por un lado se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de “(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico”;* y, por otro, *de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie”.*²⁰⁶

²⁰⁶ Tribunal Constitucional, STC N° 0006-2008-AI, fundamentos 18-19.
<http://www.tc.gob.pe>

Sobre la identidad étnica, ha sostenido: *“La identidad étnica, como especie del género “identidad cultural”, ha merecido también atención de la comunidad internacional. Así, el artículo 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: Artículo 27.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. El objeto de tutela de este dispositivo es el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios. Sin embargo, dada la amplitud semántica que tiene el término “vida cultural” utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse sólo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no sólo a los grupos étnicos”*.²⁰⁷

Concluye el Tribunal afirmando que, *“[a] partir de esta consideración, y conforme lo señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Esto significa, considerando lo hasta aquí expuesto, que el artículo 2°, numeral 19) de la Constitución, que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, se robustece en su interpretación a la luz del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y, supone al mismo tiempo, un compromiso del Estado peruano con la comunidad internacional, en la medida que el Perú ha ratificado dicho Pacto con fecha 28 de abril de 1978 y, en la medida también, que conforme al artículo 55° de la Constitución, “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho Nacional”*.²⁰⁸

²⁰⁷ Ibídem

²⁰⁸ Ibídem.

Asimismo, el derecho a la identidad cultural ha sido concretizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, delimitando sus contenidos como los de la constitución multicultural y los de un derecho fundamental. En este sentido, ha puntualizado: “(...) *que los derechos que reconoce la Constitución en el mencionado artículo 2º, vistos en conjunto con lo previsto en el artículo 21º, y a partir de la dimensión constitucional de la dignidad humana como premisa antropológica, (...) constituyen la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias (STC 0042-2004-AI/)*”.²⁰⁹

Así, como derecho objetivo, “*la identidad cultural de los grupos sociales y, de las personas en general, se construye a partir de un conjunto de percepciones de carácter objetivo- subjetivo, respecto a una serie elementos culturales y de representación. Estos elementos y prácticas sociales caracterizan a los grupos humanos, definiéndolos, individualizándolos y diferenciándolos de otros grupos, y generando entre ellos lazos de pertenencia. Pueden ser de diversa índole: lingüísticos, religiosos, políticos, históricos, (identificación con un pasado común), costumbres ancestrales, paisajes naturales monumentos históricos restos arqueológicos, monumentos de importancia arquitectónica, producción material e inmaterial, entre otras posibilidades por agotar. En cuanto expresión de la cultura de un pueblo, los elementos que forman su cultura, así como sus prácticas ancestrales y, en general, el patrimonio cultural de los pueblos, puede también ser tutelados como expresión del derecho a la identidad cultural, en la medida que representan la vida cotidiana mantenida a través del tiempo que refleja la historia y las aspiraciones de un grupo o una comunidad*”.²¹⁰

En cuanto derecho subjetivo, el Tribunal Constitucional ha precisado “[l]a protección que deba brindarse a la identidad cultural como derecho subjetivo que se

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Ibidem.

sustenta en tales manifestaciones culturales, importa no obstante la identificación de qué debe considerarse como patrimonio cultural. Una primera respuesta a dicha cuestión la ofrece la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación (Ley N.º 28296), dispositivo destinado a establecer políticas nacionales de defensa y protección de los bienes que constituyen patrimonio cultural de la nación. El artículo II de su Título Preliminar, en efecto, define a los bienes integrantes del mismo en los siguientes términos: *Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del que hacer humano –material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo (...)*.²¹¹

Finalmente, entre otros²¹², en un proceso de inconstitucionalidad ha precisado y dado mayores detalles sobre los contenidos del derecho a la identidad cultural. Así, ha establecido, *“el derecho a la identidad étnica, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho “supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]” (HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Tecnos, Madrid; 2000, p. 34). En la STC 03343-2007-PA/TC, este Tribunal recogió lo expuesto en la Resolución*

²¹¹ Ibídem.

²¹² Además, *vid.* Tribunal Constitucional, STC N.º 03343-2007-AA/TC, Fundamentos 27-30. Esta ejecutoria se define y se delimita nuevamente los contenidos del derecho a la identidad cultural y étnica. <http://www.tc.gob.pe>

Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es: “el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]”²¹³
(Subrayado agregado).

Obligación del Estado peruano para promover la identidad cultural y la EIB

Por otro lado, el Estado peruano, configurado como un Estado Democrático de Derecho, con contenido social y pluricultural, cumple un rol preponderante no solo en la promoción de los derechos de las comunidades nativas, sino que tiene un deber particular de protección y tutela de los derechos fundamentales de que gozan estas comunidades, en los cuales resalta, por supuesto, el derecho a la identidad cultural y conforme a éste, el derecho a una Educación Intercultural Bilingüe.

Así, el Tribunal Constitucional peruano ha puesto de relieve las obligaciones que tiene el Estado peruano sobre los derechos de las comunidades nativas. Derechos a los cuales se encuentra vinculados, como a cualquier otro derecho fundamental; en este marco, ha precisado la forma de vinculación, los límites que ostenta el legislador cuando va a regular una materia sobre las comunidades y las responsabilidades de los distintos órganos e instituciones que conforman el Estado en lo tocante a los derechos de las comunidades. En este caso particular, sobresale el respeto que ha de tener el Estado sobre el derecho a la identidad cultural, mecanismo que nos sirve también para delimitar y definir las obligaciones que asume el Estado en cuanto al derecho a una Educación Intercultural Bilingüe.

²¹³ Tribunal Constitucional, STC N° 0022-2009-AI/TC, Fundamento 5.
<http://www.tc.gob.pe>

Así, el Tribunal Constitucional ha anotado, *“el principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”*.²¹⁴

Y en relación a las acciones positivas para garantizar los derechos de las comunidades nativas el Tribunal Constitucional ha prescrito que: *“(…) cuando el artículo 103° de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de las diferencias de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2°, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno este artículo puede ser interpretado de forma tal que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos... Sin embargo, es necesario precisar tres aspectos cuya atención no puede pasar desapercibida: i) que la obligación de desarrollar tales*

²¹⁴ Tribunal Constitucional, STC N° 00015-2008-PI/TC, Fundamento 8.
<http://ww.tc.gob.pe>

*postulados de la Constitución no es sólo del Poder Legislativo sino del Estado en su conjunto, es decir, Poder Ejecutivo, Gobiernos Locales, Gobiernos Regionales, entre otros; ii) que la labor del Estado en promover la realización de la igualdad material, realizando acciones que remuevan situaciones de desigualdad y promoviendo la identidad cultural de diferentes comunidades, debe ser realizada en todos los casos observando la razonabilidad y proporcionalidad de la medida estatal a adoptarse, es decir, no puede obviarse el grado de afectación de aquellos otros bienes constitucionales que se puedan encontrar en conflicto o verse limitados en alguna medida por la medida estatal, de modo que la actuación del Estado debe encontrar el justo medio, equilibrio o la medida proporcional entre los bienes constitucionales que se encuentren comprometidos en una situación concreta; y iii) más allá de los beneficios que se pueda obtener como consecuencia de la implementación de la medida estatal, es indispensable la labor de control respecto de los fines para los que se han dictado las medidas estatales que favorecen tanto la igualdad como los derechos fundamentales. En cuanto a este último aspecto, resulta imprescindible que el propio legislador o en su caso el Poder Ejecutivo (conforme a la Segunda Disposición Final de la aludida Ley N.º 29363, que ordena al Poder Ejecutivo la emisión de normas reglamentarias), dicten normas que sirvan de modo efectivo para el control de los fines y objetivos establecidos en la Ley N.º 29363. No sólo resulta importante emitir normas jurídicas que reviertan condiciones de desigualdad, sino también, con igual importancia, que estas normas jurídicas efectivicen el control de los fines propuestos por el Estado”.*²¹⁵

Multiculturalismo en la constitución peruana

De otro lado, los derechos colectivos de las comunidades nativas, de forma especial la EIB, y las obligaciones del Estado sobre protección y promoción de estos derechos, no pueden enmarcarse fuera de una Constitución multicultural. De esta forma, la Constitución de 1993 ha reconocido el multiculturalismo y con ello a sus contenidos. La realidad social y las minorías que existen en nuestro país encuentran en la norma constitucional su mayor protección, en tanto que la sociedad como el Estado deben

²¹⁵ Ibídem.

respetar las diferencias culturales que se presentan, así como promover la vigencia de las mismas, no solo con medidas abstencionistas, sino, principalmente, con políticas públicas que permitan que las minorías no se vean socavadas o disminuidas en la vigencia de su cultura y de sus tradiciones.

De este modo, la existencia de una constitución multicultural, contribuye en el reconocimiento de la Educación Intercultural Bilingüe como un derecho fundamental. Como ya se mencionó, es a través del lenguaje que las culturas garantizan, transmiten y aseguran la existencia de su cultura y tradiciones. Y la lengua materna, en este sentido, garantiza que las minorías étnicas, como por ejemplo las comunidades nativas, protejan sus tradiciones y vida cultural de la sociedad occidental u oficial. Así, se puede sostener que si bien la EIB no ha sido expresa y taxativamente reconocida por la Constitución de 1993, ello no obsta o es un impedimento para reconocerla como derecho fundamental y por lo tanto exigible por parte de las comunidades nativas.

Todo lo contrario, si se revisa el artículo 3° de la Constitución de 1993, se observa que el constitucionalismo peruano ha adoptado la tesis de *númerus apertus* de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, toda vez que los derechos fundamentales de los peruanos no terminan en los derechos taxativamente expresados en la Constitución, sino, estos también están constituidos por aquellos derechos que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

En esta dirección, y conforme a lo desarrollado en la parte teórica del presente trabajo y en la uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que se está analizando, se demuestra que el Estado peruano es también un Estado pluricultural, dentro del cual el derecho a la identidad cultural y, de forma más específica, el derecho a la EIB, constituye uno de sus elementos principales, por no decir esenciales. Además, la propia Constitución en su artículo 2°, inciso 19, que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, lo hace teniendo en cuenta el derecho de todo peruano a usar su propio idioma. Razonamiento que es reforzado por el artículo 17°, *in fine*, de la

Constitución, donde se reconoce la obligación del Estado de fomentar la obligación bilingüe e intercultural y el artículo 48° de la Constitución, y como idiomas oficiales a lenguas aborígenes distintas al castellano. Con estos elementos se coadyuva a reconocer al EIB como un derecho fundamental reconocido y protegido en la Constitución.

Con esta finalidad, corresponde conocer los términos en los cuáles el Tribunal Constitucional peruano ha definido a la Constitución peruana como una constitución multicultural y ha reconocido al Estado peruano como un Estado pluricultural. Y sobre los cuales corresponde establecer a la EIB como un derecho fundamental.

El multiculturalismo para el Tribunal Constitucional, “(...) *puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. Este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [STC 0042-2004-AI/TC, fundamento 1]. Tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional*”.²¹⁶

En tal sentido, “*desde la perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea debe de repensarse. Lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la*

²¹⁶ Tribunal Constitucional, STC N° 01126-2011-PHC/TC, Fundamento 13.
<http://ww.tc.gob.pe>

*experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes. Este Colegiado ha indicado que la cláusula constitucional de igualdad [artículo 2, inciso 2 de la Constitución], contiene un reconocimiento implícito de tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto fundamental y como una aspiración de la sociedad peruana [STC 0022-2009-PI/TC, fund. 3]. La tolerancia a la diversidad contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado”.*²¹⁷

En este contexto, hay que tener en cuenta las implicancias que tiene el multiculturalismo, donde “*debe considerarse... que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son “menos avanzadas”, y como consecuencia de ello estarían irremediablemente destinadas a perder su identidad en un proceso de “superación cultural”, al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad”.*²¹⁸

Fundamentos a partir de los cuales el Tribunal Constitucional hace hincapié en la importancia que tiene el idioma con la constitución multicultural, para lo cual concluye señalando que“(...) *el constituyente ha expresado [lo que ya fue resaltado en la STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 4], en el artículo 2º, inciso 19 de la Constitución,*

²¹⁷ Ibídem.

²¹⁸ Ibídem.

*el derecho a la identidad étnica y cultural, y el artículo 48° que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89°, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, las que no son materia de prescripción, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149° permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. Es relevante mencionar también que el artículo 191° de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los consejos regionales y concejos municipales. Con ello, los pueblos indígenas han sido proveídos de herramientas legales cuyo objeto es proteger su existencia y su cosmovisión. De esta manera se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse siempre dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, el dialogo intercultural, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno”.*²¹⁹

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha detallado los fundamentos del *Estado pluricultural* en su jurisprudencia. Con lo cual se remarca el tipo de Estado que es el peruano y las obligaciones que asume en relación a las comunidades nativas y étnicas y a los derechos de identidad cultural y a la EIB.

Desde tal perspectiva se ha definido al Estado peruano como un Estado Pluricultural y Pluriétnico, donde a partir del “*artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente*

²¹⁹ Ibídem.

diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad. Así, en la STC 0042-2004-AI/TC, este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [fund. 1]. Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa”.²²⁰³

De tal modo, el multiculturalismo consagrado en la Constitución de 1993 comprende uno de sus contenidos el respeto y protección de las lenguas aborígenes o auténticas; al respecto, dice el Tribunal Constitucional: “(...) debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece del derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89 que establece que además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89°, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. ... Y si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialicen “dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1

²²⁰ Tribunal Constitucional, STC N° 0022-2009-AI/TC, Fundamento 3. <http://ww.tc.gob.pe>

de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)”.²²¹

De esta forma, se puede concluir en que, en la constitución multicultural peruana y en el Estado pluricultural establecidos en la Constitución de 1993 y desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha reconocido como derechos fundamentales el derecho a la identidad cultural y étnica, pero de forma especial, como una manifestación de derecho a la identidad cultural, el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe. En el caso de los primeros como derechos taxativamente reconocidos, y en el último de ellos –la EIB– como un derecho fundamental, en tanto contenido nuevo de un derecho fundamental taxativamente reconocido.

En esta dirección, la EIB se funda en la dignidad y en el tipo de Estado que tenemos en concordancia con lo dispuesto por los artículos 2°, inciso 19, artículo 17, *in fine*, y al artículo 48° de la Constitución. Razonamiento que ha si reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, “(...) *La Constitución señala como responsabilidades, tareas o funciones del Estado, las quince siguientes, entre otras: ...m) Fomentar la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Dicha responsabilidad guarda relación con lo establecido en el inciso 19) del artículo 2° de la Constitución, en donde se consigna el derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural. Con ello el Estado se encuentra obligado a reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la nación. A través de la educación bilingüe e intercultural se vigoriza y preserva la identidad cultural de los ciudadanos adscritos a las culturas nativas, además de viabilizar su interrelación con la comunidad nacional. La educación bilingüe e intercultural promueve el intercambio enriquecedor de valores y cosmovisiones coexistentiales. Es importante enfatizar que a lo largo y ancho del territorio nacional existen doce familias lingüísticas; n) Promover la integración nacional. El Estado preserva las diversas manifestaciones*

221 *Ibidem.*

culturales y lingüísticas de los educandos (artículo 17º, párrafo cuarto, de la Constitución)”.²²² (resaltado nuestro)

De esta forma, de una interpretación sistemática del tipo de Estado pluricultural que tenemos, de los derechos implícitos regulados en el artículo 3º, así como del artículo 2º, inciso 19, artículo 17º, *in fine*, y el artículo 48 de la Constitución, se reconoce a las comunidades nativas el derecho fundamental a la Educación Intercultural Bilingüe. Y ello toma mayor validez con lo sostenido por el Tribunal Constitucional peruano, el mismo que en su jurisprudencia ha reconocido a la EIB como derecho fundamental como acabamos de demostrarlo.

3.4. Tutela procesal del derecho a la educación intercultural bilingüe de las comunidades nativas del Perú

Los derechos constitucionales requieren de mecanismos judiciales de tutela ante indeseables amenazas o vulneraciones a derechos constitucionales por parte del Estado (eficacia vertical de los derechos fundamentales) o por terceros (eficacia horizontal). El ordenamiento peruano cuenta con dos clases de procesos para tutelar los derechos fundamentales. Las denominadas garantías constitucionales contempladas en la Constitución del Perú, reguladas en el Código Procesal Constitucional, y los denominados procesos ordinarios, dentro de los cuales se encuentran el proceso penal, el proceso civil, el proceso contencioso administrativo, etc.

Los procesos constitucionales u ordinarios garantizan la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales por un poder independiente a los sujetos obligados –públicos o privados– para la resolución de reclamos por amenaza o lesión de los contenidos de los derechos constitucionales, y que dado el caso obligue a su cumplimiento y establezca reparaciones o sanciones. Los órganos competentes para resolver procesos constitucionales o procesos ordinarios en lo que se evalúen la

²²² Tribunal Constitucional, STC N° 04232-2004-AA/TC, Fundamento 15. <http://ww.tc.gob.pe>

procedencia o no de una demanda que alega lesión a derecho constitucional alguno dependerán del sistema de control constitucional que adopte el país. En conclusión, podemos afirmar que los *derechos fundamentales*, dentro de ellos el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, y *los procesos que los tutelan, se constituyen en el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema democrático y en el instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales*²²³.

3.4.1. Los procesos “ordinarios” como instrumentos para la exigibilidad del derecho a la EIB de las comunidades nativas en el ordenamiento peruano

Los procesos ordinarios se caracterizan porque en ellos se dilucida la confrontación de intereses netamente subjetivos; el clásico ejemplo es el proceso civil. Es menester expresar que la calificación de *ordinario* no tiene un sentido peyorativo, sino que se busca enfatizar su diferencia con los procesos constitucionales que son extraordinarios. Así, hacemos nuestras las diferencias entre procesos constitucionales y ordinarios esbozadas por el Tribunal Constitucional Peruano²²⁴ estimando cuatro aspectos:

a) *Por sus fines*, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales. En el presente caso, se trata de la protección de un derecho fundamental como es el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe.

b) *Por el rol del juez*, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales. En la protección de la EIB el juez debe tener en cuenta la realidad social en la cual se ha resolver la controversia y la realidad culturales existente en la zona, de tal forma, acudirá de forma más recurrente a aplicar

²²³ Tribunal Constitucional, STC N° 00023-2005-AI, Fundamento N° 8.
<http://ww.tc.gob.pe>

²²⁴ Ibídem.

por ejemplo el principio de socialización del proceso para tutelar el derecho fundamental a la EIB, siendo la labor del juez preponderante y decisiva a la hora de resolver la demanda. Es decir, el juez en este proceso constitucional tiene un ámbito mayor de actuación que en los procesos ordinarios, donde está sometido a la actuación de las partes.

c) *Por los principios orientadores*, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de favor *processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales. Y no cabe duda que ante una realidad distinta a la oficial, estos principios serán los que guíen al juez para emitir una sentencia conforme al constitucionalismo multicultural, donde a nuestro parecer el principio de socialización tendrá un rol preeminente.

d) *Por su naturaleza*, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no sólo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia. De tal forma, los procesos constitucionales cuando tutelen el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, no sólo tutelarán el derecho de la comunidad nativa demandante, sino además se dará plena vigencia al constitucionalismo multicultural que contiene la Constitución de 1993, así como al Estado pluricultural que ha adoptado el Perú.

En esta dirección, los procesos ordinarios pueden ser: Procesos declarativos, los cuales tiene como finalidad establecer un derecho que hasta ese momento era incierto, no reconocido por el ordenamiento jurídico. Procesos de ejecución, suponen por parte del accionante la seguridad de la existencia de un derecho, pero que a pesar de ello la autoridad o el particular no lo reconoce o lesiona, haciéndose necesaria la intervención del juez, quien ordenará para que el derecho manifiestamente cierto, como

*son los derechos constitucionales, sean ejercidos, tutelados, reparados o indemnizados. Y, los procesos cautelares que sirven para que el juez adopte medidas anticipadas, con el propósito de garantizar en el futuro del cumplimiento del fallo definitivo*²²⁵.

Teniendo en cuenta esta clasificación, ninguno de estos procesos ofrece una tutela urgente, en lo que respecta a su configuración, y tampoco consiguen una tutela reparadora, es decir, que garantice la eficacia de un derecho fundamental como la EIB.

De tal modo, en lo que respecta a la tutela de la EIB, este no puede ser tutelado a través de los procesos ordinarios, ya que, como hemos advertido, estos, debido a su estructura no tienen como finalidad la restitución de un derecho conculcado, es decir garantizar el pleno goce u ejercicio reponiendo las cosas al estado anterior de la vulneración, o expresado en otros términos, reparando su ejercicio o eficacia, sino que tienen fines sancionadores, constitutivos, ejecutivos o de satisfacción temporal. Fines que se alejan o distan de la protección de un derecho fundamental

Por otro lado, y en términos procesales, la iniciación de un proceso ordinario implicaría en numerosos casos que la justicia llegue tarde y se haga insatisfactoria la solución, y de otro la onerosidad que implican los procesos ordinarios, que implican el gasto en aranceles o tasas judiciales, los mismos que hacen como procesos no idóneos para tutelar los derechos fundamentales de las comunidades nativas, dada su peculiar situación en la que se encuentran y poco manejo de las instituciones procesales y jurisdiccionales oficiales que existen en el Estado..

Descartada la posibilidad de tutelar la EIB por medios o procesos judiciales ordinarios, corresponde ahora analizar la viabilidad de los procesos constitucionales para tutelar el derecho fundamental a la EIB.

²²⁵ Tribunal Constitucional STC N° 00023-2005-AI. Fundamento N° 8 -12. www.tc.gob.pe

3.4.2. Los procesos constitucionales como mecanismos de tutela del derecho a la EIB de las comunidades nativas del Perú.

El derecho a la educación intercultural bilingüe (EIB), vinculado al derecho constitucional del derecho fundamental a la identidad cultural, tiene en los procesos constitucionales su cauce natural ante cualquier amenaza o lesión, toda vez que un proceso constitucional tendrá la finalidad de reponer la vigencia de un derecho constitucional. Lo expresado requiere que definamos al proceso constitucional, por ello diremos que para que un proceso pueda ser catalogado de constitucional debe reunir las siguientes características: *a)* debe estar creado directamente por la Constitución; *b)* debe tener existencia propia o configuración autónoma; y *c)* tenga por objeto resolver controversias jurídico-constitucionales en forma inmediata y directa.

Establecidas las condiciones para que un proceso sea calificado de constitucional, es menester conocer las características que deben considerarse en un proceso constitucional vinculando al derecho a la EIB:

a) Celeridad hace referencia la rapidez procesal que debe regir en este tipo de procesos. Esto se evidencia en una simplificación procesal de la cuestión probatoria, así se debe evitar aquellas audiencias innecesarias. De allí que se excluye los rituales excesivos y se permite la subsanabilidad de la acción así como su convertibilidad, situaciones inadmisibles en proceso ordinarios. La *celeridad* también está dada porque los plazos establecidos son más breves que en otros procesos, ello en atención a la finalidad tuitiva de los derechos fundamentales, de un lado, y de otro, esclarecer rápidamente una situación jurídica de constitucionalidad.

Para la tutela de la EIB, se requiere que el Proceso Constitucional, como puede ser el Amparo, se resuelva en un plazo corto y breve, en la medida que las personas beneficiadas puedan acceder a una educación bilingüe lo más pronto posible y responda a sus necesidades y expectativas, que han sido postergadas por muchos años. En estos términos, además se ha de precisar, como derecho fundamental la EIB requiere de una tutela urgente y eficaz, y los plazos y etapas del Proceso Constitucional garantizan esta finalidad.

b) Sencillez. Se busca evitar las complicaciones procesales que lleven a desvirtuar el sentido tuitivo de estos procesos y de otro, facilita el acceso de los ciudadanos a los mecanismos tuitivos por ejemplo, gratuidad en la actuación del demandante, no requiere de firma de Abogado para el habeas corpus, etc.

En esta dirección dada la complejidad de los procesos judiciales, y los requisitos formales que se exigen en su tramitación, es recomendable que las comunidades nativas se les exija el mínimo de requisitos para acceder a la justicia constitucional, así como facilitarles las condiciones para litigar, teniendo en cuenta la falta de familiaridad con la jurisdicción oficial o estatal. En esta dirección, al ser los procesos constitucionales, sencillos, que no están imbuidos de exigencias formales y procedimentales complejas, son medios adecuados para tutelar el derecho a la EIB.

c) Publicación. Los procesos tienen un carácter eminentemente público. El bien jurídico protegido son las disposiciones constitucionales, cuya supremacía el Juez debe de preservar como un mandato democrático. De esta premisa se derivan el principio de *impulso de oficio, conducción de la acción*. Es que en cada proceso constitucional el derecho del afectado queda superpuesto al derecho de la comunidad a que el orden constitucional sea respetado. En la persona del afectado por un hecho, acto o norma inconstitucional, está el interés de toda la comunidad que es lesionada por la inobservancia del orden constitucional.

Como se ha señalado, el derecho fundamental a la EIB no solo es potestativo de las comunidades nativas, sino tienen una relevancia con el orden constitucional en su conjunto, en tanto está vinculado a la Constitución multicultural, de tal modo que la resolución las controversias planteadas por las comunidades nativas no solo revisten importancia para ellas, sino para la comunidad, en tanto allí se manifiesta los valores del multiculturalismo, lo que hace necesario que estos procesos sean públicos y tengan la vigilancia de la ciudadanía y de las propias comunidades.

d) *Justiciabilidad*, la plena justiciabilidad de las cuestiones constitucionales significa que todo asunto donde esté involucrado un problema constitucional puede ser llevado al conocimiento de los jueces. El órgano jurisdiccional asume una posición determinante en el proceso constitucional. El Tribunal Constitucional como única y máxima instancia, dependiendo de los procesos constitucionales se convierte en defensor de la Constitución, por lo tanto no debe reparar en aspectos formales y adjetivos sino debe sumir a conciencia el rol institucional trascendente que pasa a investir: el resguardo del sistema constitucional sobre el que se funda la convivencia política.

No cabe duda, que la existencia de un Proceso Constitucional como el Amparo, es una medida de asegurar la protección y defensa del derecho a la EIB. Así, este derecho fundamental, a través del Amparo podrá ser protegido y alcanzar a través de una justiciabilidad de los derechos de las comunidades nativas, y de forma concreta, de la EIB. Estos procesos constitucionales garantizan la justiciabilidad o defensa jurisdiccional del derecho a la EIB, tornándolo eficaz como cualquier otro derecho fundamental.

De tal forma, coincidimos con Juan Carlos Ruiz Molledo²²⁶ cuando asevera que los procesos constitucionales buscan la vigencia de la Constitución y los derechos fundamentales ahí contenidos, incluyendo los reconocidos en los tratados internacionales, en consecuencia resultan idóneos para la protección de los derechos fundamentales en general y de los pueblos indígenas en especial, como lo acabamos de señalar.

En esta dirección, la tutela judicial del derecho a la educación intercultural bilingüe estará garantizada si es que la sociedad civil, los medios de comunicación están pendiente de lo que los jueces determinen en los casos que resuelvan, ya que ello obliga a que los jueces argumenten sus decisiones siendo respetuosos del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales del cual todos los peruanos somos titulares.

²²⁶ Ruiz Molledo Ruiz Molleda, Juan Carlos: "Protección de los derechos de los pueblos indígenas". En: Revista *Páginas*, N°219, Vol. XXXV, Lima: setiembre, 2010, pág. 40.

Reiteramos que la insuficiente normativa en relación al derecho a la EIB no es motivo para afirmar que no es un derecho de las comunidades nativas, aseveración que ya ha sido desbaratada, toda vez que dicha deficiencia en la regulación está subsanada con el reconocimiento de los derechos fundamentales implícitos, y con la interpretación sistemática del Artículo 2, inciso 19, Artículo 17, *in fine*, y Artículo 48 de la Constitución. Además, se ve complementada con su consagración en diversos documentos internacionales que el Perú ha suscrito. Sin perjuicio de lo señalado, también reafirmamos la necesidad de una reforma que incluya a la EIB de manera expresa en el texto constitucional, ya que ello será el punto de partida para el tan esperado diálogo intercultural.

3.4.3. El Amparo peruano como vía judicial idónea para tutelar el derecho a la EIB

El Amparo peruano, es un proceso constitucional cuya finalidad es la protección de los derechos constitucionales distintos a la libertad estrictamente individual y a la autodeterminación informativa, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación. El Código Procesal Constitucional Peruano, Ley N° 28237²²⁷, nos ofrece un elenco de atributos, en el cual se advierte algunos cambios en comparación con la normativa anterior²²⁸, por ejemplo se han incorporado nuevos derechos, otros que han sido redimensionados y alguno otro que ha sido transferido²²⁹ al proceso de hábeas corpus.

Es menester indicar que el proceso de amparo, no sólo está configurado para proteger derechos explícita o gramaticalmente considerados, sino que por mandato del inciso 25) del artículo 37° del Código Procesal Constitucional comprende los demás que la Constitución reconoce, lo que significa que la normativa procesal constitucional no

²²⁷ Vigente desde el 1 de diciembre de 2004.

²²⁸ Hacemos referencia a la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley N° 23506.

²²⁹ El derecho en mención es la inviolabilidad de domicilio.

ha optado por un positivismo estricto²³⁰, sino por el contrario ha preferido una postura contextualista la cual considera que son derechos fundamentales aquellos que se encuentran positivamente incorporados en el texto Constitucional, los derechos que se derivan de los principios esenciales²³¹; así como aquellas prerrogativas consagradas en los Instrumentos Internacionales relativos a Derechos Humanos²³², que han sido suscritos por el Estado peruano.

Habiendo establecido que el elenco de derechos pasibles de tutela constitucional, es oportuno referir que conforme lo dispone el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, queda restringida la procedencia del amparo para los derechos que carezcan de sustento constitucional o que no estén referidos a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

Lo manifestado evidencia la intención del legislador de distinguir entre derechos constitucionales *strictu sensu* y los atributos desprovistos de sustento constitucional. También para diferenciar aquellas prerrogativas que no obstante pertenecer al parámetro constitucional, se les invoque en contenidos o derivaciones de carácter infra constitucional que, no pueden ser atendidas vía constitucional; siendo el típico ejemplo la posesión que no obstante ser un atributo de la propiedad, no tiene relevancia o contenido constitucional, sino esencialmente legal²³³.

²³⁰ Por el método gramatical o positivo, son derechos fundamentales todos aquellos que aparecen estrictamente como tales, es decir, los que se aprecian como derechos textuales o nominales, a lo largo del contenido constitucional (Cfr. derecho a la vida, derecho al trabajo, el derecho a la salud, derecho a la libertad individual, derecho de locomoción, etc.).

²³¹ Los principios esenciales del ordenamiento peruano se encuentran regulados en el artículo 3° de la Constitución: dignidad de la persona, soberanía del pueblo, Estado Democrático de Derecho y forma republicana de gobierno.

²³² Instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, etc.

²³³ Dicho razonamiento ha sido recogido por el Tribunal Constitucional Cfr. STC N.º 3773-2004-AA/TC y RTC 03100-2006-PA/TC, RTC 5578-2006-PA/TC, RTC 03336-2008-PA/TC y RTC 02101-2009-PA/TC, entre otras].

De lo expresado se desprende que el proceso de amparo peruano procede frente a la existencia de un *acto lesivo* contra el cual se reclama la vulneración o amenaza de vulneración. El término *acto lesivo* debe ser entendido en el sentido más amplio posible, involucrando todo hecho positivo o negativo (acción u omisión) y alcanza, de acuerdo a lo establecido por la Constitución a los emanados de cualquier autoridad, funcionario o persona.

Así en el Perú, por ejemplo quien pretenda promover una demanda dentro de un proceso de amparo debe acreditar: **a) La titularidad** del derecho fundamental cuyo **ejercicio** considera que se ha lesionado; y, **b) La existencia del acto** (constituido por una acción, omisión o amenaza de vulneración) al cual se le atribuye el agravio constitucional.

Además, hay que señalar que el proceso de amparo al ser un proceso constitucional de la libertad no sólo operan frente a la vulneración del derecho constitucional, sino frente a las amenazas, las mismas que deben ser: **a) Inminentes**. Estén muy próximas a realizarse o que ya estén tratando de ejecutarse, es decir que no deben ser remotas; **b) Ser ciertas**. Que su existencia como amenaza es indudable y sólo faltan determinadas formalidades para que se ejecute, formalidades que corresponde satisfacer en cada caso al autor del acto lesivo que puede ser un funcionario, autoridad o persona.

La finalidad restitutoria del amparo²³⁴ plantea tres posibilidades: **a) El derecho vulnerado pueda ser restituido en su totalidad**. Es el caso del trabajador despedido arbitrariamente que es repuesto a su puesto laboral. **b) El derecho pueda restituirse de modo parcial**, como sucedería frente a la prohibición arbitraria del derecho de reunión ciudadana acordada para una ocasión determinada. Frente a esta posibilidad el proceso constitucional puede concluir cuando la oportunidad y la fecha programada para que la reunión se lleve a cabo, haya pasado con creces (reparación parcial). **c) La irreparabilidad absoluta**. El derecho no puede ser restablecido, ya sea porque cesó la vulneración o amenaza de vulneración, se produjo la sustracción de la materia o se

²³⁴ El amparo buscará que se restaure el estado de normalidad constitucional en el que se encontraban los derechos.

consumó el daño haciendo irreparable el derecho. En este supuesto el juez constitucional atendiendo al daño producido puede declarar fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, de lo contrario aplicará las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional.

Según lo manifestado, el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe tiene como cauce natural de tutela ante una amenaza o lesión el Proceso de Amparo, toda vez que su reconocimiento basado en la dignidad de la persona y en el Estado Pluricultural y su vinculación directa con el derecho constitucional a la identidad cultural (Artículo 2, inciso 19), al fomento del Estado de la educación bilingüe e intercultural (Artículo 17, *in fine*) y al uso como idioma oficial de las lenguas aborígenes donde prevalecen (Artículo 48) le otorga la constitucionalidad suficiente para que sea reclamada en la jurisdicción constitucional. Empero es pertinente realizar algunas anotaciones procesales de la particularidad del derecho invocado.

- *Primera Cuestión:* La *legitimidad* en el amparo que se invoque el derecho a la educación intercultural bilingüe. Como hemos referido el Proceso de Amparo **podría ser reclamado por un miembro de la comunidad nativa o por las autoridades de dicha comunidad**. Empero creemos que la elasticidad de legitimidad activa propuesta, resulta ser precisada: *a)* Permitir que cualquier miembro de la comunidad nativa, en la cual no se viene respetando el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, presente una demanda invocando lesión a dicho atributo, podría en muchos casos atentar contra la continuidad de la comunidad nativa, por ello consideramos que los legitimados procesales para presentar una demanda de amparo invocando amenaza o lesión al derecho a la EIB deben ser ordinariamente las autoridades comunales. Sin embargo, no es óbice para que de manera extraordinaria se admitan demandas interpuestas por miembros de la comunidad, estos como la protección de un derecho colectivo.

- *Segunda Cuestión:* El *plazo* que tendrían los afectados a fin de entablar su reclamo constitucional. Al invocarse un derecho como la EIB vinculado a la identidad

cultural consideramos que la afectación es de naturaleza continuada debiendo aplicarse las reglas contempladas en el artículo 44° del Código Procesal Constitucional.

- *Tercera Cuestión: La cuestión probatoria.* La comunidad que convoque lesión al derecho a la EIB, debe presentar pruebas que no requieran de actuaciones, por no contar el amparo con estación probatoria, debiendo determinarse su procedencia caso por caso. La misma que puede ser acreditado con la falta de un programa educativo intercultural bilingüe en su comunidad.

3.4.4. Exigibilidad constitucional del derecho a la EIB realizada por el Tribunal Constitucional Peruano

En principio corresponde señalar que la personería jurídica de la cual gozan las comunidades nativas y cada uno de sus integrantes, les permite acceder a los recursos judiciales para tutelar sus derechos. De tal manera, los recursos judiciales, como operan en los demás derechos fundamentales, tienen la finalidad de proteger y otorgar una tutela jurisdiccional a los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico peruano así como el orden internacional, ya sea como un ente colectivo o “persona jurídica” o ya sea como integrante de una comunidad nativa.

En segundo lugar, a partir de reconocer el goce de una personería jurídica a las comunidades nativas y a cada uno de sus integrantes, así como la titularidad de derechos fundamentales, como la EIB, es pertinente resaltar la capacidad procesal que tienen las comunidades así como sus integrantes para ejercer sus derechos y constituirse como sujetos legitimados para interponer demandas o iniciar procesos judiciales, sea a título de la comunidad en caso de sus representantes, o a título personal, para la protección o ejercicio de un derecho fundamental personalísimo o un derecho fundamental colectivo.

De este modo, si bien la personería jurídica de las comunidades nativas tiene una fuente constitucional, en tanto la Constitución les reconoce como sujetos titulares de derechos fundamentales (artículo 89° de la Constitución) no cabe duda que una de las

principales garantías de esta personería jurídica viene determinada por la autonomía que deben de gozar para la protección, desarrollo de sus derechos y tradiciones ancestrales. Entonces, en un primer plano, las comunidades nativas, en tanto sujetos de derechos gozan de autonomía, la misma que ha de ser ejercida en el ámbito de sus tradiciones y costumbres y dentro del constitucionalismo multicultural que proclama la Constitución de 1993.

En tal sentido, esta autonomía ha sido delimitada y desarrollada por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, la misma que no se reduce a una autonomía jurisdiccional, sino más bien se amplía a otros ámbitos de la vida de la comunidad. En tal sentido, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia que a continuación se cita precisa los alcances, contenidos, las garantías y ámbito de aplicación de las comunidades nativas como sujetos autónomos en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

La autonomía ha sido definida por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos,“(...) *la función jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas es una manifestación de la autonomía reconocida a tales las comunidades, pero, y esto debe resaltarse, no es la única. Por el contrario, existen otras formas en que esta autonomía es manifestada, como por ejemplo la manera en que usan o disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación de quiénes ingresan al territorio de la comunidad. Como ya se ha anotado, esta protección a la propiedad de la tierra comunal permite el desarrollo de la identidad cultural de las comunidades nativas y campesinas, puesto que brinda un espacio material indispensable para el sostenimiento de la comunidad. Para agregar, “...en efecto, el artículo 7° del Convenio 169 establece que “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” (subrayado agregado). Ello, desde luego, puede verse materializado a través del ejercicio de su autonomía. Por su parte, el artículo 89° de la Constitución preceptúa que las comunidades nativas pueden*

*disponer y hacer uso de sus territorios. En tal sentido, al no haberse permitido ejercer su derecho a controlar el ingreso de terceros a su comunidad, este Colegiado estima que el ámbito de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas ha sido vulnerando”.*²³⁵

Finalmente concluye el Tribunal Constitucional señalando, *“la autonomía de las comunidades nativas y campesinas debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal, siempre que no se desnaturalice la esencia del derecho. En este caso, la comunidad nativa no ha afectado disposiciones legales ni administrativas. Por el contrario, la construcción de la caseta y del cerco de madera fue decisión legítima tomada en virtud de su autonomía comunal, reconocida por el artículo 89° de la Constitución. En tal sentido, al ser tal medida el ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido, no podrían generarse consecuencias lesivas a tal actividad, de lo contrario se estaría vaciando de contenido la esencia de tales cláusulas constitucionales”.*²³⁶

En concordancia a la autonomía de la cual gozan las comunidades nativas, donde se les reconoce como sujetos de derecho y por lo tanto titulares de derechos fundamentales, resulta importante también resaltar la legitimidad procesal activa y pasiva que han de gozar estas comunidades para defender y desarrollar sus derechos fundamentales. Si bien el Tribunal Constitucional Peruano es una de las instituciones con mayor aceptación ciudadana, en temas indígenas ha tenido pronunciamientos para todos los gustos, ha emitido sentencias progresistas de acuerdo a la normativa internacional, pero también ha expedido resoluciones conservadoras, que estamos seguros responden al desconocimiento de la temática que trae consigo los temas culturales.

Una sentencia importante en materia indígena, vinculada a la legitimidad procesal de las comunidades nativas, es sin duda la emitida en el Exp N° 04611-2007-

²³⁵ Tribunal Constitucional, STC N° 01126-2011-PHC/TC, Fundamentos 42 y 43.
<http://ww.tc.gob.pe>

²³⁶ Ibídem.

AA, en la cual el Tribunal Constitucional deja sentada su postura en relación a la legitimidad de las comunidades nativas y su existencia jurídica. En esta sentencia se precisa lo requisitos que han de cumplir las comunidades nativas para interponer una demanda de Amparo y constituirse como sujetos con legitimidad procesal. De tal modo, la actuación procesal por parte de las comunidades nativas y de sus integrantes queda reconocida y acredita, la misma que no solo se ha de respetar o cumplir en los procesos ordinarios ante la jurisdicción del Poder Judicial, sino, principalmente, en el tema que nos toca, en los Procesos Constitucionales. Las Comunidades nativas pueden iniciar los procesos constitucionales para la defensa de sus derechos fundamentales, y de forma especial el derecho a la EIB, mediante la participación o actuación de sus autoridades o de uno de sus integrantes, de forma excepcional.

Sobre la titularidad de las comunidades nativas y legitimidad activa el Tribunal Constitucional ha establecido *“la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a dichas comunidades personería jurídica erga omnes en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de universitates personarum. El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo. De esta manera, 26. Una inscripción en el registro sería útil para acreditar la existencia de la personería. La falta de inscripción registral no puede desvirtuar su personería jurídica, pero sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad procesal. Pero si la comunidad está inscrita, está obligada a presentar su registro. En caso de estarlo, bastaría con mostrar medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica. No es posible que se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión tal que, por temas netamente formales (incumplimiento de acto administrativo declarativo), terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución, en concordancia válidamente aceptada con el Convenio N.º 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales”²³⁷.*

²³⁷ Tribunal Constitucional STC N° 04611-2007-AA/TC, Fundamentos 22-26, <http://ww.tc.gob.pe>

Y, de forma especial, el Tribunal ha desarrollado tanto la legitimidad procesal de las comunidades nativas de forma en su dimensión colectiva e individual, en este sentido ha señalado, *“tomando en cuenta la informalidad o aformalismo de los procesos constitucionales y el principio pro actione, aun cuando la inscripción no fuese validada, o no se haya realizado, una comunidad nativa o campesina tendría la legitimidad para plantear la demanda, toda vez que la exigencia constitucional de considerarse como persona jurídica no requiere necesariamente la existencia de un registro. 28. De otro lado, corresponde ahora pronunciarse sobre la legitimidad de don Juan García Campos para interponer la demanda. Sobre este punto, se debe señalar que mediante las copias de la partida aludida supra, el demandante acredita ser el Jefe de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 y, por ende, estar legitimado para interponer la presente demanda. Como jefe de la comunidad, el señor García Campos ostenta la representación de la comunidad”*.²³⁸

Y, en relación a la titularidad colectiva en el caso de las comunidades nativas, se ha precisado, *“29. Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar, respecto a la legitimidad activa para interponer la demanda de amparo, que si bien la Constitución omite referirse a ella, el Código Procesal Constitucional sí lo hace estableciendo que el afectado ostenta tal legitimidad. Por tanto, la publicación en el semanario El Patriota podría generar en el resto de la comunidad sentimientos hostiles o adversos respecto a la demandante y a sus miembros, por ser parte del grupo social (universitates personarum). Es más, se estaría afectando el honor al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social. Es así como corresponde reconocer, en el presente caso, la legitimidad activa a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados. 30. En casos como el planteado, incluso también podría argüirse la posibilidad de reconocimiento de titularidad colectiva, figura similar a la de la class action. En la demanda incluso se pueden encontrar visos de este tipo de titularidad, puesto que, concerniente a la vulneración del derecho al honor de la comunidad, se alega que *“Este derecho se ve vulnerado en cada uno de los miembros de nuestra comunidad, puesto que cada uno de nosotros somos parte integrante de la personería jurídica de la**

²³⁸ Ibidem.

*que gozamos por mandato constitucional, por lo que no podemos permitir que se mancille nuestro honor con publicaciones de esta naturaleza”. Entonces, si bien no ha sido planteado de esta forma, también hubiera sido válido que cualquiera de los integrantes de la accionante hubiere interpuesto la presente demanda”.*²³⁹

En tal sentido, las comunidades nativas gozan de capacidad de ejercicio para tutelar sus derechos. Si bien a la fecha sobre el derecho a la EIB el máximo Tribunal Constitucional peruano no ha emitido pronunciamiento alguno, sin embargo es pertinente referir que un Recurso de Queja²⁴⁰ ante la denegatoria de un Recurso de Agravio Constitucional fue presentado por la Unidad de Gestión Educativa de San Ignacio invocando derechos indígenas específicamente el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, sin embargo, por no encontrarse vigente el RAC a favor del precedente, el Tribunal, sin realizar un trabajo consciente, decidió desestimar el Recurso de Queja, haciendo hincapié en que la citada unidad de gestión educativa tiene en el Amparo vs. Amparo el cauce procesal adecuado para impugnar la resolución de vista que ha sido emitida lesionando derechos constitucionales.

En el fundamento jurídico núm. 7 del Recurso de Queja el Tribunal Constitucional de forma clara ha sostenido, que es procedente el Amparo, ya que **“... El uso de dicha opción procesal resulta por lo demás plenamente legítima, tratándose como en efecto ocurre de un reclamo sustentado en la aparente vulneración de diversos contenidos de la denominada “Constitución Multicultural” tema de capital importancia como este Tribunal lo ha sostenido en más de una oportunidad”**²⁴¹.

Con lo cual se confirma una vez más, que las comunidades nativas tienen el mecanismo procesal del Amparo para tutelar el Derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, a donde pueden acudir de forma directa como sujetos procesal activo y requerir al Estado peruano para que respete el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe o haga eficaz los mandatos y obligaciones que se desprenden del artículo 2º,

²³⁹ Ibídem.

²⁴⁰ Recurso regulado en el artículo 119º del Código Procesal Constitucional, nos estamos refiriendo al Exp N° 113-2011-Q/TC

²⁴¹ Tribunal Constitucional, STC N° 113-2011-Q/TC, Fundamento 7. <http://ww.tc.gob.pe>

inciso 19), artículo 17° *in fine*, y artículo 48° de la Constitución, que reconocen y regulan el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, en el marco de la cláusula de *numerus apertus* establecido en el artículo 3° de la Constitución.



CONCLUSIONES

1. Los diversos conflictos sociales que se presentan tanto a nivel del Estado como de las empresas extractivas y las minorías culturales, nacionales, étnicas, lingüísticas, tienen como punto de partida común el reconocimiento de la diversidad, la cual es reclamada por diversos grupos, y que la reivindican como relevante para desarrollar sus proyectos de vida, materializando de esta forma el derecho humano a la vida. Por ello se puede concluir que estos grupos se sienten unidos en la medida en que se oponen a toda política de homogeneización y asimilación en sociedades más amplias.
2. En este contexto surge la noción de multiculturalismo, concepto proveniente de las ciencias sociales que ha sido estudiado desde diversas perspectivas. De forma análoga, también se ha acuñado el concepto de pluralismo, el cual ostenta sus propios principios, e implica que se aceptan las diferencias y no se busca eliminarlas, teniendo como meta la integración. Finalmente tenemos a la interculturalidad, que es un proceso de superación de desigualdades, no de diferencias, sobre un constante diálogo intercultural.
3. Para el caso latinoamericano y sobre todo peruano, es más propicio emplear el término interculturalidad cuando se aborden temas sobre los derechos de las comunidades campesinas y comunidades amazónicas y ello porque este concepto involucra no sólo el reconocimiento a las diferencias (multiculturalismo), sino que adicionalmente se mantiene el objetivo de seguir integrados (pluralismo), pero dicha integración debe ser dialogada; esto es, debe darse espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco (culturas diferentes a la mayoritariamente presentes en la sociedad).
4. Las minorías culturales reivindican principalmente derechos como a la libre determinación del desarrollo, a la participación y a la consulta previa; derechos lingüísticos; derecho a la autonomía comunitaria, que puede ser regional, departamental, distrital etc., o los derechos al ejercicio de la justicia comunitaria

dentro del territorio indígena y a una educación intercultural bilingüe. Se advierte así la existencia de un corpus de derechos de carácter colectivo, principalmente enmarcados en nuevos principios de relación entre los Estados y las minorías culturales, nacionales, entre otras.

5. La expresión “*pueblos indígenas*” en la actualidad cuenta con reconocimiento internacional y está referido a los pueblos colonizados del mundo, los cuales, pese a una presencia territorial antecesora a la creación de los Estado nacionales, no han sido considerados en los procesos de toma de decisiones, que afectan sus vidas, recursos y culturas.
6. La educación intercultural bilingüe (EIB) no es un derecho constitucional nuevo, menos aún un derecho constitucional implícito, sino más bien una manifestación constitucional del derecho a la identidad cultural, del cual es titular el sujeto colectivo, el pueblo indígena.
7. La EIB es el atributo por el cual el *pueblo indígena* tiene la prerrogativa **de exigir al Estado** un modelo educativo que reconozca y promueva la conservación de la diversidad lingüística existente en una nación.
8. La EIB implica una participación equitativa de la *lengua madre* y la *lengua de la cultura* dominante durante el proceso educativo (inicial, primaria, secundaria y superior), así como la demanda la sociedad de un pleno respeto a las manifestaciones culturales en la escuela, como son la lengua, vestimenta.
9. El derecho a la EIB es una herramienta que, de ser expresamente consagrada y respetada en un Estado, garantizará la integración nacional, lo que sin duda generará un ambiente de paz atractivo para las inversiones económicas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes parlamentarias y legislativas

Constitución Política de 1993, enero de 1993.

Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, publicado el 1 de junio de 2004, entró en vigencia el 1 diciembre de 2004.

Ley General de Educación Ley N° 28044

Gutiérrez, Walter y Mesía Ramírez, Carlos: *Compendio de Legislación Constitucional*, Ministerio de Justicia, Lima, 1995.

Gutiérrez, Walter y Mesía Ramírez, Carlos: *Derechos Humanos. Instrumentos internacionales y Teoría*, Ministerio de Justicia, Lima, 1995.

2. Libros y folletos

AAVV. Sánchez Botero, Esther, *Diversidad y derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

Aikman, Sheila. *La educación indígena en Sudamérica. Interculturalidad y Bilingüismo en Madre de Dios*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2003.

Álvarez Dorronsoro, Ignasi. *Diversidad cultural y conflicto nacional*. Madrid: Talasa, 1993.

Ameigeiras, Aldo y Jure, Elisa (Compiladores): *Diversidad cultural e interculturalidad*. Buenos Aires: Prometeo libros, 2006.

Anaya, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

Ansión, Juan y otros. *Educación en ciudadanía intercultural*. Lima: Fondo Editorial PUCP – Universidad de la Frontera (Chile), 2007.

Ansuategui Roig, F.J. y otros. *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Madrid: Dykinson, 2005.

Ardito Vega, Wilfredo: *Situación de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas*. Cusco: Cebem, IEE, CBC, GVC, 2008.

Ardito Vega, Wilfredo: *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: El caso peruano*. Segunda edición. Cusco: CEBEM, IEE, CBC, APRODEH, 2010.

Ariza, Libardo José. "La construcción de la identidad indígena en América", en *Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.

Asociación Paz y Esperanza. Memoria: *Agendas públicas en una visión intercultural: Exclusión e inclusión de los pueblos indígenas en América Latina*. Lima, 2006.

Atti del Convegno Internazionale: *Identità dei Popoli Indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*. A cura de Antonio Luigi Palmisano y Pietro Pustorino. Roma: Istituto Italo-Latino Americano. Università di Siena. Ministerio de Educación y Cultura, 2007.

Atti del Convegno Internazionale: *Identità dell Comunità Indigene del Centro America, Messico e Caraibi: aspetti culturali e antropologici*. A cura de Antonio L. Palmisano. Roma: Istituto Italo-Latino Americano, 2010.

Ballón Aguirre, Francisco. *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2003.

- *Manual del derecho de los pueblos indígenas*, Lima: Defensoría del Pueblo, 2004.

- *Lectura comentada de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”*. Lima: CONACAMI, 2007.

-

Bermúdez, Manuel Alexis. *Los derechos lingüísticos*. Lima: Ediciones legales, Segunda edición, 2002.

Bonilla Maldonado, Daniel: *La Constitución multicultural. Prefacio de Paul Kahn*. Traducción de Magdalena Holguín y Daniel Bonilla Maldonado. Siglo del Hombre. Editores. Instituto Pensar – Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2006.

Callirgos, Juan Carlos: *Percepciones y discursos sobre etnicidad y racismo: Aporte para la educación intercultural bilingüe*. Lima: Ediciones CARE, 2006.

Castillo Córdova, Luis: *Los derechos constitucionales (Elementos para una teoría general)*. Lima: Segunda edición. Palestra editores, 2005.

Cianciardo Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Universidad de Navarra S.A., 2000.

Contreras Nieto, Miguel. *El derecho al desarrollo como derecho humano*, Toluca: UNAM, 2000.

Chávez V., Gina y García, Fernando: *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio (Etnografía jurídica indígena y afro-ecuatoriana)*. Quito: PETRO ECUADOR, 2004.

Davis, Patricia: *Los machiguengas aprenden a leer (Breve historia de la educación bilingüe y el desarrollo comunal entre los machiguengas del Bajo Urubamba)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto Lingüístico de verano, 2002.

Defensoría del Pueblo del Perú. *Derechos humanos y pueblos indígenas de la amazonia peruana*. Lima: Defensoría del Pueblo, 1996.

- *Nosotros y los otros: Avances en la Afirmación de los Derechos de los pueblos indígenas amazónicas*. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú, 1998.
- *Análisis de la Problemática de la Educación Bilingüe en la Amazonia Peruana*. Lima: Defensoría del Perú, 2000.
- *Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú, 2004.
- Informe Defensorial N° 101. *Pueblos Indígenas en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial*. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú, 2006.

Defensoría del Pueblo Colombia. *Sistema de seguimiento y evaluación de la política educativa a la luz del derecho a la educación*. Bogotá: Defensoría del Pueblo de Colombia, 2004.

Degregori, Carlos Iván. "Identidad étnica, movimientos sociales y participación en el Perú," en Mutsuo Yamada & Carlos I. Degregori (eds.) *State, Nation and Ethnic Relations IV: Estados Nacionales, Etnicidad y Democracia en América Latina*. Osaka: The Japan Center for Area Studies / National Museum of Ethnology, 2002.

De Lucas, Javier. *Europa ¿convivir con la diferencia? racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*. Madrid: Tecnos, 1994.

Ernst-Wolfgang Bockenforde. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés. Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1974.

Escobar, Alberto y otros. *Perú ¿país bilingüe?* Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1975.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Juicio de amparo e interés legítimo: La tutela de los derechos difusos y colectivos*. Ciudad de México: Porrúa, 2003.

- Fernández, Eusebio, *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*. Madrid: Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, 2001.
- Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Tercera edición, Roma: Trotta, 2000.
- Gamboa Balbín, César y Santillán Bartra, Asunta: *Régimen especial transectorial de protección a favor de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial. (La relación entre los pueblos indígenas aislados y los recursos naturales a la luz de la Ley N° 28736)*. Lima: Editado por DAR (Derecho, Ambiente y Recursos Naturales), 2006.
- Gamboa Balbín, César: *Reserva territoriales del Estado a favor de pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial*. Lima: Editado por DAR (Derecho, Ambiente y Recursos Naturales), 2006.
- Gamboa Balbín, César; Santillán Bartra, Asunta; Blas Arenas, Enrique y Vargas Tokuda, Álvaro (Editores). *Hacia una reglamentación de la ley N° 28736, régimen especial transectorial de protección a favor de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial (Implicancias a la situación de interacción de reservas indígenas y áreas naturales protegidas)*. Editada por DAR (Derecho, Ambiente y Recursos Naturales), Lima, 2007.
- Gil Domínguez, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires: EDIAR, 2005.
- Giraudó, Laura (ed.): *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

- Gregor Barié, Cletus: *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: Un panorama*. México, D.F.: INI (Instituto Nacional Indigenista). III (Instituto Indigenista Interamericano), 2000.
- Grimm, Dieter y Denninger, Erhard. *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*. Edición y traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Haberle, Pete. *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2001.
- *Costituzione e Identità Culturale. Tra Europa e Stati Nazionali*. Milàn: Giuffrè, 2006.
- Hakinnen, Kirsti. *Sociedades multiculturales y pluralistas: conceptos y modelos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001.
- Howard, Rosaleen: *Por los linderos de la lengua (Ideologías lingüísticas en los Andes)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. IEP. IFEA, 2007.
- Hornberger, Nancy. *Haku Yachaywasiman: la educación bilingüe y el futuro del quechua en Puno*. Lima - Puno: Foris, 1989.
- Huayhua, Margarita. *Documento de Trabajo 147 – Discriminación y Exclusión: Políticas públicas de salud y poblaciones indígenas*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2006.
- Krotz, Esteban. “Fundamentación de la idea de los derechos humanos en contextos multiculturales”. En: Revista *ALTERIDADES*, N° 35, México, Enero-Junio 2008.

- Kymlicka, Will: *Ciudadanía multicultural (Una teoría liberal de los derechos de las minorías)*. Traducción de Carme Castells Auleda. España: Ediciones Paidós, 1996.
- López, Luis Enrique y Küper Wolfgang. *La educación intercultural bilingüe en América Latina: balance y perspectivas*, Cochabamba: Universidad Mayor de San Simón, 2002.
- López Calera, Nicolás: *¿Hay derechos colectivos? (Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos)*. España: Editorial Ariel, 2000.
- Lozano Vallejo, Ruth y otros. *Formación docente en educación bilingüe intercultural*. Lima: Ministerio de Educación, 2001.
- Llamazares Fernández, Dionisio: *Minorías y multiculturalidad en Austria*. Madrid: Editorial DYKINSON, 2007.
- Niezen, Ronald: *The Origins of Indigenism (Human rights and the politics of identify)*. Estados Unidos: Universidad de California, 2003.
- Muñoz, Paula y Acevedo, Ángela: *La Justicia Local en Chota y San Marcos, Cajamarca*. Lima: PROJUR Consorcio, 2007.
- Olivé, León: *Multiculturalismo y pluralismo*. México: Ediciones Paidós, 1999.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales comentado*, Lima: OIT, 2007.
- Pajuelo, Ramón. *Reiventando comunidades imaginadas. Movimientos indígenas, nación y procesos sociopolíticos en los países centroandinos*. Lima: IFEA, IEP, 2007.

- Parekh, Bhikhu: *Repensando el multiculturalismo (Diversidad cultural y teoría política)*. Traducción de Sandra Chaparro. Madrid: Ediciones Istmo, 2005.
- Pareja Paz Soldán, José, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, Tercera Edición, Lima: 1984.
- Peña Jumpa Antonio y otros. *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002.
- *Multiculturalidad y Constitución: El caso de la justicia comunal Aguaruna en el Alto Marañón*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2009.
-
- Poggeschi, Giovanni: *I diritti linguistici (Un'analisi comparata)*. Roma: Carocci editore, 2010.
- Poole, Deborah. *Democracia y cultura en la educación intercultural* en http://www.andes.missouri.edu/andes/Comentario/DP_Cultura.html, página web visitada el 5 de julio de 2008.
- Pizzorusso, Alessandro. *Justicia, Constitución y pluralismo*, Segunda Edición. Lima: Palestra, 2007.
- Programa Hatum Ñam de la Red Internacional de Estudios Interculturales de la Universidad Católica (RIDEI –PUCP): *Caminos de Interculturalidad. Los Estudiantes originarios en la Universidad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. RIDEI – PUCP, 2011.
- Pujalte Martinez Antonio. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Robles, Ana María. *Educación intercultural bilingüe y participación social normas Legales 1990-2007*, Lima: CARE Perú, 2007.

- Ruiz, Juan Carlos y otro. *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Justicia Viva, 2011.
- Sartori, Giovanni: *La sociedad multiétnica (Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros)*. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Santa Fe de Bogotá: Editorial Grupo Santillana, 2001.
- Sierra, María Teresa. *La lucha por los derechos indígenas en el Brasil actual*. México: CIESAS, 1993.
- Tejada Ripalda, Luis: *Los estudiantes indígenas amazónicos de la UNMSM*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005.
- Valcárcel Carlos, *Breve historia de la educación peruana*. Lima: Minerva, 1975.
- Villar Borda, Luis. *Derechos humanos: Responsabilidad y multiculturalismo*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Villoro, Luis: *Estado plural, pluralidad de culturas*. Reimpresión. México: Editorial Paidós, 2002.
- Vincent, Susan. Documento de Trabajo 145 – “Cooperación Internacional, desarrollo y comunidades campesinas: ¿Del asistencialismo al libro mercado?”, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005.
- Vigil, Nila y Roberto Zariquiey (editores). *Ciudadanías inconclusas*. Lima: Fondo Editorial PUCP. – Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ), 2003.
- Zariquiey, Roberto (editor). *Actas del V Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe Realidad Multilingüe y desafío intercultural. Ciudadanía, cultura y educación*. Lima: Fondo Editorial PUCP – Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ), 2003.

Zavala, Virginia. *Oralidad y escritura en la educación bilingüe (a propósito de interculturalidad)* En Serie: Educación Bilingüe Intercultural, Lima: Ministerio de Educación, Cooperación Técnica, República Federal Alemana GTZ) y Cooperación Financiera, República Federal Alemana (KFW), 2001.

- *Avances y desafíos de la educación intercultural bilingüe en Bolivia, Ecuador y Perú (Estudios de casos)*. Lima: Segunda edición. Ediciones IBI y CARE, 2008.

- *Volver al desafío: Hacia una definición crítica de la educación bilingüe intercultural en el Perú*. En: Materiales de Enseñanza del curso multiculturalismo y derechos humanos, de la Maestría de Derechos Humanos de la PUCP, 2008.

-

Zuñiga Madelaine y otros. *Educación bilingüe intercultural: Reflexiones y desafíos*. Lima: Asociación Peruana para el Fomento (FOMCIENCIAS), 1991.

3. Artículos en Revistas

Abanto Cabanillas, Alicia. “Educación Intercultural Bilingüe en el Perú: Supervisión de la Defensoría del Pueblo”, en *Tarea N° 76, Revista de Educación y Cultura*, febrero, 2011, págs. 17 - 20.

Albo, Xavier. "El retorno del indio", *Revista Andina*, N° 18, 1991. págs. 299-336.

- “Flexibilidad para la normalización en lenguas originarias”. En: *Revista de Lingüística y Literatura LEXIS*, N°s 1 y 2, Vol. XXV, Lima, 2001, págs. 243-269.

Arias Schreiber, Fidel Tubino. “Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva” En: *Revista Derecho & Sociedad*, N°19, Lima, diciembre 2002, págs. 299 – 311.

Ayuque Cusipuma, Julián. “Política de educación bilingüe intercultural en el Perú”. En: *Educación Bilingüe: Experiencias y propuestas*, financiado por PROFORMA.GTZ, Lima, 1998, págs. 20-23.

- Cáceres CH., Efraín. “La tradición oral andina: Base de una educación bilingüe intercultural”. En: *Agua Revista Cultural Andina*, N° 2, febrero 2005, Huancayo, págs. 11 – 56.
- Carbajo, José Luis. “Educación intercultural para fortalecer la democracia”. En: *Revista de Educación y Cultura*. Lima, 2011.
- Castillo Córdova Luis. “Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 139, 2005.
- Cerrón Palomino, Rodolfo. “La enseñanza del castellano en el Perú retrospectiva y prospectiva”. En: *Educación bilingüe: Experiencias y propuestas*, financiado por PROFORMA.GTZ, Lima, 1998, págs. 5-12.
- Dahlin de Weber, Diana. “Una alternativa para la Educación Bilingüe”. En: *Educación Bilingüe: Experiencias y propuestas*, financiado por PROFORMA.GTZ, Lima, 1998, págs. 24-30.
- Degregori, Carlos Iván. “Política Intercultural fortalece la democracia”, *Revista de de Educación y Cultura Tarea 76*, Lima, febrero 2011, págs. 2-9.
- F. Sola, Donald. “Las lenguas mundiales: nuevos vehículos de comunicación”. En: *Revista de Lingüística y Literatura LEXIS*, N°s 1 y 2, Vol. XXV, Lima, 2001, págs. 319-336.
- Fernández Rodríguez, José Julio y Arguello Lemus, Jacqueline. “Aspectos constitucionales de multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas.” En: *Revista Pensamiento Constitucional*, Año XVI, N° 16, Lima, febrero 2012.

- García Belaunde, Domingo. “Bases para la Historia Constitucional del Perú”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, Año XXXIII, Núm. 98, mayo –agosto. México: 2000.
- Germaná César, “La polémica Haya de la Torre – Mariátegui Reforma o Revolución en el Perú”, en *Análisis* – N°s 2-3. Lima: 1977, pág. 153.
- Godenzzi, Juan Carlos. “La educación bilingüe intercultural en el Perú”. En: *Revista de Lingüística y Literatura LEXIS*, N°s 1 y 2 Vol. XXV, Lima, 2001, págs. 299-318.
- Guadalupe Hernández, Juana. “Relaciones Interculturales, interculturalidad y multiculturalismo; teorías, conceptos, actores y referencias.” En: *Revista Cuiculco*, N° 48, Vol. 17, Lima, enero-junio 2010, págs. 11-34.
- Hernández Alvidrez, Elizabeth. “El paradigma del multiculturalismo frente a la crisis de la educación intercultural.” En: *Revista Cuiculco*, N° 48, Vol. 17, Lima, enero-junio 2010, págs. 87-106.
- Lozano Vallejo, Ruth. “Reseña de políticas para poblaciones indígenas en el Perú. La educación bilingüe intercultural”. En: *Educación bilingüe: Experiencias y propuestas* financiado por PROFORMA.GTZ, Lima, 1998, págs. 13-19.
- Massimo, Amadio. “Educación bilingüe en América Latina”. En: *Revista Peruana de Ciencias Sociales*, N°3 Vol. 2, Lima, Diciembre 1990.
- Ozejo, Valencia, Tulio. “Nueva educación bilingüe intercultural en los Andes”. En: *Maestros Revista Pedagógica*, N° 23, Vol. 10, Diciembre, Lima, 2004, págs. 44 – 47.
- Peña Jumpa, Antonio. “El Derecho a la educación intercultural y bilingüe desde una perspectiva plurilegal.” En: *Revista Ius Inter Gentes*, págs. 95 -107.

- Picon Espinoza, César. “Abro mi Libro viajero. Educación Intercultural: Un Puente al Futuro”. En: *Maestros Revista Pedagógica*, N° 23, Vol. 10, diciembre, Lima, 2004, págs. 41 – 43.
- Pomahuacre Gómez, Walter. “La educación Intercultural Bilingüe”. En: *Revista de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle “Demiurgo”*, Año N° 1, Lima, 2003, pág. 74.
- Rodas Antay, Antonio. “Experiencia pedagógica de educación bilingüe intercultural de Andahuaylas y Chincheros- PEBIACH”. En: *Educación Bilingüe: Experiencias y propuestas*, financiado por PROFORMA.GTZ, Lima, 1998, págs. 34-37.
- Romani Miranda, Maggie. “Reflexiones sobre la enseñanza de lenguas indígenas y del español en un aula multilingüe de la Amazonía peruana”. En: *Revista YUYAYKUSUN*. N°4, Lima, noviembre 2011, pág. 309.
- Ruiz Molleda, Juan Carlos. “Protección de los derechos de los pueblos indígenas”. En: *Revista Páginas*, N°219 Vol.XXXV, Lima, Setiembre 2010, págs.40-51.
- Salazar Zapatero, Héctor. “La polémica entre Víctor Andrés Belaunde y José Carlos Mariátegui”. En: *Revista YUYAYKUSUN*. N°4, Lima, Noviembre 2011, págs.175-177.
- T. de Castilho, Ataliba. “Políticas lingüísticas no Brasil o caso do Português Brasileiro”. En: *Revista de Lingüística y Literatura LEXIS*, N° 1 y 2 Vol XXV, Lima, 2001, págs. 271-297.
- Trapnell, Lucy. “Desde la Amazonía peruana: aportes para la formación docente en la especialidad de educación inicial intercultural bilingüe”. En: *Revista Educación*, N° 39, Vol.20, Lima, Setiembre 2011, págs. 93-113.

- Yrigoyen Fajardo, Raquel. “Tratamiento judicial de la diversidad cultural y La jurisdicción especial en el Perú”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario, organizado por la Asociación Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal y por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Arica, 13-17 de marzo de 2000. Consultado en <http://www.alertanet.org>, el 15 de octubre de 2012.
- Valiente-Catter, Teresa. “Reflexiones en torno a la interculturalidad y proceso educativo en sociedades multiculturales: Encanto y desafío de la diversidad”. En: *Revista de Lingüística y Literatura LEXIS*, N°s 1 y 2 Vol XXV, Lima, 2001, págs. 336-365.
- Valverde López, Adrián. “La formación docente para una educación intercultural en la escuela secundaria.” En: *Revista Cuicuilco*, N° 48 Vol. 17, Lima, enero-junio 2010, págs.133-148.
- Vargas, Jessica. “Estudio comparativo de estructuras de educación y atención a la infancia en siete países: Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Cuba, Francia y Perú”. En: *Revista Educación N°39*, Vol. 20, Lima, setiembre 2011, págs. 93-113.
- Vigil, Nila. “El Uso asistemático de las lenguas en las mal llamadas escuelas EBI del Perú”. En: *Tarea Revista de educación y cultural*, N° 57, marzo 2004, Lima, págs. 44 – 50.
- Villoro, Luis. “Aproximación teórica a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.” En: *Revista Derecho & Sociedad*, N° 21, Lima, diciembre 2003, págs. 59 -69.
- Wölck, Wolfgang. “Alberto Escobar y la sociolingüística peruana: una valoración”. En: *Revista de Lingüística y Literatura LEXIS*, N° 1 y 2, Vol. XXV, Lima, 2001.

Yrigoyen Z., Raquel. “Derechos de los pueblos indígenas en las decisiones de los asuntos que les afectan”. En: Revista Punto Medio, N°4, Lima, octubre 2011, págs. 28-40.

4. Tesis

Bermúdez, Manuel Alexis. 2000. *Derecho a la educación bilingüe intercultural en el Perú. 1974 -1999*. Tesis para optar el título de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

Gosselin, Valérie. 2012. *Los efectos del multiculturalismo federal y del interculturalismo quebequense sobre el derecho a recibir educación primaria y secundaria en el propio idioma en la provincia de Quebec en Canadá*. Tesis de maestría en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Post-grado.

Peñares Flores, Hugo Alejandro. 2011. *El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y sus implicancias para el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis para optar el título de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

García-Sayán, Diego. 2011. *Derechos de los pueblos indígenas y justicia interamericana*. Tesis de maestría en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados.

4. Sitios Web

Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, www.juridicas.unam.mx

Comisión Andina de Juristas (Perú), www.cajpe.org.pe

Comisión Nacional de Derechos Humanos (México), www.cndh.org.mx

Instituto de Derecho Público Comparado Manuel García Pelayo de la Universidad Carlos III de Madrid, (Justicia Constitucional en Iberoamérica) www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm

Tribunal Constitucional del Perú, www.tc.gob.pe

Tribunal Constitucional de España, www.tribunalconstitucional.es

Corte Constitucional de Colombia, www.ramajudicial.gov.co

