

GUIDO AGUILA GRADOS

# PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS INVISIBLES

Los pueblos indígenas  
de la Amazonía

[www.guidoaguila.com](http://www.guidoaguila.com)

**GUIDO AGUILA GRADOS**

**PROTECCIÓN DE LOS  
DERECHOS DE LOS  
INVISIBLES**

---

**Los pueblos indígenas de la Amazonía**

---

*A mis maestros*

*Paulo Márcio Cruz & José Antonio Savaris*

*A mis hermanos*

*Márcio Ricardo Staffen & Kleber Caçzaro*

*Este texto es una adaptación de la tesis del mismo título que  
sirvió para que el autor obtuviera el grado de  
Doctor en Derecho por la Universidad del Valle de Itajaí (UNIVALI)  
del Estado de Santa Catarina en Brasil.  
Fue calificada con la nota máxima: 10 / sobresaliente*

## ROL DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

AI	Amnistía Internacional
ANP	Área Natural Protegida
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAN	Comunidad Andina
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CII	Coordinación de Indios Aislados
DGPOA	Dirección General de Pueblos Originarios y Afroperuano
DNUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
DPPIA	Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y en Contacto Inicial de la Región Amazónica y el Gran Chaco
ECOSOC	Consejo Económico y Social
FIDA	Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
GEF	Global Environment Fund
INDEPA	Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblo Andinos, Amazónicos y Afroperuano
IRA	Indian Reorganization Act
MIMDES	Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG's	
Internacionales	Organizaciones No Gubernamentales Internacionales
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
SADH	Sistema Africano de Derechos Humanos
SEDH	Sistema Europeo de Derechos Humanos
SID	Secretaría de Identidad y Diversidad Cultural
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SPII	Sistema de Protección del Indio Aislado
SUDH	Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIPNIS	Parque Nacional Isiboro Sécure
UNOPS	United Nations Office for Project Services

# ÍNDICE

## Protección de los Derechos de los Invisibles

A modo de Prólogo.....	15
Introducción .....	19
<b>Capítulo 1 – Elementos Conceptuales Básicos .....</b>	<b>23</b>
1.1. Pueblos indígenas .....	23
1.1.1. Pueblos indígenas en su concepción social: más allá de los mitos. ....	23
1.1.2. Pueblos indígenas y su incorporación en el orden jurídico nacional. ....	30
1.1.3. Pueblos indígenas como categoría jurídica internacional. ....	37
1.1.4. Transnacionalismo y su relación con los pueblos indígenas móviles.....	46
1.2. Soberanía estatal y orden legal interno.....	53
1.2.1. Soberanía estatal y constitucionalismo. ....	53
1.2.2. Soberanía estatal y su reconocimiento en el derecho internacional. ....	59
1.2.3. Orden legal interno y la falsedad de su hermeticidad y completitud.....	64
1.2.4. Pluralismo jurídico y su vinculación a la problemática indígena. ....	68
<b>Capítulo 2 – Sinergias entre la categoría legal de los pueblos indígenas y el Estado Constitucional clásico.....</b>	<b>79</b>
2.1. El deterioro progresivo de la soberanía absoluta del Estado. ....	79
2.2. El agravamiento de la crisis de la soberanía estatal y los reclamos de los pueblos indígenas por autodeterminación territorial y de gobierno. ....	87

- 2.3. Respuestas desde el plano doméstico e internacional a las pretensiones de autodeterminación de los pueblos indígenas.....96

### **Capítulo 3 – El Derecho de los pueblos indígenas y sus limitaciones..... 101**

- 3.1. Movimiento político trasnacional para el reconocimiento del Derecho de los Pueblos Indígenas. .... 101
- 3.2. La conquista progresiva de sus derechos civiles y políticos..... 109
- 3.2.1. Concepción general de los derechos civiles y políticos ..... 109
- 3.2.2. ¿Derechos civiles y políticos en la lucha por los derechos indígenas? ..... 112
- 3.3. La reivindicación de sus derechos económicos, sociales y culturales. .... 120
- 3.3.1. Concepción general de los derechos económicos, sociales y culturales..... 121
- 3.3.2. ¿Derechos económicos, sociales y culturales dentro de la lucha por los derechos indígenas? ..... 122
- 3.4. Actuales reclamos de los pueblos indígenas ..... 128
- 3.5. Tendencias respecto al reconocimiento de nuevos derechos..... 134

### **Capítulo 4 – Casuística y límites del Derecho de los pueblos indígenas ..... 143**

- 4.1. La jurisprudencia nacional e internacional respecto al acceso a tierras de los pueblos indígenas..... 143
- 4.2. La jurisprudencia nacional e internacional respecto al derecho ambiental de los pueblos indígenas. .... 150
- 4.3. La jurisprudencia nacional e internacional respecto al derecho específico de poblaciones no contactadas, móviles y fronterizas. .... 156

### **Capítulo 5 – El Derecho de los pueblos indígenas: ¿Cómo regula esta rama legal a los pueblos indígenas móviles fronterizos?..... 159**

- 5.1. Pueblos indígenas móviles y fronterizos..... 159
- 5.2. Las particularidades de los pueblos indígenas móviles frente a los pueblos indígenas sedentarios: La insuficiencia del Derecho de los pueblos indígenas. .... 178



5.2.1. Análisis de las disposiciones constitucionales y legales referidas a los pueblos indígenas móviles y transfronterizos: determinando si éstas bastan para protegerlos efectivamente. ....	178
5.2.2. Análisis de normatividad internacional sobre los pueblos indígenas: determinando si ésta basta para proteger efectivamente a los pueblos indígenas en aislamiento. ....	191
5.2.3. Dando una segunda revisión a la jurisprudencia del Derecho de los Pueblos Indígenas desde un enfoque diferenciador: El caso del derecho territorial de los pueblos indígenas.....	200
<b>Capítulo 6 – Examinando el caso de las poblaciones indígenas en frontera y el caso de los indígenas en la frontera peruano-brasileña .....</b>	<b>211</b>
6.1. Poblaciones indígenas en zonas de frontera y el caso peruano-brasileño.....	211
6.2. Estudios efectuados a las poblaciones indígenas en la frontera peruano-brasileña: Su problemática.....	219
6.3. Un paralelo de la situación de las poblaciones indígenas en la frontera peruano-brasileña, con otras poblaciones indígenas móviles y fronterizas.....	222
6.4. Efectuando un balance: Determinando los vacíos legales y constitucionales en la región e internacionalmente respecto a la defensa de las poblaciones indígenas móviles y fronterizas. ....	226
6.4.1. Necesidad de ajustar la regulación referida al derecho de acceso a tierras de las poblaciones indígenas móviles y fronterizas.....	227
6.4.2. Necesidad de refinar la regulación referida al derecho a la consulta previa y derechos ambientales de las poblaciones indígenas móviles y fronterizas.....	231
<b>7. Consideraciones Finales.....</b>	<b>239</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>245</b>



## A MODO DE PRÓLOGO

*Carlos Ramos Núñez*

Juzgo menester puntualizar que con Guido Aguila Grados, profesor de Derecho Constitucional en numerosas universidades del país, nos congrega una relación de aprecio mutuo, que los años y los avatares de toda índole no han hecho sino fortalecer. Ha querido el destino y, pienso que también el mérito personal y el denuedo que hoy ocupe la presidencia del Consejo Nacional de la Magistratura. Pero, este prólogo no alude al funcionario por importante que sea, concierne al jurista, al estudioso del Derecho. El cargo, por lo demás circunstancia, como el que yo mismo ostento como Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, no ha sido pábulo para ponderar, porque lo merece, el libro que ahora nos entrega, y que con interés académico prologamos. En efecto, y de entrada anotamos que en este, su texto, “La protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento: el caso de los nómadas transfronterizos de la Amazonía Peruano- Brasileña”, la intención que anuncia, francamente pionera y de suyo encomiable, se confirma porque en su desarrollo se amalgama una visión multidisciplinaria y contemporánea que elucida, con eficacia, los derechos de los pueblos indígenas, con una especial incidencia en el caso de los que se encuentran en aislamiento.

La labor que se impone el autor es compleja, por sus dimensiones. Basta con certificar que el activismo tuitivo de los organismos supranacionales, a través de la aprobación de distintos instrumentos internacionales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, ha devenido insuficiente porque, acaso por exceso genérico, no ha previsto las particularidades de la realidad de cada pueblo y ha colisionado con posturas reacias y retardatarias de las sociedades modernas, que mantienen actitudes de hostilidad, discriminación o dañino paternalismo con las colectividades indígenas. Dada esta fenomenología, entendemos que el autor privilegie su dilucidación; esto es, comprobar que, tanto las normas internas como las de vocación internacional, no han previsto suficientemente los supuestos y circunstancias propias de la vida y la cultura de los pueblos indígenas.

Un examen de los principales instrumentos que se han adoptado sobre los derechos de los pueblos indígenas nos permite concluir, tal y como lo enfatiza el autor, que la protección que dispensan ha sido insuficiente. Así, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas o el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, instrumentos acaso paradigmáticos siempre que se ha hecho referencia a los pueblos indígenas, no hacen referencia alguna sobre la condición o estatuto de los pueblos en aislamiento (tenta afirmar que, taxativamente, no se ha previsto su existencia); mientras que, en el caso de los pueblos que se

encuentran divididos por fronteras internacionales, apenas sí, en el artículo 36 del primero de los documentos citados, se consigna una escueta mención, de la que difícilmente podría extraerse un reconocimiento o garantía.

Sin embargo, y como suele ocurrir cuando se advierte falencia u omisiones en las disposiciones jurídicas, la elaboración de informes y la producción jurisprudencial ha sido vital para complementar y colmar las lagunas evidentes. En tal temperamento, recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha publicado un documento titulado “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas”, en el que se aborda los distintos problemas que dichas comunidades deben afrontar, así como las dificultades que se presentan cuando se intentan promover diálogos o consultas.

De modo similar, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque aún no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre pueblos transfronterizos, sí ha efectuado fundamentales precisiones en torno al derecho a la propiedad de pueblos indígenas que ya no cuentan con sus territorios ancestrales, y a los que la necesidad de las circunstancias ha obligado a desplazarse. Los pronunciamientos de este organismo han sido, en esta materia, especialmente cautelosos, pues han permitido identificar un justo equilibrio entre los derechos de los pueblos y los de los actuales propietarios. Esta problemática quedó expuesta a propósito de los pueblos que habitaban el Chaco paraguayo, y la controvertida configuración de los hechos fue específicamente ventilada en las sentencias *Xakmok Kásek*, *Samboyamaxa* y *Yakye Axa* contra el Estado paraguayo.

El autor advierte, con lucidez, que el “derecho a no ser contactado” de los pueblos indígenas no puede ser interpretado como una facultad que deba siempre tener un rango preferente, si se tuviese métodos para realizar, por ejemplo, procesos de consulta indirecta. En el caso peruano, de manera especial, dicho estatus no tendría por qué ser impedimento para que estos pueblos reciban la atención y protección del Estado.

El autor advierte, y haríamos bien en escucharlo, de la complicada tesitura de las comunidades nómadas transfronterizas de la Amazonía peruano-brasileña. Curiosamente, este estado de riesgo no radicaría precisamente en la ausencia de disposiciones legales, sino en su multiplicidad, que fomentaría la creciente discrecionalidad del Estado. Añadiría que estas dificultades también se incrementan por la falta de precisión de las normas contenidas en los instrumentos internacionales, lo cual también permite que la regulación que se efectúa a nivel interno sea tan dispar y contradictoria con otros ordenamientos jurídicos.

Las distintas iniciativas que se promuevan para regular los derechos de estas comunidades serán inefectivas sin la cooperación concreta entre los Estados peruano y brasileño. La situación de los pueblos transfronterizos es especialmente delicada para el panorama internacional, ya que su naturaleza nómada supone su

constante traslado de territorio. Esto también dificulta la realización de procesos de consulta, con todo lo que ello implica para la salvaguarda de sus derechos.

Esta, entre otras reflexiones, me ha suscitado la lectura de este libro, cuyo propósito reactivo, propositivo y de noble empeño se cumple, puntualmente. Estoy convencido, por lo demás, de que constituye, por su rigor y pertinencia, un documento imperativo para el debate sobre la condición legal e institucional de estas comunidades, conformantes obvias de la nación peruana, y a las que el Estado se debe. Este libro es, también, una invocación vehemente para que se prevenga una legislación adecuada, que garantice la existencia y plena dignidad de estos pueblos; a tal efecto, tiene una propensión al diálogo interinstitucional, pues para comprender las distintas problemáticas que aquejan a los pueblos indígenas es fundamental conocerlas a cabalidad, y ello no es posible si prima una visión centralista y localista, al final estrecha, de esta situación.

La vida de los pueblos transfronterizos y nómadas es propia y singularísima; por tal razón, la regulación de sus derechos debe atender a esta condición. La multiplicidad de disposiciones existentes no solo oblitera esta situación, sino que además la asimila a la de comunidades que no ostentan la condición de no contactados o transfronterizos. Si este proceso es particularmente nocivo en el caso de los pueblos originarios, el efecto cuando se trata de poblaciones no contactadas es peor. Que no sea mortal.



# INTRODUCCIÓN

El intenso debate sobre la existencia y alcance de los derechos y deberes de las poblaciones indígenas no representa una cuestión nueva para el pensar jurídico; ya desde la época de la conquista diferentes tratadistas europeos se han interesado en el estatus jurídico de aquellos grupos. Desde el cuestionamiento de su humanidad, a la adquisición de un estatus jurídico de protección especial, más de quinientos años transcurridos no han sido suficientes para disipar las dudas respecto a sus derechos. Sin duda el debate sigue vivo y constituye hoy materia de interés y es particularmente importante para la sociedad contemporánea. Sin embargo, es necesario precisar que hoy no nos enfrentamos a los mismos desafíos que tenían los conquistadores en los albores del descubrimiento de América o los colonos europeos en sus expediciones a África a finales del siglo XIX; el pensamiento legal ha presentado una evolución imparable y ha logrado dejar atrás ciertas fases concebidas como inamovibles para el ser humano. La desintegración del colonialismo, de la esclavitud, el resquebrajamiento de la noción del Estado como ente absoluto frente a sus ciudadanos, tras la aparición del constitucionalismo, el surgimiento de los derechos fundamentales y la apropiación de los derechos del hombre por parte del Derecho Internacional, han cambiado para siempre los debates sobre los alcances del Derecho de las poblaciones indígenas. Estas poblaciones ya han pasado a ser consideradas, sin más, verdaderos ciudadanos y, con ello, han logrado reivindicar un variado número de derechos. Consecuentemente, han cuestionado la falsa ilusión del Estado-nación u homogeneidad existente dentro de cada entidad territorial soberana.

Tras todos estos logros, los últimos 50 años han traído consigo un número importante de declaraciones internacionales que han hecho suyas el reconocimiento de sus derechos, permeado finalmente en el orden interno estatal y logrando que su reconocimiento tenga eco a nivel constitucional en diferentes partes del mundo (así como en un sin número de fallos jurisprudenciales, a través de las cuales se ha tenido que reconocer que la visión occidental individualista de los derechos humanos puede y debe ser relativizada en ciertas circunstancias). Sin embargo, como todo logro reivindicatorio, existen ciertas sombras presentes; por ejemplo, debe reconocerse que aquellas reivindicaciones han sido logradas al utilizarse los medios que los Estados –como entidades homogeneizantes– han establecido y han habilitado. En un contexto así, las poblaciones indígenas han sido objeto de una indiferenciación respecto a sus características y tipologías; y es que, en una realidad de total carestía legal, toda reivindicación tuvo que ser valorada.

En ese contexto: ¿Qué situación legal tienen específicamente los “pueblos indígenas en aislamiento” y en “zona de frontera”? Esta es la pregunta principal del presente texto y, para responderla, enfocaremos nuestros esfuerzos en

analizar como ejemplo la situación legal de estos grupos en la zona de frontera Perú-Brasil. Al respecto, intentaremos dar un diagnóstico sobre su situación legal. Ahora, debe indicarse sobre esto último, que nuestro objetivo no es proponer una regulación normativa binacional, lo cual requeriría la revisión de la situación de las poblaciones indígenas en la zona de frontera de forma directa (acercándonos a los límites de la sociología del Derecho). Nuestro objetivo, por el contrario, es efectuar un diagnóstico sobre la situación de la población indígena aislada en la frontera Perú-Brasil; lo cual requiere en primer término determinar la “situación legal” que podría existir y ser aplicable a esos grupos. Para lograr esta tarea en la investigación se hará revisión de ciertas materias transversales que servirán de marco teórico básico, que incluyen: i) El neo-constitucionalismo y el Estado Constitucional; ii) El pluralismo jurídico; iii) Los pueblos indígenas en el Estado Constitucional; iv) Los pueblos indígenas en la Amazonía y su regulación por parte de Perú y Brasil; entre otros temas.

Además, este estudio incorporará –conjuntamente a una visión constitucional–un enfoque trasnacional e internacional. Sobre este último punto debe indicarse que, al efectuarse la presente investigación, no se ha partido de la presunción (errada) de que no existe legislación alguna que pueda regular los “pueblos indígenas en zona de frontera” o “en aislamiento”. Por el contrario, se ha verificado la existencia de regulación sobre la materia (y si la misma es efectiva) en el segundo cuerpo normativo más importante para todo Estado (como es el Derecho Internacional). Habiéndose efectuado ello, podremos concluir si existe regulación aplicable a estos subgrupos en el Derecho Internacional (especialmente de la mano de la jurisprudencia de ciertos órganos internacionales). Como podrá advertirse en el presente trabajo, efectivamente existe un cuerpo legal denominado Derecho de los pueblos indígenas el cual ha aglomerado un conjunto de expectativas transformadas en reglas legales provenientes de los grupos indígenas, capaces de mantener diálogos con quienes habrían de reconocer sus derechos, es decir los Estados. Es así que las poblaciones indígenas con cierta asimilación han logrado transmitir sus reclamos siempre de forma más eficaz que las poblaciones indígenas que por su naturaleza rehúyen el contacto con la sociedad dominante. Para estos últimos casos (pueblos indígenas móviles –transfronterizos), han sido las organizaciones no gubernamentales las que tratarían de lograr el reconocimiento de sus especiales necesidades de protección legal. Por ende estas poblaciones indígenas tienen un contacto mediatizado respecto al reconocimiento del cuerpo legal que busca protegerlos y, en algunos casos, su total exclusión de su proceso de creación.

Las preguntas que surgen en este punto, entonces, son: ¿Debería reconocerse instituciones legales diferenciadas dentro del Derecho de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta la naturaleza de algunos de sus subgrupos? ¿Específicamente para el caso de los pueblos indígenas móviles fronterizos, esta diferenciación resulta válida y, aún más, necesaria? Para poder responder estas interrogantes, debe indicarse que una de las principales diferencias entre los pueblos indígenas móviles fronterizos (muchos de ellos en aislamiento), frente a otros grupos indígenas, se produce por el hecho de que ellos estiman necesario su aislamiento y



movilidad, para así salvaguardar su bienestar y –en algunos casos– su misma supervivencia. En ese sentido, el no entrar en contacto con la civilización dominante de un Estado marca una distinción fundamental de este grupo social frente a otras poblaciones indígenas.

Esto genera diferencias importantes con las poblaciones indígenas parcialmente occidentales e integradas, traduciéndose en el hecho de que los primeros no siempre forman parte de los procesos de discusión de las normas nacionales de protección (normas constitucionales) o de las normas internacionales que regulan la misma materia (Derecho de los Pueblos Indígenas). Todo esto genera dudas en el proceso de legitimación del cuerpo legal que surge para proteger sus derechos fundamentales. En concreto, emergen ciertas dudas, las mismas que serán objeto de la presente investigación: ¿Puede el Derecho de los Pueblos Indígenas en este contexto (con la participación limitada del pueblo a quien pretende proteger) ser eficaz y útil? ¿No implica esto que el Derecho de los Pueblos Indígenas sea un cuerpo legal dirigido eminentemente a favor de poblaciones que tienen capacidad de sostener un diálogo con el Estado?

Si esto último es así: ¿Hasta qué punto los derechos de los pueblos indígenas móviles fronterizos y aislados se han visto regulados correctamente dentro del proceso de codificación de sus derechos en las últimas décadas? ¿Es la reinterpretación efectuada a los derechos humanos, suficiente para estas poblaciones? ¿Cuál es el impacto de esto en la reinterpretación que ha hecho el Derecho de los Pueblos Indígenas en lo referido al acceso al agua, tierras, protección al medio ambiente de estos grupos? ¿Es justificable crear derechos específicos para estos grupos y, hasta qué punto se corre el riesgo de buscar derechos particulares para cada segmento de la población que presente ciertas diferencias?

Todas estas preguntas podrán ser resueltas al analizar el caso específico de las poblaciones indígenas en aislamiento en la zona de frontera de Perú – Brasil. La elección de este grupo de indígenas en aislamiento obedece al hecho de que involucra dos Estados que han tratado la problemática de estos grupos en detalle y con enfoques distintos. De este modo, el análisis de las normas de ambos Estados y, en especial, cómo interactúan las mismas con la población indígena y el impacto que tiene estas en las otras dos jurisdicciones (fenómeno transfronterizo), nos dará lecciones para elaborar un diagnóstico que indicará hasta qué punto la normativa internacional indígena y la normativa interna de los Estados tienen eficacia en la protección de los derechos estos grupos. En ese sentido, la contribución específica de esta investigación se centra en el hecho de aclarar la situación de estos pueblos en los diversos tratados, declaraciones y sistemas de derechos humanos en donde se trata la problemática indígenas; además de determinar cuán aplicable es esto a los indígenas en la frontera amazónica, analizando conjuntamente con todo esto la normativa peruana y brasileña y, de ese modo, sacando conclusiones relevantes no solo para los operadores nacionales (de ambos países) sino para todos aquellos Estados que comparten una frontera con Perú y Brasil y en la cual podemos encontrar estos grupos. Finalmente, debe indicarse que las lecciones obtenidas en este análisis servirán para diversos casos

en donde se presenta un fenómeno transnacional indígena similar, brindando –con ese fin– pautas mínimas que este sub-grupo indígena requiere se cumplan, si es que se pretende elaborar eficazmente convenios bilaterales, tratados o regulaciones regionales sobre esta materia.