



Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas

Doctrina, principios y normas

Francisco Ballón Aguirre

© Francisco Ballón Aguirre y Defensoría del Pueblo
Jr. Ucayali 388, Lima 1, Perú
Teléfono: (51-1) 4267800
Fax: (51-1) 4267889
Internet: www.defensoria.gob.pe
E-mail: defensor@ombudsman.gob.pe

Editor: Pablo De la Cruz Guerrero
Programa de Comunidades Nativas

Primera edición
2,500 ejemplares
Lima, Perú, febrero 2004

Depósito legal: Registro N° 1501162004-1948

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) y del Instituto Humanista para la Cooperación con los Países en Desarrollo (HIVOS) - Servicio Holandés de Cooperación al Desarrollo (SNV).

“En tiempos normales, las fronteras políticas no son obstáculo para estrechar las relaciones entre los pueblos. Si se pudiera medir exactamente la intensidad de la acción social recíproca, probablemente se encontraría que la humanidad está dividida en grupos que en manera alguna coinciden con los estados existentes”

Hans Kelsen

Contenido

	Página
Presentación	7
Introducción	11
Primera parte: Los Aspectos Generales	15
1. ¿Pueblos indígenas, ancestrales, originarios, nativos...?	15
2. Los usos de la palabra “pueblo”.	17
3. La soberanía del pueblo y la democracia.	19
4. El concepto de “pueblo del Estado nacional” y el de “pueblos indígenas”	20
5. El “pueblo” en las teorías clásicas del Derecho.	23
6. La práctica republicana de la soberanía popular.	27
7. Los pueblos indígenas como realidad jurídica.	29
Segunda parte: Las Diferencias y el Contraste	33
8. Los pueblos, las naciones sin Estado, las etnias y las nacionalidades.	33
9. Los pueblos y las culturas.	37
10. Derecho de pueblos y no de “razas”.	38
11. Los pueblos y las minorías étnicas.	41
12. Las poblaciones.	42
13. Los derechos personales de los miembros de un pueblo indígena.	43
Tercera parte: La Descripción	45
14. Los pueblos indígenas.	45
15. Características del derecho de los pueblos a existir.	49

15.1. Es antecedente al Estado nacional.	50
15.2. Es incontestable.	52
15.3. Es específico.	52
15.4. Es contemporáneo.	53
15.5. Es autoafirmación.	54
Cuarta parte: Las Legislaciones	55
16. Los pueblos en la legislación peruana.	55
16.1. Los pueblos indígenas en la legislación peruana.	56
16.2. Las comunidades en la legislación peruana.	56
17. El derecho de los pueblos indígenas en las constituciones latinoamericanas.	59
Quinta parte: Los Derechos Específicos	63
18. El derecho de autoafirmación.	63
19. El derecho a la autodefinición.	65
20. El derecho de autodeterminación y de representación política de los pueblos en el congreso.	65
21. El derecho a la autonomía interna.	69
22. El derecho al patrimonio, cultural y natural, tangible e intangible.	72
22.1. El derecho al territorio consolidado de un pueblo indígena.	72
22.2. Los recursos naturales.	74
22.3. Derecho a la cultura.	79
23. Obligaciones del Estado.	83
23.1. La obligación de protección.	83
23.2. La obligación de tener una institucionalidad apropiada.	84
23.3. La obligación de consultar.	85
23.4. Otras obligaciones.	89
Bibliografía Citada	91

Presentación

Este **MANUAL DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS** aborda con pulcritud académica un aspecto complicado de la teoría jurídica: el derecho de los pueblos. Como es sabido, los conceptos modernos del Derecho se gestaron a la luz de los principios derivados de la soberanía popular y la ciudadanía, que dieron forma a los gobiernos democráticos como los conocemos en nuestros días. No es extraño entonces, que esta cuestión -cuando se refiere a los pueblos indígenas- se ubique en el centro de la agenda de las grandes asambleas internacionales en la búsqueda de declaraciones, principios y normas que nos permitan contar con una orientación general.

Esa búsqueda debe superar infinidad de controversias, algunas de las cuales se deben más a la emoción y al sentimiento que a los verdaderos problemas sustantivos del tema. Un ejemplo notable de dispersión banal, se encuentra en la retórica que acompaña el empleo de la palabra “indígena” en contraposición con la de “originario”. Como nos explica claramente Francisco Ballón, “indígena” recibe

viejas connotaciones de insulto en tanto se le identifica -erróneamente- como derivada de “indio”, que es la palabra despectiva empleada por la segregación colonial y el racismo. No obstante, “indígena” es el oriundo de un lugar y se refiere al conjunto de pueblos que sufrieron el despojo de sus derechos. Asimismo, organizaciones diversas a nivel nacional e internacional emplean el término en un sentido positivo. Para el autor de este **Manual** es indiferente que se use uno u otro vocablo e incluso otros como “ancestral”, “nativo”, “autóctono”... pues lo verdaderamente fundamental es el que se trate de pueblos con ciertas características jurídicas, asunto que no se cuestiona. Este y otros temas parecidos, son abordados con claridad en el **Manual** cumpliendo con el objetivo de la Defensoría del Pueblo del Perú de poner al alcance del mayor número de personas y organizaciones, aspectos del Derecho -de los sectores más vulnerables- que normalmente se consideran exclusivos de los especialistas.

En ese sentido Francisco Ballón ha logrado un texto básico sin dejar de tomar partido en los aspectos espinosos. Refiere que no podemos olvidarnos que las culturas son relativas pero la moral no lo es o que la propiedad de los recursos naturales les corresponde a los pueblos que tradicionalmente los usan o que la secesión política se enfrenta al principio de integridad, etc., explicándonos, en estas disyuntivas, las razones jurídicas para optar por alguna de ellas.

El Programa de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo del Perú, desea agradecer vivamente el esfuerzo realizado por Francisco Ballón al hacer asequible el derecho de los pueblos indígenas a un público amplio. En efecto, ha sido muy grato para el Programa de Comunidades Nativas constatar la excelente recepción -de personas y organizaciones muy diversas- de sus publicaciones e informes referidos

a pueblos indígenas. Nos propusimos entonces, lograr un documento que pudiera sintetizar los tediosos aspectos del Derecho, sus principios y doctrina, de un modo que se permitiera al lector contar con un amplio y comprensivo panorama sin trivializar el análisis de fondo.

Lima, febrero del 2004.

Pablo De la Cruz Guerrero

Jefe del Programa de Comunidades Nativas
Defensoría del Pueblo del Perú

Introducción

En el Perú contemporáneo nos daría la impresión que el derecho de los pueblos indígenas carece de interés jurídico o político. Por lo general los medios de comunicación de masas, el *establishment* de las ciencias sociales, los autores renombrados del arte y la literatura, el gobierno, la educación, las normas oficiales... le niegan a ese derecho un rol central en la democracia peruana.

Por su parte, la globalización y la unipolaridad parecieran cancelarles todo papel protagónico a aquellos pequeños pueblos-oasis en la historia postmoderna de la humanidad... No obstante, el más avanzado análisis de la geopolítica internacional se mide con relación a la fuerza de las civilizaciones en el contexto mundial y, a contrapelo de la aplanadora económica y la pretendida homogenización de valores globales, nos advierte de la contundencia de los “mundos de sentido” que posee la humanidad moviéndose a ritmos culturales disímiles y, con frecuencia, enfrentados. Los estados-nacionales, otrora moles intocables del orden internacional, se ven cuestionados por procesos socio-económicos que los debilitan a un punto tal que se cuestiona la eficacia de su asamblea

mundial. En ese gran escenario alguien podría preguntarse ¿de qué sirve pensar en los derechos del pueblo Nomatsiguenga? -uno de los pueblos que se encuentra arrinconado entre las múltiples formas de violencia y la invasión-colonización perpetua de sus tierras- ¿Merece la atención del pensamiento jurídico? Nosotros creemos que sí.

Pues bien, deseamos que el lector del **Manual** encuentre un panorama de la doctrina, los principios y las normas más importantes del derecho de los pueblos indígenas. Para describir la naturaleza jurídica de ese derecho y poder cumplir objetivamente con la tarea encomendada, ha sido necesario abordar teorías e ideas muy diversas. Esa es una inevitable complejidad que tratamos de resolverse del modo más sencillo.

Este es un **Manual** -en el sentido de un texto sintético- que además busca mantener un correcto nivel académico y pedagógico, desechando la superficialidad en el trato de los aspectos intrincados o controvertidos del asunto. Con esa intención, se elude el empleo de definiciones -al estilo de las que se encuentran en un diccionario- que sería un método de exposición inapropiado para nuestro objetivo. Así pues, entender cabalmente el derecho de los pueblos indígenas, exige una cierta sensibilidad para relacionar asuntos generales de la teoría del derecho y la democracia, con aspectos de la cultura y la historia. Ese es nuestro propósito mediante el análisis del material jurídico.

Por otra parte, el **Manual** no es una recopilación de normas positivas referidas a los pueblos indígenas, empero, hacemos referencias a los dispositivos legales cada vez que ello resulta conveniente para aclararnos algún aspecto. Así en el **Manual**, le damos preferencia a los principios que guían la producción jurídica de las normas, antes que a las transitorias disposiciones legislativas o administrativas. **Los principios son los fundamentos, las bases sobre las cuales se edifica el Derecho.**

Las razones que se emplea para justificarlos, los problemas que se derivan y las prácticas que se desprenden, son los elementos que componen la **doctrina** del derecho de los pueblos indígenas.

Ahora bien, es importante recalcar que **nos ocupamos exclusivamente del ámbito del Derecho**. De modo que, estaría equivocado quien pretendiera desprender de estas líneas una interpretación del Perú como una “dualidad” en la cual lo indígena es una homogeneidad sociológica compacta, extraña o contrapuesta a otra uniformidad igualmente compenetrada, ajena y distante a la que suele evocarse como la “sociedad nacional”. Las características de la sociedad peruana como un conjunto que se define tanto por sus similitudes como por sus contradicciones no son el tema ni el propósito de estudio en este documento.

Como es evidente, las palabras “pueblos indígenas” incluyen a una variedad de sociedades que pueden estar culturalmente muy diferenciadas o próximas entre sí. Entonces, el **Manual no se refiere a los “pueblos indígenas” en cuanto expresiones sociológicas o culturales** de diferencias, semejanzas o de síntesis de la sociedad peruana. De manera que cuando aludimos a los “pueblos indígenas”, lo hacemos con un **sentido jurídico** preciso. Es decir, tal y como esa categoría es utilizada por el Derecho: **pueblos indígenas son aquellos sujetos de derecho a los cuales les corresponde una categoría jurídica particular**. En ese sentido empleamos las palabras “pueblos indígenas” en estas páginas. Así pues, nos referimos a los pueblos indígenas como aquellos sujetos que poseen un derecho típico y exclusivo.

Primera parte:

Los Aspectos Generales

1. ¿Pueblos indígenas, ancestrales, originarios, nativos...?

Persiste el debate en torno a la denominación más adecuada. ¿Deberemos referirnos a los pueblos “indígenas”, o a los “originarios”, o a los “ancestrales”, o a los “nativos”?... Pero la respuesta depende del contenido que tenga el término elegido. Por ejemplo, si empleamos la voz “nativos” para aludir a los grupos étnicos de la amazonía, o la palabra “originarios” la usamos para referirnos a comunidades que son oriundas de una región del país, o el vocablo “indígena” connota exclusivamente a los pobladores andinos anteriores a la llegada de los españoles, o el concepto “ancestral” se reduce a comprender a las poblaciones descendientes de los antiguos señoríos... entonces, ninguna de estas denominaciones son útiles al sentido jurídico trascendental, cual es, que se aluda a: (1) que se trata de derechos de pueblos, (2) que esos pueblos sufrieron la interdicción de sus derechos y, (3) que esos derechos son exigibles contemporáneamente.

Ahora bien, el error de Cristóbal Colón quien pensaba que había encontrado una ruta marítima a la India, hizo que las potencias coloniales

y luego los estados nacionales, usaran la palabra **“indio” para referirse a las personas “encontradas” en esa expansión.** Con el colonialismo, el desprecio, el racismo y la discriminación cultural dieron a ese término las connotaciones de un insulto. De modo que “indio”, es la denominación históricamente empleada por el colonialismo y adoptada luego por el Estado nacional. Pero la palabra “indio”, estrictamente hablando, se refiere a las personas nativas de la India. Por su parte el término “indígena”, indica que una persona es originaria de un determinado lugar. En esa medida lingüística todos somos indígenas u oriundos de algún lugar.

Si aceptamos que cada pueblo es distinto a los demás o que ningún pueblo es como los otros, el concepto “indígena” engloba a todos aquellos que comparten un proceso histórico-jurídico común. Pero individualmente cada cual se distingue de los demás. Entonces, la palabra “indígena” no es el nombre propio de algún pueblo sino un vocablo que **empleamos para referirnos a un conjunto preciso.** Como reiteramos cada pueblo tiene derecho a nominarse, es decir, a darse un nombre. Entendiendo que todo pueblo tiene su personalidad, elige cómo llamarse y el uso de ese nombre, exclusivo y único, es también un derecho: el de **la autodenominación.** De manera que, cada pueblo se auto-bautiza de modo diferente: el pueblo Aymará, el pueblo Huitoto, al pueblo Bora etc. Así pues, **el derecho a nominarse o a elegir su nombre** -autonomiación- integra la identidad activa de todos los pueblos del mundo.

Ahora bien, el concepto “indígena” quiere resaltar las semejanzas jurídico-políticas entre algunos pueblos. Los que han sufrido un proceso común de despojo de sus derechos a todos ellos los llamamos “pueblos indígenas”. Paralelamente, esa palabra expresa –desde los pueblos- **una conciencia en común sobre su situación actual.** Resumiendo, decimos que a ese conjunto de pueblos con pasado y presente similar, identidad y derechos semejantes los llamamos “pueblos indígenas”.

Por otra parte, las ciencias políticas emplean el concepto de “indigenización” para denotar el reencuentro de la gente con su cultura ancestral y la reafirmación explícita de su valor político -por ejemplo para lograr la independencia nacional-, o valor religioso o moral o económico... La indigenización es un fenómeno que se expresa también en pueblos que no son necesariamente indígenas. La contrapartida a la indigenización es la “desindigenización” que se entiende como la pérdida de los componentes de la identidad cultural propia a favor de los valores e instituciones occidentales, tradicionalmente se le ha llamado también “asimilación”. Por otra parte, la “aculturación” se refiere al ingreso de componentes externos a la cultura receptora sin un carácter contradictorio a su conformación original, resultando de esta manera, una adaptación relativamente “armónica”.

2. Los usos de la palabra “pueblo”

La palabra “pueblo” es usada con contenidos distintos, por ejemplo como sinónimo de: (a) “población”, en el sentido demográfico de un conjunto de personas, (b) “poblado” de casas que no forman una ciudad, (c) “masa” o grupo anónimo y desorganizado de muchas personas, (d) los “excluidos” del poder o de la economía, es decir, la gente pobre, (e) “opinión pública” un punto de vista común a las personas, (f) de “proletariado” o clase social definida por su lugar en la producción capitalista, (g) “nación” entendida como el conjunto de “todos” los ciudadanos de un Estado-nacional y de allí como “cuerpo electoral”, (h) como “nacionalidad” en tanto reclamo de independencia o “grupo nacional”, (i) “etnia” como identidad de cultura-territorio y, (j) “soberano” en tanto origen del derecho a gobernar.

Desde el punto de vista de la magnitud de las consecuencias jurídicas podemos decir rápidamente que (a) “población”, (b) “poblado”, (c) “masa”, (d) “excluidos”, (e) “opinión pública”, no tienen mayor

trascendencia normativa. Incluso el “poblado menor” tiene alcance demarcatorio-administrativo antes que de personalidad jurídica.

En cuanto a la clase social, el “proletariado” (f), esa categoría tiene significado únicamente para los sistemas jurídicos socialistas. Como sinónimo de (g) “nación”, (h) “nacionalidad”, “grupo nacional” y (i) “etnia” trataremos con detalle sus distinciones en un apartado posterior. Por ahora digamos solamente que en cierta etapa de la historia europea, la idea de nación y la de pueblo coincidían perfectamente, de modo que, todo pueblo -cultural- era una nación. Pero luego, el entendimiento de la nación y del pueblo como ligazón cultural se desvanece y es reemplazado por concepciones acordes al surgimiento del Estado nacional. Es desde entonces que la nación y el pueblo dejan de ser correspondientes a una identidad común y dan paso a un “pueblo” y a una “nación” entendidos como pertenecientes a un cierto Estado nacional. Para Hans Kelsen, el positivista por excelencia, el pueblo es realmente el (g) “cuerpo electoral” que en determinadas circunstancias expresa su voluntad -voto de la mayoría- en el entorno de una democracia. Luego regresaremos a este asunto.

Pues bien, como (j) soberano, el “pueblo” es -en la teoría occidental de la democracia y el derecho- pieza clave de la emancipación norteamericana, la revolución francesa y la independencia latinoamericana. Asimismo es fundamental al desarrollo del derecho internacional público y del derecho constitucional moderno. De manera que muchísimo del corazón y el alma de las instituciones modernas se deben al viejo principio de la soberanía del pueblo. “Queramos confesárnoslo o no, lo olvidemos o lo arrojemos inconscientemente al olvido, de aquella época proceden los elementos esenciales de lo que todavía hoy tenemos en nuestra vida por digno de ser vivido: la idea de la dignidad humana, la *humanitas*, de la libertad personal, de la igualdad ante la ley, de la

tolerancia recíproca, del derecho a la felicidad individual. Y también sus consecuencias para el orden político: los principios de la separación de poderes, de la colaboración de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, el principio del Estado de Derecho del bien-estar general, de la publicidad de la justicia penal, la abolición de la tortura y de la persecución hasta la hoguera a las brujas” (Welzel /248-249).

Réstenos precisar que los europeos emplearon la palabra “pueblo” para designar a los que consideraban sus semejantes y términos como “bárbaros”, “infieles”, “primitivos”... para aquellos que catalogaban de inferiores. Así pues, en el concepto de pueblo se arrastran antiquísimos elementos de la historia del pensamiento y la política euro-americana hasta nuestros días.

3. La soberanía del pueblo y la democracia

Como ya hemos adelantado, la teoría del gobierno democrático y la soberanía del pueblo se encuentran estrechamente vinculados a las familias jurídicas del derecho anglosajón y del derecho romano-germánico-canónico a la que pertenece nuestro sistema jurídico nacional. Su trascendencia proviene de señalar **el origen del derecho a gobernar**. ¿Dónde se origina esa potestad? Históricamente en occidente se ha respondido la cuestión de muy distintas maneras.

En efecto, para la teoría de la soberanía popular, **el derecho a gobernar** es una potestad generada por la voluntad general -del pueblo- que es delegada a una autoridad bajo ciertas condiciones. La idea de la democracia “es la noción de que todo poder debe concentrarse en el pueblo y de que, allí donde no es posible la democracia directa sino sólo indirecta, todo poder tiene que ser ejercitado por un órgano colegiado cuyos miembros han sido electos por el pueblo y son jurídicamente responsables ante éste” (Kelsen/ 335). Ese poder, entregado transitoria-

mente, puede ser revocado, suspendido, modificado o limitado por quien lo entregó. Entonces, no se trata de una transferencia sino de la delegación o autorización para utilizar -en su presentación- el poder. La fórmula de Lincoln sintetiza esta unidad entre gobernado y gobernante: “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. Algo de ese principio se encuentra reflejado en artículo cuarenticinco de la Constitución política del año 1993, donde se dice que **“El poder del Estado emana del pueblo”**. Es tan importante la soberanía popular que la Constitución peruana (Artículo 3º) reconoce que la enumeración de derechos que realiza en el capítulo primero - referido a los derechos fundamentales de la persona- no es taxativa o limitada a los derechos expresamente enunciados, sino que está abierta a “otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o **en los principios de la soberanía del pueblo...**”. Además, ese principio se proyecta sobre la separación de poderes sin diluir su condición original de modo que, si bien puede no haber una elección directa en algún cargo, nótese por ejemplo que “La potestad de **administrar justicia emana del pueblo...**” (Artículo 138º de la Constitución).

Pero como empezamos a vislumbrar, el término “pueblo” es de todos modos ambiguo. Parte del entrapamiento nace de dos ideas consideradas opuestas: la de que el pueblo es el conjunto de ciudadanos peruanos con una identidad común y la -consecuentemente rechazada- de que puedan existir varios pueblos jurídicos componiendo la nación peruana.

4. El concepto de “pueblo del Estado nacional” y el de “pueblos indígenas”

Contraoponer “pueblo peruano” a “pueblos indígenas” es un error frecuente. En efecto, desde el punto de vista de la teoría positiva del derecho, el pueblo peruano es una referencia a la suma de los individuos que tenemos la nacionalidad peruana y gracias a la cual, ejercemos una

variedad de derechos y tenemos –consecuentemente- un conjunto de obligaciones. En este orden de ideas, pensar esa composición jurídico-política como una concordancia de identidad sociológica es un asunto intrascendente, pues **la existencia del pueblo peruano en el sentido de “una sociedad jurídicamente organizada” no reclama uniformidad cultural**, ni una lengua común, ni un territorio geográfico, ni unos valores generales, en suma, no requiere de una identidad cultural exclusiva para ser o expresarse como una Nación. Lo cual además, sí es un requisito para una definición jurídica de pueblos indígenas: un pueblo indígena es necesariamente unidad socio-cultural autoafirmada. De hecho, el multiculturalismo y la pluriétnicidad son antiquísimos fenómenos mundiales en los estados nacional y cuya sola extensión debiera bastarnos como evidencia plena. La unidad cultural dejó de ser la comunidad política.

Pero el problema no es realmente resuelto por el positivismo. Es casi inevitable que comúnmente se entienda que **el “pueblo peruano” debe o puede o sería deseable se comportara como una asociación de “patria cultural”** -expresada en sus símbolos, la bandera, el escudo y el himno- de modo que, quien “ofende, ultraja, vilipendia, menosprecia, por obra o por expresión verbal, los símbolos de la patria o la memoria de los próceres o héroes que nuestra historia consagra, será reprimido con pena privativa de la libertad...” (Artículo 344° del Código Penal). Esta relación entre el implícito cultural de una homogeneidad de sentimientos patrióticos está diseminada además, en conceptos como el de “la comunidad” (entendida como la sociedad civil en los artículos 4°, 7°, 162° y 166° de la Constitución), o en el de “sociedad” (como una psiquis de “instintos naturales y fundamentales” comunes a los peruanos y por distinción del Estado, en los artículos 4° y 15° de la Constitución). Como puede apreciarse, nos encontramos inmersos en la tensión producida por una lectura del Perú como un horizonte de coincidencias plenas y la rugosidad de sus manifestaciones culturales. De hecho, una simbiosis de

múltiples aspectos -incluidos los jurídicos- antes que espacios “puros”, encapsulados o enroscados sobre sí mismos: una dualidad rebatida en los hechos sociales. No obstante esta dinámica cultural de múltiples influencias, los pueblos indígenas subsisten en el Perú del siglo XXI y en un mundo relativamente globalizado.

En cierto sentido nos encontramos ante un dilema entre las “culturas” peruanas -en plural- e “integración nacional” -en singular- que se expresa, por ejemplo, en el artículo diecisiete de la Constitución en el cual se dice que el Estado simultáneamente, “preserva las diferentes manifestaciones culturales” y “promueve la integración nacional”. Se entiende entonces que **no puede promoverse a costo de no preservar**, pero el justo equilibrio entre el proteger y el alentar es dudoso en el medio ambiente de una cultura oficialmente occidentalizada y desindigenizante del Perú.

Ahora bien, hagamos un pequeño rodeo para situar el problema en una dimensión más amplia. Como señaláramos, al cristalizarse el Estado nacional se amalgaman -en una supuesta entidad jurídico-política realizada o realizable o formada o posible según el ideario que se profesara- las nociones de “nación” y de “pueblo”. El “pueblo” -otrota identidad nacional de población, cultura y territorio- se convierte en la “nación” de un Estado. Lo nacional entonces, resulta excluyendo a los pueblos -en plural- que se encontraban dentro de las fronteras del Estado. Así la teoría calza simétricamente al pueblo con el Estado -el “pueblo” del Estado sería la idea precisa- El “pueblo” **del** Estado-nacional se presenta como la amalgama entre los “ciudadanos”. En tal lógica, es absurdo e innecesario postular derechos para sujetos -pueblos- que no existen. En adelante, el pueblo “nacional” es el único que corresponde al Estado. Este diseño idealizado se traduce en una **igualdad reducida a las relaciones entre los ciudadanos o entre ellos y el Estado, remite el concepto de “pueblo”, al derecho internacional.**

Los efectos de esta telaraña conceptual son devastadores para los pueblos indígenas. Por ejemplo, el valioso principio de la igualdad se hace puramente formal e individualista y se manipula con dos sentidos perversos en contra los pueblos indígenas: el primero por exclusión -el único pueblo es el del Estado- y el segundo, por afirmación -la igualdad se limita a la relación entre individuos-. Este es el escenario dominante puesto que de cualquier otra manera tendría que admitirse: (1) la existencia de más de un pueblo en el espacio del Estado o, (2) que “los pueblos” son tratados desigualmente en relación “al pueblo” y como consecuencia, no tendrían razón alguna para someterse a un sistema injusto.

Como podemos notar la adopción formal de la unidad pueblo-nación-Estado resulta resolviendo algunos problemas y creando o manteniendo otros. La falta de un estatuto jurídico pleno para los pueblos indígenas es irrelevante a la teoría de un “pueblo nacional” abstracto y compuesto por ciudadanos libres e iguales ante la ley. Pero el ADN de los principios de una sociedad democrática, es decir, planteada como la coherencia entre la personificación moral de los pueblos y su representación jurídica, mantiene activo el derecho de los pueblos interdictados. En buena cuenta, el derecho internacional moderno se asienta en postulados como los de Francisco de Vitoria (1483-1534) respecto a que los pueblos “paganos” eran sujetos de derecho independientes y que, ni el Papa ni el Emperador, son poseedores de un derecho de dominio sobre el mundo. Derecho que ni Dios ni los pueblos han conferido a persona, imperio o majestad alguna.

5. El “pueblo” en las teorías clásicas del Derecho

Consideremos el siguiente desarrollo de las teorías clásicas del Derecho. Si se cree que el derecho a gobernar es entregado directamente por Dios a una persona o a una familia, entonces la población debe

sujetarse a ese soberano investido legítimamente de la potestad de gobernar. El “pueblo” -en ese caso- es **un súbdito** de aquel soberano que ejercita la potestad divina de gobernarlo. Pero si ese derecho ha sido puesto en la “naturaleza” o se encuentra a disposición de la “razón” y puede ser “descubierto” por las personas, el soberano tiene la obligación -una vez precisada la norma- de aplicarla en el sentido correcto o sea, de conformidad con el bien común. Dando un paso más, podría decirse que el Derecho está en la naturaleza para ser “descubierto”, “re-conocido” y obedecido por el pueblo.

Cuando se forman los modernos ideales sociales, desprendidos de los antiguos conceptos de “pueblo”, este se nos presenta cual una entidad autónoma a las normas del derecho eclesiástico y a las del derecho divino de los reyes. Solamente entonces, los principios de la **soberanía popular** empiezan a cristalizarse con el sentido que hoy los conocemos. Sucederá así que el “pueblo” expresa la “voluntad general”, es decir, síntesis de un interés general diferenciado de la suma de voluntades particulares (“voluntad de todos”). La renuncia a la libertad individual -que está en la naturaleza de los hombres- regresa a ellos transformada en derechos civiles. De manera que, el “pueblo”, en los ideales de la Independencia norteamericana y la revolución francesa, se somete -por decirlo de algún modo- a sí mismo. En esa eventualidad, el Estado aparece cumpliendo el papel de representar la voluntad exterior de la que proviene su derecho a gobernar. Pero, al menos en el pensamiento de Rousseau, al contrato social habrá de añadirse costumbres, opinión pública y una “religión civil” para formar -plenamente- la esencial “unidad mística” de los ciudadanos. Entonces, los nacionalismos empiezan a dibujarse de varios modos.

Una de las manifestaciones más nefastas es el nacional socialismo que creyó encontrar el “espíritu del pueblo” encarnado en el pueblo alemán

y en sus rasgos raciales cual prototipo de superioridad humana. De otra parte, cuando el “pueblo” es identificado con la clase social, el proletariado y el partido único que lo representa hacen del Estado su instrumento de lucha, nos encontramos ante el socialismo de corte totalitario.

Como se puede apreciar de aquellas variantes de organización política, las relaciones entre las categorías pueblo-derecho-Estado son muy delicadas. Por ello, debemos tener la mayor precisión posible en lo que se sostiene y presentes las consecuencias prácticas a las que dan origen nuestras afirmaciones. Si bien luchamos contra todo totalitarismo, contra los dogmatismos de la “verdad” única y la unicidad de la cultura, **no debemos olvidar que las culturas son relativas pero la moral no lo es.** La justicia y la verdad son -bajo las ropas de la diversidad- un atributo general a todas las civilizaciones.

Así pues, siguiendo el panorama teórico, en el llamado “historicismo” todo pueblo tiene un “espíritu” singular que se expresa en su propia “historia”. El derecho, entonces, se ajusta a esos caracteres dentro de una unidad política –nacional- autónoma que es transversal a sus integrantes. No debe extrañarnos que el historicismo como otras ideologías, haya contribuido -sin proponérselo- a la formación de los nacionalismos fascistas del siglo XX.

Por otra parte, para la noción clásica de derecho positivo el pueblo “son los individuos cuya conducta se encuentra regulada por el orden jurídico nacional: trátase del ámbito personal de validez de dicho orden” (Kelsen/276). Es decir que para el positivismo no hay un concepto sociológico del Estado diferente del concepto jurídico. “El Estado es una sociedad políticamente organizada, porque es una comunidad constituida por un orden coercitivo, y este orden es el derecho” (Kelsen/226). De esta manera, queda escindido pueblo-nación-Estado como unidad “real” y se presen-

ta como unidad normativa: “**El Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional** (en oposición al internacional). El Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional que la constituye”. Desde el punto de vista jurídico, “el problema del Estado aparece, pues, como el problema del orden jurídico nacional” (Kelsen/216). Para esta perspectiva, la “nación” es equivalente a un **orden jurídico particular**. Las afinidades culturales, territoriales e históricas son indiferentes pues se trata de un “pueblo-población” en tanto conjunto de individuos con la misma nacionalidad formal. Es decir que su identidad en común -si ella existiera- sería la de estar regidos por el mismo sistema jurídico. En cierto sentido, el **derecho moderno cubre de juridicidad a la sociedad liberal y la despoja de cultura**.

En contraste -para la sociología del derecho- se trata de un fenómeno de control social **eficaz** que, puede o no, coincidir con el sistema jurídico -de validez formal- o con su aplicación jurisprudencial. En buena cuenta, está determinado además, por una multitud de otros factores, en especial, por la economía y la política como ejercicio del poder: la **dominación**. Desde el punto de vista amplio de la sociología jurídica clásica, “pueblo” no es una categoría de análisis sino a través o en tanto, expresión de relaciones de dominación. Así el que alguien mande y alguien obedezca es el hecho a ser analizado. Para la antropología jurídica, en cambio, el derecho es una manifestación típica de todo grupo humanos auto-delimitado. Las normas y los grupos humanos que las producen culturalmente, se corresponden exactamente como el guante preciso en la mano debida. Todo derecho resulta así -por definición- eficiente y muchas sociedades son plurales jurídicamente hablando. La idea de “pueblo”, en este caso, se aproxima mucho a la etnia y el “derecho” a lo consuetudinario.

Ahora bien, a nivel internacional hay una corriente que pareciera admitir que los pueblos indígenas son sujetos de derechos, pero propone

“derechos” delimitados por el sistema jurídico del Estado. Para lograr su propósito sostienen que “pueblos indígenas” debe entenderse como una categoría sin efecto en el derecho internacional, es decir, **carente de la capacidad de autodeterminación**. Dicho de otro modo, avalan la idea de que el reconocimiento internacional de los pueblos indígenas es una amenaza al **derecho a la conservación** de los estados. Este derecho se alega como colofón de la liberación de independencia colonial y se entiende como la potestad del Estado a conservar su territorio si fuera “amenazado” por el principio de la autodeterminación.

6. La práctica republicana de la soberanía popular

Los ideales de la soberanía popular y de la igualdad entre las personas pese a su aceptación formal fueron temas controvertidos en nuestra historia. Se podía ser contrario a la esclavitud pero admitir la servidumbre, querer la República pero propugnar que “unos han nacido para mandar y otros para obedecer”.

Al inicio de nuestra vida republicana el tipo de gobierno que convenía al Perú era discutido por dos tendencias, los monárquicos y los liberales. Opuestos en cierto sentido coincidían sin embargo respecto a las etapas generales de la evolución política del mundo como se entendía en ese entonces. No obstante, unos pensaban que sería conveniente una monarquía, pues decían que el Perú la sociedad no estaba preparada aun para aplicar plenamente las ideas democráticas, de modo que habría de transcurrir un proceso de madurez y educación para llegar plenamente a ella.

Para los liberales, el camino para plasmar los ideales democráticos era mediante su ejercicio pleno y la aplicación inmediata de todos los postulados libertarios. Para gobernar al Perú, los monárquicos pensaban

en la realeza europea o la emergida de la casta militar triunfante pero el sustrato de tal propuesta estaba perdida –al menos teóricamente- al abrir una ventana a los reclamos de una aristocracia indígena. Monteagudo, el monárquico que gobierna entre 1821 y 1822, “suprime el status de Indio, prohíbe incluso el empleo de la palabra y la sustituye por la de peruano” (Demélas/318). Los liberales creen que “el nuevo régimen tendría que fundarse sobre los derechos del hombre y los poderes municipales” (Demélas/319). Pero el tributo indígena –negación de cualquier equivalencia ciudadana- se mantuvo entre abolición total y parcial hasta 1854, dos años después de un Código Civil que exaltaba la igualdad de todos ante la ley. En los primeros años de la República y quizá a todo lo largo de ella, la sombra de los levantamientos indígenas en especial el de Tupac Amaru II, permanecían en la conciencia de las capas criollas gobernantes del Perú que “usurpaban el papel de las fuerzas indígenas” (Larson/110) y a los cuales, el levantamiento de Huancané en 1866, reafirmó en sus prácticas económicas, políticas y jurídicas de discriminación y sometimiento de los indígenas.

Ahora bien, el entramado jurídico de la República “recibe” de su antecedente colonial a la “comunidad” como el cuerpo-objeto de los derechos indígenas y se desliza en vaivenes de la disolución a la asimilación. Esa disyunción es la constante tensión que modula los derechos de propiedad comunal y de los recursos naturales -en especial los mineros- hasta nuestros días.

El sector liberal asentado en Lima, inicialmente alentado por la prosperidad del comercio del guano y luego por las necesidades de recuperación de los estragos de la guerra con Chile, y los terratenientes andinos -con sus poderes locales e intereses de control y expansión de su propiedad mercantilista- compartían el desprecio oligárquico por la “raza indígena”. Así pues, el edificio que se construye desde finales del siglo

XIX es el del “pacto discriminador en contra de las mayorías indias” (Larson/114). La expansión de las haciendas a costa de las tierras de comunidad va acompañada de una ciudadanía sin derecho al voto y la absoluta marginación política. La República como una construcción sin y contra lo indígena prevalece. Los cambios a fines de la década de 1960 resultaron insuficientes o contradictorios, los modelos “asociativos” terminaron por poner en crisis la economía de las comunidades y reducirán su ya ligero peso político.

En ese contexto de derechos parcelados y “ciudadanías forzadas”, es decir de una nacionalidad relativamente artificial -adhesión formal a un sistema jurídico que no es retribuida con derechos- sucede a finales del siglo XX la mayor masacre indígena de la historia documentada del Perú. “De cada cuatro víctimas, tres fueron campesinos o campesinas cuya lengua materna era el quechua” (Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, prefacio, página 1). Refiriéndose a las dimensiones del conflicto la Comisión sostiene que “la cifra más probable de víctimas fatales de la violencia es de 69,280 personas”. “De allí que las tres cuartas partes del total de víctimas reportadas a la CVR hayan sido quechua hablantes de los departamentos más deprimidos del país” (Conclusión 2, página 150). Y si bien, “las víctimas hablantes de idiomas nativos se concentraron de manera sumamente localizada en los departamentos amazónicos, y comprenden un porcentaje muy bajo de la base de datos” (Nota 96, página 158) de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, lo cierto es que todos los asháninkas, yanehas, nomatsiguengas de selva central fueron, de uno u otro modo, alcanzados por la violencia.

7. Los pueblos indígenas como realidad jurídica

Es desconcertante escuchar que en el Perú actual los pueblos indígenas no existen. Al menos con tres rostros se dibuja esa afirmación:

la desaparición material de los indígenas en la (1) sociedad peruana, el desvanecimiento de su (2) sustento jurídico y la magnificación de la (3) legislación sobre “comunidades”.

El primer sesgo sostiene que los pueblos indígenas dejaron de ser un grupo humano típico y distinguible al interior de la nación peruana. Esa situación -piensan- deriva de diversos procesos legales, económicos, demográficos... especialmente la expansión del mestizaje -¿ex indios?- y el mercado -emigrantes/ambulantes-. De manera que, referirse a los derechos de los pueblos indígenas, no tiene sustento en la presente situación peruana.

Coincidiendo con esas ideas, el segundo punto de vista, considera que con la Independencia -la entronización de un nuevo sistema jurídico u orden jurídico nacional- se resolvieron los problemas de los derechos de los pueblos conquistados que pudieran haberla precedido. La emancipación es concebida como un acto político-jurídico que licuó los derechos de los pueblos -teoría del agotamiento- o los actualizó-delimitó como problemas internos y exclusivos del sistema imperante -teoría de la representación-.

La tercera opinión es un complemento a las dos anteriores. En efecto, la percepción agrario-campesinista, considera que los problemas jurídicos indígenas -si los hubiera- se limitan a las disposiciones legales respecto a las comunidades campesinas o nativas e, inversamente, cualquier “ley” sobre pueblos indígenas es concebida como una **legislación sobre comunidades a las que se les cambió de nombre**. Así, para algunas ideologías jurídicas, la comunidad “legal” -de las disposiciones legislativas y administrativas, la del ministerio de agricultura y los títulos retaceados- se presente como el tótem, el dogma, la suma y el límite de todas las referencias reivindicativas de los derechos comuneros, “campesinos” e “indígenas”.

Indudablemente, se dan algunos casos de “comunidades” totalmente desindigenizadas en su identidad cultural. El problema surge cuando esos casos se muestran como la regla y los derechos de los pueblos indígenas resultan irrevindicables, o son “reducidos” a las disposiciones sobre comunidades campesinas o nativas. De manera que, la comunidad legal -del sistema jurídico oficial- es proyectada sobre todo derecho indígena. Así, los derechos de los pueblos indígenas -o lo que de ellos pudiera quedar luego de tal desmontaje- es la farsa del retorno al modelo jurídico oficial. El regreso al drama de un derecho diminuto y deficiente que divide a los pueblos en una multitud amorfa de cinco o seis mil personas jurídicas o en títulos individuales de propiedad.

Desde nuestra perspectiva, la categoría jurídica “pueblo indígena” es notablemente superior a la de “comunidad”. A diferencia de la comunidad -creada por las normas oficiales- los derechos de los pueblos indígenas son derechos humanos que **alcanzan también a la comunidad en su condición de ser o poder reivindicarse como parte de un pueblo.** Pero superan ampliamente las normas oficiales de las comunidades pues aquellos se sustentan en los principios de la democracia representativa.

Segunda parte: Las Diferencias y el Contraste

8. Los pueblos, las naciones sin Estado, las etnias y las nacionalidades

Como ya hemos indicado, suelen superponerse los conceptos de pueblo, nación, etnia y nacionalidad. Al menos en una etapa del pensamiento occidental esa confusión no ocurría entre las ideas de nación y de pueblo pues se les consideraba sinónimas: ambas se referían a la misma entidad de territorio, idioma, valores y cultura. Desde los siglos XVII y XVIII, ese sentido va transformándose a la idea abstracta y amplia de nación como el conjunto o población que habita en el territorio de un Estado. De modo que, desde el siglo XIX en adelante, **a cada Estado-nación le corresponde un “pueblo” genérico** que es el equivalente a la suma de los individuos o de los ciudadanos de un Estado. Pero en verdad, **esa aparente simetría de un pueblo, una nación, un Estado es totalmente abstracta**. Encontrar en la realidad del mundo actual un único pueblo-cultural en un Estado es una **excepción**. Por ello la “nacionalidad” de los ciudadanos en el Estado nacional se nos presenta de modo esquizofrénico: impone un vínculo jurídico-político forzoso entre las personas quienes son disociadas de su fraternidad cultural. La esfera de

lo político-jurídico, atrincherada en la “nación artificial” -¿en “construcción”?- es decir, al negarse a ver los pueblos que componen la verdadera nación peruana, se enajena del mundo al que quisiera gobernar y representar.

Para algunos escritores, los “grupos nacionales” o “naciones sin Estado” son idénticos a los pueblos indígenas, desde el punto de vista de la autodeterminación. Suelen añadir, sumando a la confusión, a las “minorías nacionales”, a las “minorías territoriales” y a los “grupos etnonacionales” (Kymlicka/167, 169). De manera que, quedan embolsados en el mismo saco escoceses, samis, aymaras, haitianos, vascos, tártaros de Crimea, quebequeses de Canadá, etc., a pesar de ser evidente que en el desarrollo del derecho internacional no existe principio alguno en dónde apoyar el derecho de autodeterminación de los “grupos nacionales” -categoría que supuestamente englobaría a todas estas comunidades-. De manera que, nuestra insistencia en el concepto de “pueblos” tiene un sentido preciso en la formación de las categorías jurídicas del derecho internacional y de los derechos de los estados nacionales. Si existe una categoría amplia para aludir a todos aquellos que tiene el derecho de la autodeterminación lo correcto -o menos incorrecto en todo caso- es llamarlos pueblos y no “grupos”, o “nacionalidades”, o “naciones sin Estado”... Como hemos indicado, el antiguo concepto de nación se aparta de la unidad cultural-territorial-identidad y es absorbido por el de la nación del Estado nacional. Asunto distinto a si fuere un pueblo-cultural el que se hubiera hecho Estado, pero las cosas no han ocurrido así. El Estado nacional no es un buen ejemplo para los pueblos indígenas o un modelo deseable.

En buena medida, la confusión se genera al derivar consecuencias muy amplias al derecho de autodeterminación y descuidar el principio fundamental: la existencia. **La existencia del sujeto es una condición sin**

la cual el derecho, sea de autodeterminación o cualquier otro, no puede sostenerse. En efecto, sin el sujeto preciso el ejercicio del derecho es una mera ilusión. Precisamente la incongruencia se acentúa al llamar -de inicio- “grupo” o “minoría” a un conjunto para el que se alegan muchos derechos pero es imposible precisarlos como sujetos jurídicos. Asunto totalmente resuelto para los indígenas no por el lado de la autodeterminación, de la nación, de la nacionalidad o del Estado, sino por el de pueblo.

En cuanto a la nacionalidad, debe entenderse (1) formalmente como la pertenencia o vínculo jurídico de una persona con un Estado-nación e incluso, con más de uno: “doble” nacionalidad. Pero también es empleada en un sentido (2) “político” amplio: el de una colectividad cultural dominada por un Estado al que se contraponen. Una “nacionalidad” de este tipo no ha logrado cuajar en un status jurídico estatal pero lo pretende: es una típica “nación sin Estado”. En este orden de ideas, la nación sería una nacionalidad que logra la condición política de ser también un Estado. Pero como ya advertimos, no existe coincidencia entre el concepto contemporáneo de nación -como población de un Estado-nacional- e identidad cultural homogénea de una “nación”.

La “nacionalidad” como la pretensión de ser un Estado autónomo, dio pie a que antiguamente se hablara del “**principio de las nacionalidades**” o sea, del derecho a la autodeterminación. A pesar de las complicaciones que siempre presentará el lenguaje, el desarrollo de las instituciones jurídicas ha consolidado al derecho de la autodeterminación como una potestad de los pueblos. El mejor perfil de las “nacionalidades” se presenta cuando es empleado -por ejemplo en Europa- para el caso de pueblos no indígenas en los estados nacionales.

Ahora bien, en algunos estudios el “pueblo” y la “etnia” se presentan como sinónimos o al menos como conceptos afines. Autores clásicos

como Chabod y Akzind, los emplean de manera laxa. Akzind, por ejemplo, prefiere el uso de “etnia” -que le atrae por estar “libre de asociaciones emocionales”- a la de “pueblo”, término empleado según él “por el hombre de la calle”.

Para este **Manual**, la 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 jurídico. Esta distinción tiene que ver, precisamente con los derechos que se desprenden del “pueblo” como el sujeto protagónico de la soberanía en la tradición de nuestra concepción de democracia. Cuando, forzando las cosas, se busca añadir a la “etnia” el carácter jurídico de -por ejemplo- la autodeterminación, la teoría se desplaza hacia la categoría “**grupo étnico nacional**” con lo cual se ahonda la confusión terminológica y conceptual.

En resumen, se hace necesario establecer un criterio distintivo y, por lo que podemos apreciar, el menos frágil es el jurídico: **una etnia es diferente a un pueblo por las consecuencias prácticas que produce en las normas que le son aplicables**. En contraste, entre pueblo y nacionalidad -en el sentido político y no en el jurídico de dependencia a un sistema- las semejanzas son menores si aceptamos que no todo pueblo desea o tiene que ser, necesariamente, un Estado-nación como presupone las ideas de “nacionalidad” y de “grupo étnico nacional”.

Si un pueblo quisiera convertirse en un Estado, entonces usará el derecho de autodeterminación en un sentido extremo, pero le será indiferente el llamarse “nacionalidad”. **En el Perú, ningún pueblo indígena ha planteado la secesión como un camino político a seguir y, en todo caso, esa eventualidad escapa al sistema jurídico nacional**. Como es evidente, nadie tomaría en serio una “autodeterminación” establecida por “ley”, ni una secesión política “garantizada por el Estado”.

9. Los pueblos y las culturas

En el mundo actual la regla es que encontremos a varias culturas en el interior de un Estado. Lo excepcionalísimo son los pocos casos en que se da una cultura única al interior de un Estado nacional. Las referencias constitucionales al Perú como un país multicultural y pluriétnico y las protecciones que de esa situación se derivan, son aplicables a prácticamente todos los países del mundo (ver el Artículo 2º, inciso 19, de la Constitución). El Estado-nación es, sobre todo, una realidad política moderna bajo cuya apariencia o pretensión de homogeneidad, suele ocultarse profundos problemas de historias culturales fracturadas o artificialmente ensambladas. Pero también, es un factor de sincretismo y unidad que produce profundos efectos sobre la dinámica de la sociedad y en la cultura de los pueblos.

En ese orden de ideas, la condición contemporánea del Perú como un Estado nacional, está marcada por la cohabitación jurídica de muchas realidades culturales. Como ya hemos considerado, los autores clásicos del positivismo consideran que esa realidad es irrelevante al derecho. Para ellos un pueblo es simplemente la unidad de todos los ciudadanos de un Estado. En nuestro caso, todos los ciudadanos peruanos. Entonces, bajo el entramado de la ciudadanía anónima-formal es insignificante que se produzcan o mantengan conjuntos culturales típicos que reclaman derechos, el problema para esas tesis es que quienes reclamen sean pueblos.

Desde otro punto de vista, no todo conjunto cultural es de por sí un pueblo. De hecho, vivimos rodeados de culturas pero no de pueblos. **La cultura es una de las cualidades de los sujetos pero no es un sujeto en sí.** En otras palabras, la cultura pertenece a alguien y, cuando ese alguien es una persona individual, un pueblo, un emigrante, una comunidad, una etnia... es a esos sujetos a quienes les corresponden los derechos. Entre

esos derechos están el de respeto y protección a **su** cultura, en igualdad de condiciones que la protección a las personas de las otras culturas. Desde el punto de vista de la cultura todas ellas tienen igual valor. Una persona no es un pueblo, ni una comunidad, ni una asociación civil es una etnia o una minoría étnica no es una nacionalidad... pero todos tienen derecho a su cultura. No obstante cierto culturalismo radical desearía anclar sus conceptos respecto a los “derechos culturales” cual si se tratara de los derechos de los pueblos indígenas.

Por otra parte, podemos decir que **una cultura indígena es más consistente cuando ella se concreta en un modo estable de organización interna y de representación externa**. Es decir, cuando logra una manifestación jurídico-política. Los pueblos indígenas no son sujetos abstractos de un derecho antecedente-natural proyectado sobre el fondo del positivismo moderno o el efecto de una sociedad compleja formada por grupos heterogéneos, sino un **modo moderno de organización**. En ese sentido la cultura es una práctica privilegiada de cohesión humana. En la situación actual, los pueblos indígenas están obligados -para hacerse sujetos activos del derecho formal- a adoptar un “modo” de representación jurídico-política. En tanto esa materialización político-jurídica no suceda, algunos pueblos indígenas no lograrán variar su dubitativa condición actual de “comunidades”, “poblaciones” o “etnias” y seguirán sin reencontrarse con sus derechos como pueblos.

10. Derechos de pueblos y no de “razas”

La legislación republicana hasta mediados del siglo XX, presentó sin mayores tapujos los derechos indígenas como derechos de “la raza indígena”. Recordemos que la diferencia penal entre “indígenas”, “salvajes” y “civilizados” se mantiene hasta el año 1991. Evidentemente, toda actitud racista tiene como base implícita el sentimiento de superio-

ridad del “protector” sobre el inferior o “protegido”. Las ideas de la igualdad entre las personas, la ciudadanía y la democracia republicana que alentaron la emancipación de España, pronto se acomodaron al sentimiento racista de los gobiernos y sectores dominantes configurándose una práctica que podríamos llamar de “desigualdad tutelada” que beneficiaba a los intereses terratenientes andinos. Los indígenas, por su parte, encontraron en esa actitud protectora algunas oportunidades de mejorar su situación demográfica en el siglo XIX.

Para entender correctamente el sentido del racismo y su rostro “jurídico”, es necesario pensarlo desde un Estado que avala la diferencia como “natural”. Es decir que para el “derecho” racista la condición de las personas se deriva de la naturaleza de su raza que a su vez es un hecho dado. Puesto que la discriminación racial -en este caso- se define por oposición entre el indígena y quien no lo es -tal pertenencia se envuelve del color de la piel pero no solamente de ella- la diferencia, se cree, responde a la “circunstancias” de los hechos nacionales y no a una distinción creada desde el derecho. Lo adecuado para este contexto racista era el administrar las diferencias tratando de desaparecer lo indígena o amortiguando su situación con una legislación tuitiva. Así, el derecho podía permanecer sosteniendo la igualdad individual formal pero realizando políticas basadas en distinciones racistas.

Ahora bien, si pretendemos comprender cabalmente el concepto moderno del derecho de los pueblos indígenas, es indispensable diferenciarlo radicalmente del derecho a la igualdad racial. En el año 1965, la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial”, en su artículo primero (inciso 1), señaló que, “la expresión «discriminación racial» denotará toda distinción, exclusión, restricción, preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar

bar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. Es decir ser tratado en igualdad o no ser discriminado racial es un derecho amplio que cubre a toda persona o grupo sea o no indígena.

En contraposición al racismo se erige, también, el principio de la igualdad de las personas. Precisamente, la equivalencia de todos los seres humanos ante el Derecho. Este es un principio universalmente admitido. En buena cuenta, toda distinción, exclusión y restricción racista es contraria a los derechos humanos primordiales y es, consecuentemente, una ilegalidad. Es decir que a la condena moral se le suma la proscripción jurídica.

En el fondo del problema del racismo se encuentra el controvertido concepto de “raza”. Desde el punto de vista biológico y a la luz del desciframiento del genoma humano, es más preciso hablar de la raza humana que de las razas. Los elementos que distinguen lo que llamaríamos “razas” corresponden al 0.01% del genoma humano. Entonces, es posible afirmar que las diferencias entre el colorido envoltorio humano son el pretexto del racismo para lograr un beneficio o ventaja que de otro modo no tendría. La situación de la raza humana –respecto a la pigmentación de la piel de las personas- no tendría tal peso social sino fuera por que está acompañado de racismo. **El racismo produce o desea producir una ventaja injusta entre quienes son iguales.** Puede lograr efectos discriminatorios en la distribución económica, política, religiosa o étnica de las gentes en una sociedad. De manera que cualquier norma debe tener como objetivo -expreso o tácito- la abolición de toda diferencia racista.

Como podemos apreciar, el **derecho de los pueblos indígenas no es un derecho de la “raza” indígena.** Es un derecho colectivo originado en la condición jurídica de pueblos y no en una -supuesta o artificiosa-

condición racial. Por ello, cuando un indígena o un grupo indígena sufren por la discriminación racista, se hallan bajo la protección general del derecho a la no discriminación, derecho que alcanza a toda persona y a todo grupo humano en general.

Ahora bien, cuando estamos ante situaciones que producen, alienan, sostiene o perpetúan el racismo, se puede aplicar una **acción afirmativa** o sea, afinar la eficacia del sistema mejorando la legislación mediante normas especiales para quienes sufren la discriminación. Pero la ausencia del derecho de los pueblos indígenas en el sistema jurídico, no es una “discriminación” propiamente dicha -un suceso no deseado por el sistema- sino **una exclusión desconstitutiva** en la conformación del Estado republicano.

11. Los pueblos y las minorías étnicas

Generalmente la idea de minoría étnica se refiere a un grupo humano que comparte características semejantes a la de un pueblo pero que no tiene los fundamentos jurídicos de éste. No obstante, la minoría étnica cuenta con protección del derecho internacional cuando una “mayoría” numéricamente aplastante o el control segregacionista de un gobierno, perjudica sus derechos.

Así pues, **el pueblo indígena desde la perspectiva jurídica, no es una “minoría” o desprende su derecho de tal condición. Su derecho se origina en su calidad de ser pueblo: el sujeto central del sistema democrático.** Características como la autodeterminación y la autonomía son una derivación de la doctrina de la soberanía popular profundamente enraizada en los sistemas jurídicos modernos. Por otra parte, los pueblos indígenas son entre sí jurídicamente semejantes sin que deba importarnos la dimensión demográfica de su población. De la misma manera que ser

muchos millones o pocas familias las integrantes de un pueblo indígena -esa densidad- no cambia el derecho que les corresponde.

12. Las poblaciones

Los grupos humanos menos definidos o llamados “poblaciones” son también parte de la preocupación internacional en la protección de los derechos humanos. No obstante, ha sido difícil encontrarles una categoría jurídica definitoria o propia por lo que se ha extendido sobre ellas los principios generales del derecho humanitario. Como se sabe **“las poblaciones indígenas” fueron objeto de la política asimilacionista.** El “asimilacionismo” era el esfuerzo de los estados-nacionales por diluir a los pueblos indígenas al interior de la “población nacional”. Las medidas jurídicas que deberían adoptarse para asimilar a la “población indígena” fueron diseñadas por el Convenio 107 de la OIT, el año 1957.

13. Los derechos personales de los miembros de un pueblo indígena

Con frecuencia se presenta una cierta confusión entre los derechos individuales, los derechos colectivos –entendidos estos como los correspondientes a un conjunto de personas- y el derecho -singular- de un pueblo indígena. Evidentemente, el pueblo indígena es **desde el punto de vista jurídico una entidad distinta a la suma de los derechos individuales de los miembros que lo componen.** Pero no siempre se tiene plena conciencia de ello. **La calidad de lo colectivo del derecho del pueblo indígena, proviene de un ser social o -si se prefiere- de tratarse de una persona moral.** No es la síntesis de los derechos de varias personas.

Recordemos que los derechos entre las personas se basan necesariamente en el principio de igualdad. Todos los individuos somos iguales

ante el derecho. Las personas, sean o no indígenas, tienen idénticos derechos individuales. En su calidad de miembro de un pueblo, un indígena detenta tiene derechos en relación a su pueblo pero, en todos los otros aspectos jurídicos, o sea como persona y ciudadano, posee los mismos derechos individuales que cualquier otro individuo. Un indígena es un ciudadano, es decir una persona que cuenta con todos los derechos y deberes que le corresponden en el sistema jurídico peruano. Por ejemplo -en cuanto a la discriminación racial o cultural- el indígena como persona individual, debe ser protegido del racismo y del etnocentrismo cultural por el sistema jurídico nacional del mismo modo que lo sería un no indígena. Pero además, para concretar esa igualdad formal pueden crearse normas de acción afirmativa que acerquen el ideal de la igualdad inter- personal a la práctica social.

Ahora bien, el único derecho individual que es válido para un indígena y con el que no cuentan otros ciudadanos, es el de la **pertenencia a su pueblo**. Este es un derecho personalísimo que solamente ese individuo -hombre mujer o niño- puede ejercer para sí y del que no puede ser despojado. El ejercicio de ese derecho tiene dos fases, de un lado está el individuo que se auto-reconoce como miembro de un pueblo y de otro, el pueblo que lo admite como tal. Esta es una relación dinámica e íntima entre el derecho individual y el derecho colectivo de autodefinition de cada pueblo, como se verá en el apartado 19.

De manera que el derecho del pueblo es un derecho colectivo, pero podríamos preguntarnos además ¿hasta qué punto la condición individual refleja ese derecho colectivo o lo contiene? Expresando la misma cuestión con otra pregunta ¿cómo proteger la realización psicológica y cultural de un indígena cuando la sociedad nacional no respeta las manifestaciones de identidad de su pueblo? Parece razonable pensar que la identidad colectiva es amenazada por la desigualdad y la discriminación

individual. Entonces, aún cuando teóricamente se puede delimitar una cierta franja divisoria entre lo individual y lo colectivo, desde el punto de vista de la identidad cultural de un pueblo y de las prácticas discriminatorias, esa división es relativamente artificial.

Por otra parte, es evidente que quien se considera miembro de un pueblo indígena hace ejercicio de un derecho de auto-identificación o adhesión. Es decir que otros individuos -que no pertenecen a un pueblo indígena- no gozan de tal prerrogativa, ni pueden obtenerla para sí mismos y no pueden tampoco, impedir que sea ejercida por quienes se reconocen y son reconocidos por su pueblo.

Tercera parte: La Descripción

14. Los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas contemporáneos están directamente relacionados a los estados nacionales. Esa relación se asienta en **la suspensión de su personalidad jurídica** en el entorno del monopolio de la producción normativa estatal. Es decir que se trata de la exclusión -de los pueblos que conviven en su interior- y la entronización de la unidad formal o aparente de la nación culturalmente homogénea.

Así pues la situación indígena en el Perú deriva, en una buena proporción, del traslado de la suspensión de sus derechos desde el Estado colonial al Estado republicano. Pero de modo alguno debe equipararse la situación del derecho indígena en ambos contextos. Nótese que a la suspensión originada por el “orden” colonial, le son añadidos componentes propios del proceso ideológico-político que construye el nuevo Estado nacional peruano; la democracia representativa, la soberanía popular, la división de poderes, el gobierno republicano... Eso significa que la condición jurídica indígena ha variado relativamente -de un espacio

político a otro- desechando y conservando algunas de las características coloniales, pero situando su reivindicación en un nuevo ambiente de principios y doctrina democráticos. Consecuentemente, el efecto “jurídico” proyectado por el Estado colonial sobre la República -a pesar del suceso político de la Emancipación o precisamente por sus características acriolladas- **conserva la interdicción en un ambiente jurídico totalmente incómodo y que, al menos en teoría, le resulta contradictorio: el de la soberanía del pueblo.**

En este orden de ideas, es evidente que en la entronización de la República y del sistema jurídico peruano no se reivindicó plenamente el derecho de los pueblos indígenas. Pero ese “defecto” se contradice con la ideología misma de la emancipación como un acto de justicia de los pueblos. Si se prefiere decir en términos todavía más clásicos, **el nuevo “contrato social” nacido de la independencia política de España no incluyó la igualdad de los pueblos.** ¿Pero es la misma situación jurídica en el momento colonial que en el republicano? Evidentemente no. Para el colonialismo abolir lo indígena es indispensable para crear el Estado colonial en tanto que, al nacer la República, la condición subalterna indígena perdura **por una concordancia forzada e interesada entre un ideario democrático del orden republicano y los intereses mercantilistas de la sociedad criolla.** Es por esas razones que el cambio a favor del derecho de los pueblos indígenas, hoy en día, es perfectamente ajustable con los principios que organizaron el nacimiento de la “democracia” en el Perú.

Consecuentemente, los pueblos indígenas son los actores sociales de una historia jurídica que se inicia con la interrupción de sus derechos -como consecuencia de un proceso colonial- y se prolonga parcialmente en un nuevo orden jurídico que deja inconclusa su tarea de igualdad democrática. Por eso, la importancia de entender el papel limitado del viejo factor colonial en el nuevo sistema.

Tengamos presente que la conculcación de derechos originada por la derrota Inca, tiene una fisonomía jurídica peculiar pues expandió sus consecuencias sobre todo el virreinato real y virtual. Es decir que los efectos sobrepasaron al pueblo Inca, al tawantinsuyo y a su época. De manera que, la acción militar española se traduce en la victoria jurídica que es expandida desde el ombligo cusqueño hacia todos los otros pueblos indígenas sin necesitar siquiera el diferenciar entre aliados o enemigos de los españoles. Entonces, tanto la época colonial como la republicana son sacudidas por las ondas sísmico-jurídicas que derrumbaron para la posteridad a todos los pueblos indígenas. En virtud de esos sucesos, los derechos de los pueblos presentes en los luctuosos momentos de la “conquista”, así como los presuntos, desconocidos y apenas visibles siglos después, heredarán el mismo estigma. La peculiaridad o continuidad de lo jurídico desde entonces, es ese efecto suspensivo a perpetuidad de los derechos de **todos** los pueblos indígenas, en cualquier **lugar** en el que se encuentren y en todo **tiempo**.

Y esas ondas expansivas pueden mantener hasta nuestros días -piénsese en los pueblos en aislamiento voluntario- por la coincidencia de intereses económicos, políticos e ideológicos a pesar de los años y los cambios políticos ocurridos. En efecto, la inercia jurídica es bien aprovechada inicialmente por los terratenientes andinos y, mantenida luego, por los intereses de un entorno político-económico excluyente que gobierna basándose en una “democracia” de raíz mercantilista. La República admitió a la interdicción indígena y la interpretó a su modo: lo racial, lo atrasado, lo rural, lo arcaico, lo pasado, lo desvanecido por la demografía de los ex-indios ambulantes... Pero paradójicamente, el nuevo sistema mantiene aquel viejísimo gen sísmico, en un contexto de principios desfavorables a la dominación: la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía... El contrasentido de la República que se organiza alegando derechos del pueblo y negando a los pueblos indígenas.

La estrecha relación entre la secuela jurídica y el sistema normativo contemporáneo sitúan el corazón del “problema”, lejos del retorno a un imposible mundo pre-colonial, en la construcción de una sociedad peruana moderna, indigenizada en lo que le corresponde y auténticamente democrática. Para ello deberán coincidir los principios de la democracia que originaron el Estado peruano con una práctica auténticamente plural. El derecho del pueblo indígena es contemporáneo. Así pues, hemos **distanciado en este análisis, el contenido jurídico del derecho de los pueblos indígenas de cualquier “antigüedad” o “raíz” inmemorial utópica.** Ese derecho es tal porque el sujeto al que nos referimos es tan cierto como lo son -hoy en día- los pueblos y sus culturas.

El camuflaje sociológico-realista, mercantilista y liberal, tanto como el sueño clásico de las ideologías estatalistas, confluye en la misma afirmación de **unos conceptos abstractos e idealizados de nación homogénea y de una igualdad puramente formal.** Ambas categorías -igualdad formal y nación homogénea- están deshabitadas de contenido histórico y modernidad democrática, y pretenden aplastar el análisis de la peculiaridad jurídica peruana en un mar de lugares comunes. Su continuo objetivo es destruir lo indígena, a los pueblos y a sus comunidades. Pero amén de esa intención política, se oculta la ambición menuda, mercantilista: despojar de sus tierras a los indígenas.

Ya podemos vislumbrar algunas de las características que corresponde al derecho del pueblo indígena: se trata de **un sujeto colectivo, anterior al Estado, plenamente identificado, capaz de expresar una “voluntad de identidad” mediante su organización representativa y cuyos miembros se auto-reconocen como sus integrantes.** Desde un punto de vista complementario se trata de un sujeto de derechos humanos de carácter **histórico-moral** (Nino/118).

15. Características del derecho de los pueblos a existir

El derecho de los pueblos a existir es **su potestad de permanecer, transformarse, expresarse y ser reconocidos como conjuntos de identidad jurídica por los sistemas normativos nacionales**. Este derecho, antecede a los sucesos que causaron su interdicción y pervive en el entramado contemporáneo de las normas y principios de la democracia representativa. El carácter paradójico del derecho peruano es la presencia -en su cuna constitutiva más no en su Constitución- del derecho de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas peruanos nunca han sido una realidad jurídica en la Constitución peruana, ni son realidad patente al conjunto del sistema jurídico peruano, en ese sentido se dice que no existen para el derecho nacional. Incluso, contándose con algunas leyes y disposiciones administrativas a su favor, se mantiene la invisibilidad como fruto de la práctica negativa del poder.

Ahora bien, contra la **interdicción** entendida como la privación de su derecho, se plantea **la restitución** de la condición jurídica de los pueblos. Entonces, para combatir la vieja supresión-interdicción se requiere de **la recepción constitucional** de lo indígena: expresión de una sociedad realmente plural y democrática. Se trata de admitir en el sistema al derecho ausente. En otras palabras, el derecho debe ingresar al sistema jurídico formal. Para entender correctamente el alcance de esta afirmación debemos referirnos al concepto de **anulación**. La anulación sucede cuando una trasgresión es de tal magnitud que se propone, hace o puede hacer desaparecer al sujeto afectado. Como este efecto ya se ha producido -en la historia, muchos pueblos indígenas han desaparecido para siempre- hablamos de la anulación irreparable. La humanidad de un pueblo es irrepetible cuando sucede el genocidio. Por su parte, los

derechos humanos tratan de evitar la quiebra de una personalidad, de una identidad y de una entidad. La afirmación de la existencia de los pueblos **repone el valor jurídico absoluto: el derecho al ser.**

15.1. Es antecedente al Estado nacional

El principio y derecho a existir corresponden a todos los pueblos del mundo cual un valor absoluto. Como sabemos, en varias constituciones latinoamericanas se acepta clara y explícitamente este **antecedente o preexistencia** de los pueblos indígenas a la conformación de los estados nacionales. Igualmente, en la legislación peruana se admite que los pueblos indígenas son aquellos que “tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano” (Ley N° 27811, de agosto de 2002, Artículo 2° a).

Esta precedencia vincula los derechos humanos a una situación histórica que nos permite entender mejor las diferencias entre el derecho de los pueblos y el sistema jurídico nacional. En efecto, cuando el sistema oficial admite -parcial y defectuosamente- a los pueblos indígenas, **acepta una situación que es constitutiva del derecho y no creada** a su antojo. La acción afirmativa, en cambio, es el establecimiento de disposiciones legales que -contradicen aparentemente el carácter de generalidad-igualdad o principio de “inclusividad”- para lograr corregir un defecto de aplicación en el sistema. En la acción afirmativa la norma existe, pero su realización práctica es defectuosa, de modo que el sistema ataca el problema que está presente a pesar suyo, tratando de ser eficiente y evitar la distorsión discriminante. Desde otra orilla, la **acción receptiva es la que admite un derecho preexistente o inexistente en las normas pero que se halla en los fundamentos –constitutivos- de Derecho, en sus principios generales de valores o, si se quiere, en la norma básica.**

La incorporación de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema jurídico nacional, no es pues una “acción afirmativa”, es decir, no se trata de consolidar la igualdad que el sistema ya ha consagrado -pero que por defecto del propio sistema es ineficaz- sino de recibir una “porción” de constitución que está fuera del sistema jurídico-político. Distinción que, por lo demás, legitima la democracia como igualdad. Así pues, la naturaleza de una acción afirmativa y de una receptiva es totalmente distinta. La acción afirmativa nace del sistema, la acción receptiva impacta desde fuera al sistema de derecho; la acción afirmativa corrige un defecto indeseable al sistema, en tanto que la recepción de derechos, introduce en el sistema un elemento novedoso y fundamental; la acción afirmativa restituye un equilibrio -igualdad-distorsionado por la práctica o la operación de las normas, en tanto que, la acción receptiva equilibra la igualdad incorporando un elemento ausente hasta entonces. Una acción afirmativa es siempre transitoria o al menos, pretende serlo en tanto que -una acción receptiva- debe ser permanente.

Cuando los pueblos indígenas ingresen a la norma constitucional peruana, lo harán -justamente- por la puerta amplia de su propio derecho a ser incluidos como personas morales. Con el reconocimiento amplio de los pueblos, ellos lograrán sobreponerse al estatus históricamente disminuido. Es decir, los pueblos indígenas deben ser plenamente admitidos al interior de una formación jurídica realmente democrática. Como ya señalamos, ese derecho proviene de una calidad jurídica suspendido tal y como la legislación peruana lo admite -a regañadientes- desde la Constitución de 1920: “La Nación reconoce la existencia legal de las Comunidades de Indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden”. Este “re-conocimiento” de la Nación es un primer peldaño para la admisión formal de los derechos indígenas como preexistentes al derecho estatal y de un conjunto de derechos constitucionalmente adquiridos desde la Constitución de 1828.

15.2. Es incontestable.

Se añade a la característica de precedencia o carácter constitutivo que acabamos de describir, la de **incontestabilidad** por el sistema. **Incontestable es un derecho que persiste no obstante la legislación lo niegue o lo obvie o lo ignore. Siempre mantiene su plena validez.** Es decir, supera a la forma y al contenido de una norma injusta o insuficiente. Esta incontestabilidad se traduce en fórmulas como la ya comentada de la Constitución peruana, en su artículo tercero, respecto a que la no “enumeración” -o ausencia de expresión escrita- “no (los) excluye” de ser considerados derechos pues se fundan en “los principios de soberanía del pueblo”.

Cuando sostenemos que un derecho es incontestable nos referimos tanto a la posibilidad de que la legislación lo cuestione o lo anule directamente, o lo admita pero de manera parcial e incompleta. Evidentemente, se trata de un principio cuya validez no se desprende o se suspende por virtud de disposiciones legislativas o administrativas formalmente válidas. En esa medida se trata además, de un derecho independiente de las resoluciones de los jueces. La legislación positiva del Estado queda supeditada a los principios que organizan el sistema, entre ellos, la soberanía popular, la democracia representativa, los derechos humanos...

15.3. Es específico

Decimos que el derecho de los pueblos indígenas es específico por que sus características definitorias se aplican únicamente a ellos. Es un derecho típico de ese sujeto: un derecho colectivo y a la vez una potestad individual de pertenencia que no puede ser reclamada por otras personas. Desde este punto de vista, no comparte sus fundamentos

con derechos como los de género, cultura, minarías etc. es decir que se deriva de una constitucionalidad peculiar. Por esa razón se desprenden **potestades jurídicas que son propias de los pueblos**, tales como la autodeterminación y la autonomía. En contraste, por ejemplo, las culturas no son sujetos en sí mismas, las razas no se autodeterminan o el género no tiene un territorio.

Recordemos que la categoría “indígena” cubre una variedad de pueblos individuales que son, en efecto, sus depositarios finales. Hemos dicho en páginas anteriores que a todos aquellos pueblos singulares, cuando los aludimos en común los llamamos “indígenas” en el sentido de participar de un derecho semejante para todos ellos pero en realidad cada pueblo es singular: es el generador de su derecho a existir.

15.4. Es contemporáneo

El derecho de los pueblos indígenas se refiere -como no podría ser de otra manera- a las condiciones actuales del sistema jurídico nacional y de las normas internacionales. Es contemporáneo porque admite resolverse en las nuevas **condiciones creadas por el Estado-nacional republicano**. Alude en cuanto a su contenido, a derechos de hoy en día y, en cuanto a su forma, a la adoptada por los principios y las normas del sistema jurídico actual. Dicho de otro modo, no se dirige a la restauración, resurgimiento o restablecimiento de un Estado o de un derecho que tuvo vigencia en el pasado. El derecho de los pueblos no es una utopía jurídica. No obstante lo cual, el sentido reparador de tan prolongada injusticia puede considerarse como una epopeya para esos pueblos.

15.5. Es autoafirmación

Cuando un pueblo se auto-reconoce ejerce una potestad jurídica que es la de declararse existente. Frecuentemente se dice que esa autoafirmación se sustenta en elementos objetivos como el territorio o la lengua, y elementos subjetivos, como la historia en común y los valores compartidos. En nuestra opinión se está construyendo una nueva perspectiva de la **autoafirmación, cuales el derecho a contar con una organización legítimamente representativa**. Se trataría de un sustrato práctico de la identidad de un pueblo indígena autoafirmada por su organización jurídica. De allí la importancia de la representación política genuina. Desde nuestro punto de vista, el auto-reconocimiento es una afirmación. Una categoría ideal de adscripción a una cultura es insuficiente sin una construcción práctica de la estructura que la **represente**. Con demasiada frecuencia el culturalismo ha pretendido agotar la identidad en una mera identificación antropológica de las gentes, es decir, ajena a su definición política y jurídica. Hoy en día, proponer una identidad “pasiva” o “cultural” sin la práctica organizativa que los haga “visibles” en el entramado del sistema jurídico, es postular derechos en el vacío como surcos en el viento. La identidad activa es la autoafirmación hecha política.

Cuarta parte: Las Legislaciones

16. Los pueblos en la legislación peruana

Los pueblos -indígenas y no indígenas- han sido reconocidos por el Perú en los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos del año 1966, el de “Derechos Civiles y Políticos” y el de “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. En ambos Pactos se dice, en la Parte Primera, artículo primero que: “1. **todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación.** En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Señalan además, de modo idéntico en los dos Pactos en sus artículos primero que, “2. Para el logro de sus fines, **todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales,** sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”

Por otra parte, ya hemos detallado varias referencias constitucionales al pueblo y a la soberanía popular.

16.1. Los pueblos indígenas en la legislación peruana

Normas específicamente referidas a pueblos indígenas se encuentran, por ejemplo, en el Convenio 169 ratificado por el Perú en el año 1994 y en la ya citada Ley N° 27811, respecto a la protección de sus conocimientos colectivos. Se dirige también a los pueblos indígenas el Decreto Supremo N° 111-2001-PCM, de octubre del año 2002.

En otros instrumentos internacionales como la Decisión 391, respecto al régimen Común sobre el acceso a los recursos genéticos, resiente la idea de “pueblos” y la suplanta por el de “comunidades indígenas” (en “Definiciones” y Artículo 7°) y en la misma dirección, el Acuerdo de Cooperación Amazónica de 1993, se refiere a “comunidades nativas” (Artículo XVII). De modo, similar se cuenta con una abundante legislación sobre las “comunidades” que elude ocupar el vocablo “pueblos”. Por su parte, el Convenio 169 pretende limitar el alcance del concepto de “pueblo” indígena a la legislación nacional. **Esta perspectiva reductora del derecho de los pueblos a nivel internacional se relaciona con el principio de la integridad de los estados-nacional** como veremos detalladamente al hablar de la autodeterminación.

16.2. Las comunidades en la legislación peruana

Las “comunidades legales” han sido **construidas** -cual objeto plástico de la frondosísima normatividad del Estado colonial y republicano- sobre la ruina jurídica de los antiguos pueblos indígenas andinos y la fragmentación de los amazónicos. Existen alrededor de unas seis mil personas jurídicas llamadas “comunidades” “campesinas” y “nativas”. Normada la comunidad en una voluminosa legislación de leyes generales, reglamentos, diversos actos administrativos del poder ejecutivo, municipal y regional, resoluciones judiciales, actos y contratos civiles,

referencias constitucionales, penales, civiles, tributarias, electorales, registrales, notariales... es el sujeto más antiguo y persistente en el derecho constitucional peruano. Los pueblos indígenas son atrapados por el mecanismo jurídico fragmentador. El conjunto jurídico del que ellas – las comunidades- alguna vez formaron parte, es desvanecido en miles de partículas: los sujetos-comunidad. La fragmentación de los derechos indígenas en porciones diminutas o “comunidades” divide la ancestral unidad política, económica y cultural-. El mecanismo de matriz colonial es reeditado en moldes republicanos. Pero al igual que en la arquitectura colonial cusqueña cuyos muros delatan las bases sobre las que se edifica, es bajo la pared de los dispositivos “comunales” que puede verse el cimiento del derecho de los pueblos indígenas. Una parte de esa legislación pro-comunidad es apreciable y debe protegerse por ser el resultado de las luchas indígenas por la vigencia de sus derechos.

Para el sistema oficial el átomo -comunidad- se torna en el universo de los derechos indígenas. Y no obstante el juego compresor del derecho dominante, la “comunidad” por él creada colisiona con sus otras instituciones y en especial, con el modelo general de la propiedad-mercancía del Código Civil. El derecho positivo toca fondo con la realidad indígena peruana: quisiera el reino del Código Civil y debe admitir una propiedad extraña, desearía un tipo penal universal y debe incluir el error de comprensión culturalmente determinado, buscaría la extensión de una administración centralizada de la justicia y debe contentarse con la hacienda parcelada por la jurisdicción comunal, quisiera proyectarnos la propiedad intelectual y debe aceptar el derecho indígena a los conocimientos colectivos, desearía reducir toda la naturaleza a derechos del medio ambiente y debe retroceder ante los pueblos no contactados... Por su parte, las comunidades reales -partes de los pueblos indígenas- resultan también ajenas a un modelo mercantilizado de sociedad, “atípico”, “anacrónico” al libre mercado y a la propiedad privada.

Incluso encubierta por una avalancha de disposiciones legales y administrativas, la raíz de la situación indígena peruana se cuele a través del derecho de propiedad comunal que es extraño y contradictorio con las pautas civiles y mercantiles, y no obstante... No obstante se trata de la más genuina expresión de la realidad peruana y su derecho.

La Constitución Política establece en el artículo ochenta y nueve que las comunidades campesinas –andinas o costeñas- y las nativas –de la amazonía- tienen existencia legal y son personas jurídicas. A contrapelo de esta disposición constitucional, las comunidades han sido atrapadas en una montaña de trámites para “registrarse”. Por ejemplo, las comunidades deben contar con un “reconocimiento oficial” (Código Civil artículo 135, Decreto Ley 25891) y al igual que las comunidades campesinas, están obligadas a inscribirse como personas jurídicas en “registros especiales” según el artículo dos mil veintiséis del Código Civil. En suma, una maraña de requisitos para gozar de “derechos” minúsculos. La tendencia dominante de la política normativa concibe –por ejemplo- a la propiedad comunal como **una suerte de concesión estatal que revierte permanentemente**. De manera que, para todo aquello que sea comprimir derechos se acude a normas como las del Código Civil (artículos del 134 al 139) pero cuando se trata de disposiciones sobre la propiedad, ellas dejan de ser propietarias privadas y el Estado se cree en el derecho de disponer parcelaciones, delimitaciones, demarcaciones y titulaciones individuales de la propiedad comunal sin el menor rubor jurídico. Una legalidad a-legal e ilegal se amontona contra toda seguridad jurídica para quienes no tienen los recursos económicos ni políticos para defenderse.

En suma, cuando se trata de reconocimiento o de inscripciones en los registros públicos o de autoridades o de títulos... sobre las comunidades cae un huaico jurídico de desventajas: son propietarias civiles para todo lo que las perjudique y de “interés público” para lo que le convenga

a los burócratas estatales. Revisense normas tales como la de “deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas” (Ley 24657) o la de “inversión privada en las tierras del territorio nacional y de las comunidades nativas y campesinas” (Ley 26505) o la de “titulación de las tierras de las comunidades campesinas de la costa” (Ley 26845) para constatar que en el Perú la seguridad jurídica de la propiedad comunal no existe, es apenas una caricatura vergonzosa sin real disposición, deshabitada de atributos, desértica de dominio real alguno... La propiedad de cualquier pequeño inmueble, está mejor protegido por el derecho y la opinión pública, de la usurpación legalizada por el Estado, que cualquier predio comunal. Fomentar y casi obligar a las titulaciones individuales, propiciar la división de los anexos en nuevas comunidades para luego lotizarlas y privatizarlas, facilitar demarcaciones amañadas, delimitaciones reduciendo las áreas comunales etc. etc. Todo aquello que en cualquier otro caso se vería como una ilegalidad evidente, una expoliación inaudita, un despojo de lo ajeno, una expropiación inverosímil... contrario a los principios elementales de respeto a la propiedad, se recibe en el Perú como ¡una potestad estatal! cuando de comunidades se trata. ¿Qué persona admitiría tan descarado despojo de su patrimonio?

Paradójicamente, al alejarse de la típica propiedad civil, la propiedad comunera significa un profundo reencuentro con lo más auténtico de la realidad histórica peruana que se ha distanciado del modelo europeo de derecho. Pero esa distancia se debe no tanto a tratarse de una propiedad colectiva o comunal pues existe una creciente parcelación, sino por que aún entonces, los procesos sociales que ella involucra “escapan” a las pautas del derecho civil, a la propiedad cruda y al propietario del mercado liberal. Los modos culturales le juegan una mala pasada a los estandartes de la naturaleza como apropiable y el hombre propietario de ella. Desde un punto de vista formal -al menos desde la Constitución del año 1920- las comunidades tienen derechos constitu-

cionalmente adquiridos y que, pese a todas las violaciones de las que son objeto, esos derechos se conservan -al menos en teoría-. Entonces, los derechos comunales no deben olvidarse cuando se concrete el derecho de los pueblos **indígenas a su unidad territorial y a su consolidación** pero deben ser situados en su justa proporción.

Ahora bien, contra la fragmentación y la dispersión que producen los títulos comunales se presenta el derecho de los pueblos a su territorio **íntegro**: tener **unidad jurídica territorial**. Para lograr ese objetivo de reunificación, las comunidades deben **consolidarse**. Es decir, **revertir el proceso de fragmentación histórica que dividió a los pueblos, mediante la consolidación de títulos: la reunificación**.

17. El derecho de los pueblos indígenas en las constituciones latinoamericanas

Respecto a los derechos de los pueblos indígenas, el Perú está entre los países latinoamericanos más atrasados en lo que a materia constitucional se refiere. Las constituciones peruanas se mantienen centradas en las antiquísimas pautas de la comunidad como su objeto-techo en tanto otros países se abren al concepto de pueblo.

Las constituciones latinoamericanas comparten algunos rasgos comunes pero no existe uniformidad en los criterios adoptados. Las que expresamente reconocen a los pueblos indígenas son la Argentina, la boliviana, la colombiana, ecuatoriana, la mexicana y la paraguaya. Brasil emplea la denominación de “indios”. En cuanto a la categoría “comunidades”, se encuentra en las constituciones de Argentina, Bolivia, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Perú. En Guatemala y Paraguay se utiliza también el concepto de “grupos étnicos” y el de “grupos indígenas” se presenta en Guatemala y México. Como “cultu-

ras nativas” en Honduras. Ecuador emplea la palabra “nacionalidades” sin variar el carácter de los derechos contenidos. En contraste, Chile no tiene prescripción constitucional alguna ni suscribe el Convenio 169.

La calidad de preexistencia de los pueblos indígenas al Estado republicano es señalada en los siguientes casos: Argentina, que “Reconoce la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas argentinos”; Paraguay, donde “Esta constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”; y Venezuela en que “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas...”.

La expresión constitucional que encontramos repetida en varias constituciones es la que se refiere a sus sociedades como pluriétnicas y multiculturales. Una declaración genérica compartida por casi todos los países del mundo, es decir, que no se desprende de allí reconocimiento alguno a los derechos de los indígenas en tanto pueblos.

En cuanto a las funciones jurisdiccionales, en Latinoamérica se aplican varias fórmulas: “Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas...” (Bolivia), “Las autoridades de los Pueblos Indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales...” (Colombia), “Las autoridades de los Pueblos Indígenas ejercerán funciones de justicia...” (Ecuador). Parece evidente la tendencia a delimitar esa capacidad a los pueblos-comunidades antes que ampliarla a cualquier grupo organizado lo cual vulneraría varios principios generales de derecho vinculados al debido proceso.

En cuanto a la participación política, la elección directa y la elección dirigida están presentes en tres casos: en el de Colombia, en Panamá -referida a la “concentración de la población indígena”- y en Venezuela.

Quinta parte: Los Derechos Específicos

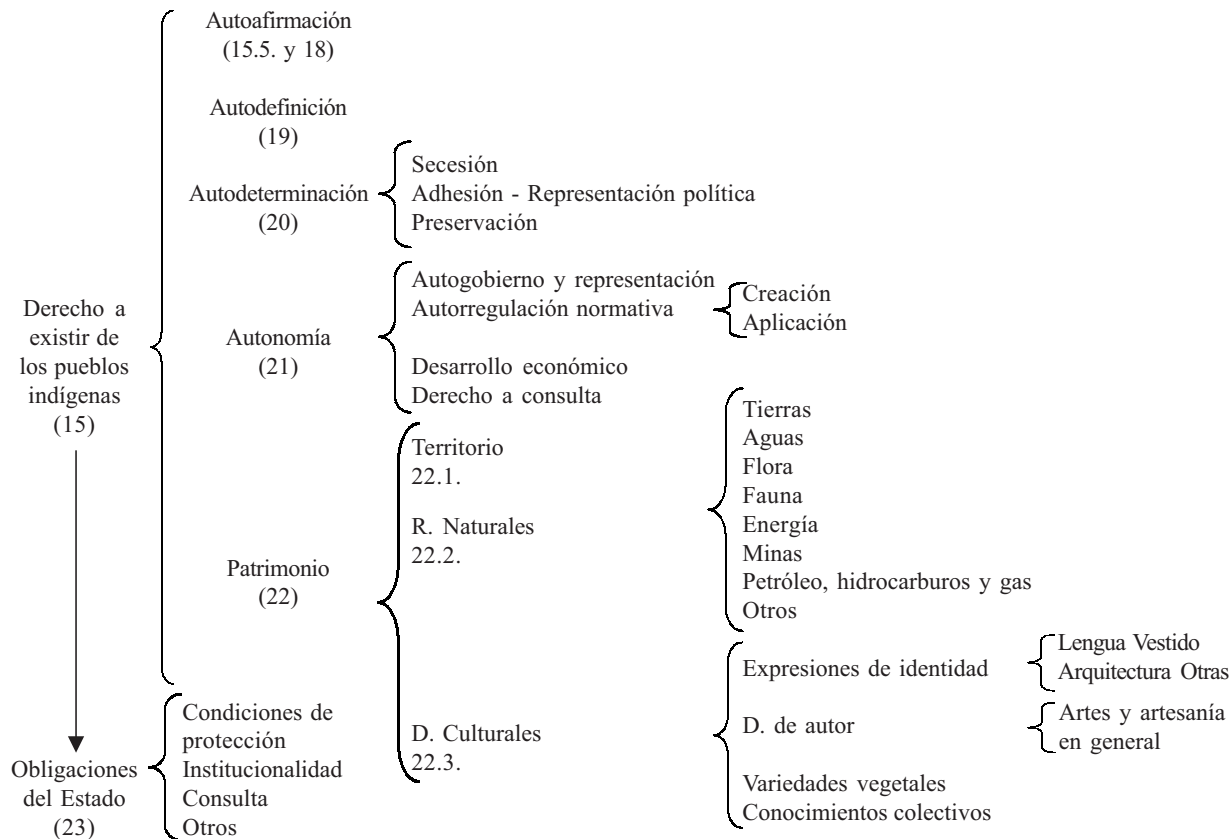
Una vez establecido el principio y el derecho a existir de los pueblos como el eje sustantivo del que derivan todos sus otros derechos, podemos describirlos y señalar las obligaciones que surgen para el Estado. En el esquema de la pagina 64 se presenta una síntesis.

18. El derecho de autoafirmación

El ejercicio de este derecho permite al pueblo indígena definirse como tal frente a terceros. La autoafirmación es la certeza de un pueblo indígena que se reconoce y lo sostiene. Es decir, **una voluntad colectiva que se expresa** sin que pueda darse una oposición externa. El Estado, los particulares u otros pueblos no pueden oponerse o impedir que un pueblo se autoafirme.

Como hemos visto en páginas anteriores, el principio de autoafirmación se ejercita en la expresión del ser de un pueblo: “aquellos que se “autorreconocen como tales”, en palabras de la Ley de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Como refiere

ESQUEMA DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO



el Convenio 169 es la “la conciencia de su identidad indígena”. La autoafirmación es una suerte de acción íntima del pueblo que mira su identidad para reafirmarse ante sí y reconocerse ante los demás. En nuestra opinión, la autoafirmación contemporánea requiere de organización para hacerse “visible” o sea, sobrepasar la cultura en el sentido genérico a favor de la cultura como práctica de cohesión.

19. El derecho a la autodefinition

Estrechamente vinculada a la autonomía interna, la autodefinition se refiere a los miembros de un pueblo. Las características que una persona debe poseer para ser considerada como parte de un pueblo se desprenden del derecho de autodefinition. Mediante la autodefinition un pueblo establece quienes cumplen con los requisitos para ser sus miembros. Esta determinación es una potestad interna, propia y exclusiva de cada pueblo.

No debe confundirse la autodefinition de una persona como miembro de un pueblo, realizada por el propio pueblo, con la disposición de una norma externa que señale -por ejemplo- “los requisitos para ser un comunero”. Una norma externa, una disposición administrativa o en general una definición ajena a un pueblo, no tiene capacidad para señalar quiénes son miembros del pueblo. Esta es otra de las notables diferencias respecto a las comunidades jurídicas, ellas sí están sometidas a las pautas legales que les imponen los requisitos de la membresía.

20. El derecho de autodeterminación y de representación política de los pueblos en el Congreso

Como hemos visto, las normas internacionales que el Perú ha incorporado en su sistema jurídico sostienen que “todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho

establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural". Si los pueblos indígenas son pueblos, entonces no existe razón alguna para pensar que tendrían menos derecho a la autodeterminación que cualquier pueblo no indígena. Pero los estados nacionales en cuyo territorio se encuentran pueblos indígenas se sienten incómodos con la autodeterminación a la que conciben reducida a su variante de secesión política.

Por esas razones los estados alegan contra la autodeterminación el **derecho a conservarse**. Es decir a mantenerse intactos, indivisibles en su composición, especialmente en cuanto a su territorio: "El Estado es uno e indivisible" señala la Constitución en su artículo cuarentitres. Este derecho se alega como colofón de la liberación de independencia colonial y se entiende como la potestad del Estado a conservarse si fuera "amenazado" por la secesión.

En efecto, comúnmente se reduce el principio de la libre determinación a un derecho de **secesión**, cuando la secesión es solamente una de las alternativas de la autodeterminación. La autodeterminación debe entenderse plenamente. De ella se deriva también la **adhesión**, es decir, la capacidad de ser partícipe de un determinado Estado o mantenerse voluntariamente en un Estado plural y democrático. Y también, la más compleja de las posibilidades, la **preservación**, mediante la cual un pueblo que no desea ser un Estado -niega la secesión- pero adhiere solo parcialmente a un Estado. El problema es muy complejo pues las relaciones internacionales de la humanidad moderna se concretan mediante los estados nacionales. De modo que, los pueblos o las culturas o las civilizaciones no cuentan con una representación política al igual nivel. Entonces, son los estados nacionales quienes poseen el estatuto político más significativo -al menos en apariencia-. Pero la actual unipolaridad ha erosionado aquel mundo de los estados en comunidad de equilibrio y

posiblemente nos hallemos en tránsito hacia nuevas formas de expresión global. De manera que, **la tesis estatalista según la cual todo pueblo es por naturaleza un Estado en potencia, la debemos considerar en profunda revisión.**

Lo que no se discute es el cambio de la actual condición jurídica de los pueblos indígenas en los estados nacionales. Quizá debiéramos precisar: la **democratización de los estados nacionales**. Es decir, la adecuación de las instituciones a fin de albergar jurídicamente a los distintos pueblos que la componen. De manera que, transformar las instituciones es tanto un asunto del derecho como de la política en el deseo de logra que los valores de la pluralidad se hagan eco de una democracia menos formal y auténticamente ajustada a la historia de los pueblos que son parte de la sociedad.

Así pues, la tarea para forjar una democracia real y práctica obliga a todos los sectores sociales -incluidos los pueblos indígenas- pues todos padecemos los defectos de una estructura de representación político-jurídica injusta. De modo que corresponde a la sociedad peruana -para que adquiera su auténtico sentido- asumir el reto de transformar su historia jurídica. Los pueblos indígenas modernos que son parte de nuestro país, son en estricto: **“pueblos indígenas peruanos”**. El calificativo de “peruanos” es correspondiente a una **adhesión tácita al Perú pero no retribuida por las normas constitucionales.**

Entonces, cuando se define a los pueblos indígenas como pueblos peruanos se evita la vieja retórica tendiente a suponer que los pueblos indígenas desean la secesión política y esta verdad se admite, sin renunciar por ello a su derecho de autodeterminación. Pero es necesario que tal adhesión llegue a la norma constitucional para producir sus verdaderos efectos jurídicos en cuanto a la pluralidad, democracia y justicia.

El carácter moderno del derecho indígena en el caso peruano es -precisamente- su condición de peruanidad. En consecuencia, una Constitución peruana que incluye sus derechos como pueblos, resulta totalmente coherente con la premisa de su peruanidad. La peruanidad es el carácter moderno del derecho de los pueblos que no abdican de la autodeterminación sino que la realizan por adhesión a un Estado peruano más coherente que el actual: en el que los pueblos indígenas existan como realidad jurídico-política. De aquí nace, precisamente, los **derechos a la representación política directa**.

En efecto, la representación política directa consiste en tener un asiento -por derecho propio- en el Congreso de la República. Allí en esa instancia -de máxima representación política del(os) pueblo(s)- es donde la aceptación de la peruanidad como una vocación de la autodeterminación, **es retornada a los pueblos como un derecho específico**. De manera que tal prerrogativa político-jurídica deriva del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas y no de una política de “cuotas” por discriminación. Así la estructura política fundamental de la representación nacional, el Congreso, es empleado para incorporar -unir al cuerpo- a todos los componentes de la sociedad peruana. De esa manera, lo “indígena” deja de ser una referencia socorrida para promocionar políticas de turismo, solicitar votos, mercadear artesanías, exhibir piezas arqueológicas, exponer avales a las empresas petroleras... y pasa a producir efectos concretos en la política y el diseño del Estado peruano. Los principios que desde 1821 rigen el sentido de la organización política de la República peruana deben aplicarse plenamente representando, en su estructura organizativa, a los pueblos, a todos los que la componen.

Aquella representación es, a su vez, una condición de la ciudadanía real. Una vestidura democrática para un país cuya deuda reciente con los pueblos indígenas incluyen, al menos, a las tres cuartas partes de las

víctimas -quechua hablantes- de la reciente violencia política. Así pues en este caso, la representación directa es una adecuación de los postulados teóricos y los efectos reales y simbólicos de la soberanía del pueblo.

21. El derecho a la autonomía interna

Considere el lector que la autonomía interna es el derecho a la definición y al ejercicio de sus propias instituciones. El derecho a la **autonomía interna** comprende las siguientes facultades: de (1) **autogobierno** y **representación**, de (2) **autorregulación normativa** entre sus miembros, y de diseñar el tipo de (3) **desarrollo económico** que le interese.

Así pues, la autonomía interna es el modo de regular la vida diaria de los miembros de un pueblo indígena realizada por él. Mediante este atributo, el pueblo indígena define asuntos sencillos o que le son cruciales o controvertidos: ¿puede alguien que no es originalmente miembro del pueblo serlo por matrimonio?, ¿los miembros que han migrado fuera del territorio pierden la condición?, ¿debemos distribuir el agua siguiendo los patrones tradicionales?, ¿debemos contratar con una empresa para comercializar nuestra música?... Mediante la autonomía interna un pueblo indígena realiza su política o ejerce su autogobierno. Diseña y da las pautas características a su propia identidad, es decir que la autonomía es una forma de ejercer la identidad activa. El resultado de la autonomía pueden ser cambios -aceptados por el propio pueblo- como deseables a su identidad. La autonomía es dinámica y permite la renovación y el cambio dentro o fuera de la tradición.

Lo que sí debemos resaltar es que estamos ante mecanismos contemporáneos, imaginativos, creados fusionando tradición y modernidad, perfectibles en muchos aspectos por la voluntad de los miembros y sostenidos por la propia credibilidad y legitimidad. Los elementos que

componen la autonomía interna, nos llevan a pensar en el derecho indígena no tanto como una repetición constante de comportamientos -derecho consuetudinario- sino como un mecanismo dinámico de compensación y equilibrio en permanente cambio e interacción con otros componentes de la experiencia cultural. Por eso, nuestra reticencia a reducir, por ejemplo, un sistema jurídico dinámico al llamado “derecho consuetudinario”.

Entendemos que el ejercicio del (1) **autogobierno es la realización cotidiana del orden social y las normas de comportamiento del pueblo indígena expresado como unidad**. Ese orden social, dirige la correspondencia entre la conducta y los modos culturales del pueblo, o sea, la relación entre las reglas, la toma de decisiones y el control social. En buena medida es la política interna, el establecimiento de liderazgo y la conducción adecuada a la paz, y a la estabilidad. Cuando ese orden social debe expresarse hacia fuera del pueblo, lo hace mediante **la representación que es la personalización en uno o varios de sus miembros de los sentimientos y las opciones comunes o consensuadas**.

Pues bien, en cuanto a la (2) **autorregulación normativa comprende el establecimiento de normas obligatorias para sus miembros**, es decir, instituciones definidas como adecuadas a ellos y a la administración de justicia o a la **aplicación de sus valores socio-culturales para la resolución de diferencias**. Una versión parcial del derecho a la administración de justicia se encuentra en el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución: a favor de las autoridades de las comunidades, dentro de su ámbito territorial, aplicando el “derecho consuetudinario” y que no se violen los derechos fundamentales de la persona.

Nótese que la autorregulación es una potestad de los pueblos antes que una obligación. De manera que concretar o no mecanismos formales de autorregulación es una decisión que compete al pueblo indígena.

Indudablemente, se trata de una juridicidad concordante con los principios de los derechos humanos interpretados por cada pueblo, es decir, que **no puede aplicarse -tal justicia- a personas que no sean miembros de ese pueblo**, como esas personas no pueden alegar -en provecho propio- normas o procedimientos creados con unos fines específicos y diseñados para quienes sí son miembros de un pueblo.

Tengamos en cuenta que el (3) derecho al desarrollo debe entenderse de modo amplio: la **decisión expresa y válida del pueblo indígena respecto a su calidad de vida y a su futuro**. Esa expresión de voluntad es el derecho. En efecto, **cuando un pueblo indígena define sus prioridades hace, en verdad, un juicio sobre el cambio y la continuidad en relación con su identidad**. Pero, en las circunstancias actuales, ese juicio no ocurre. El pueblo indígena se ve impelido a admitir las decisiones de desarrollo -especialmente económicas- que le son impuestas externamente.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva el genuino derecho al desarrollo indígena, implica su participación en la toma de decisiones sobre la economía y la política que los afecta, pero en el entorno de una democracia y una institucionalidad plural que hoy no existe. En esa medida, los mecanismos mediante los cuales un pueblo logra representación manteniendo su identidad son críticos. La salud, la educación, la información, la infraestructura vial... son adecuados si amplían el margen de la representación indígena y no contradicen las prácticas, valores e instituciones propias. En todo caso, el derecho al desarrollo se adscribe a las potestades definidas por el interés de cada pueblo aún cuando, tal interés, no coincida con los planes estatales o privados. En buena cuenta, el derecho al desarrollo indígena es el conjunto de decisiones que se adopta en el presente sobre la identidad y el futuro de su pueblo.

22. El derecho al patrimonio, cultural y natural, tangible e intangible

El patrimonio es un cálculo de valor establecido por la cultura de los pueblos indígenas. A contrapelo de los precios del mercado o de las ideologías ecologistas de los políticos del “medio ambiente”, de los inversionistas de capital o de los proteccionistas de monumentos arqueológicos, el patrimonio indígena es una fusión que no segmenta porciones de realidad del modo que lo hace la cultura occidental y su derecho. El patrimonio indígena comprende al unísono los conceptos de tangible e intangible de manera que, es difícil hacer coincidir las categorías jurídicas occidentales basadas en la parcelación de “instituciones” de derecho -la propiedad, el contrato, la familia nuclear, el beneficio privado, los impuestos, el trabajo, etc.- con aquellas otras que, en el fondo y en la forma, refieren a cuestiones holísticas.

Consecuentemente, debemos aceptar las limitaciones con las que tropezamos si pensamos en “patrimonio” y hablamos de “valor”. El derecho al **patrimonio** abarca (1) el **territorio**, (2) los **recursos naturales** -entre ellos están las, **tierras, aguas, minas, flora, fauna, genes, energía, hidrocarburos, petróleo, etc.**- (3) los derechos sobre sus **producciones culturales** que incluye por lo menos, cuatro componentes: el (3.1) **expresiones de identidad** derecho a los (3.2) **conocimientos colectivos**, a los (3.3) **derechos de autor y conexos sobre las expresiones de arte y técnicas indígenas** y, muy especialmente, el derecho a la (3.4) **protección como obtentores de nuevas variedades vegetales**.

22.1. *El derecho al territorio consolidado de un pueblo indígena*

El territorio indígena es el conjunto de relaciones las sociales que se desarrollan en un espacio demarcado por **modos de ocupación cultural**. La ocupación cultural es una relación benéfica material e inmaterial

entre la comunidad humana y su entorno. Como puede verse en el artículo cincuenta y cuatro de la Constitución, el “territorio” estatal no calza con una definición de territorio del pueblo indígena que no semeja el afán de soberanía y jurisdicción absolutas: un orden jurídico político ajeno a la comunión de cultura.

Así pues, el derecho al territorio indígena abarca desde una simple demarcación o delimitación espacial -una dimensión- hasta la posibilidad de ejercer potestades jurídicas de control social. Nuevamente, el derecho del pueblo indígena se torna en **un ejercicio de definición de usos y aptitudes en un “espacio” que va más allá de la dimensión geográfica**. De hecho, la relación del pueblo indígena con su territorio no es la de un propietario demarcando su finca, sino la de recíproca necesidad entre la convivencia humana, el uso y la preservación. La gente no “apropia” en el sentido del Código Civil el territorio indígena, sino que responde a él como su garante de humanidad. Todo lo cual resulta extraño a un sistema jurídico que entiende el mundo como apropiable y, a los ciudadanos y estados, como propietarios de espacios definidos por bordes de auto-exclusión.

En su territorio el pueblo indígena ejercita su derecho a la autonomía, a la representación, a la juridicidad... de manera libre pero ajustada a los derechos humanos. Estos conceptos implican que se sobrepasa el entramado de la “comunidad” para permitir la recuperación de la unidad del territorio del pueblo. Así pues, el derecho del pueblo indígena a su territorio, es la potestad de **fusionar comunidades mediante la consolidación o sea, recuperando la unidad que históricamente lo caracterizó. Un pueblo es la unidad que expresa una identidad territorial a pesar de la atomización y mutilación de la que ha sido víctima**. En las seis mil comunidades campesinas y nativas subyacen los pueblos indígenas a la espera que su derecho tenga una oportunidad, aguardando el *inkari* jurídico que las reintegre.

Ya hemos explicado que para el positivismo jurídico la idea de “territorio estatal” ni calza, ni se contradice con el concepto indígena de territorio. El sentido clásico de territorio estatal para Kelsen, es ser el **“ámbito espacial de validez del orden jurídico” que “en modo alguno es geográfico”**. Si “territorio” para el Estado no es una unidad geográfica sino jurídica, para el pueblo la dimensión espacial es vital a su capacidad de reproducir las condiciones típicas de su vida cultural. El problema radica en que los pueblos y sus territorios son invisibles para el sistema normativo.

Como vemos, el territorio de un pueblo indígena incluye un conjunto de derechos. Algunos de ellos están referidos a la propiedad de las tierras y de los recursos naturales y otros, están relacionados a potestades tales como la administración de justicia o la determinación de los mecanismos de representación. Como es evidente el concepto de territorio supera ampliamente al de “tierras”.

Ahora bien, un problema crítico se presenta por que los territorios de los pueblos indígenas han sido fragmentados o parcelados en porciones jurídicas diminutas con frecuencia a través de propiedad comunal parcelada. Es cuando el derecho a la integridad territorial de los pueblos resulta vital a su posibilidad de existencia. Contra ese efecto devastador de la territorialidad indígena fragmentada, se cuenta con el **derecho a consolidar el territorio**, es decir a lograr reunificarlo. La reunificación permite que las porciones se re-unan sin perder los derechos adquiridos.

22.2. Los recursos naturales

En cuanto a los recursos naturales es evidente que **la propiedad de aquellos que un pueblo usa tradicionalmente debe estar fuera de toda discusión**. Los problemas se desencadenan cuando los funcionarios del

Estado se imaginan que el territorio indígena es el que ellos fabrican sobre sus escritorios y lo delimitan a su entender sin relación alguna con la gente. Definen el “uso adecuado”, el “vuelo forestal”, los “contratos de cesión en uso”, etc. de modo abstracto. La situación crítica de los bosques amazónicos -por ejemplo- se sustenta en una estructura estatal frecuentemente acusada de incentivar talas y ocupaciones ilegales o de no cumplir con su tarea de cuidar el patrimonio nacional. Pero esas prácticas generalizadas de ocupación violenta o legalizada, se contradicen con los derechos sobre los recursos naturales de los pueblos indígenas, algunos de ellos, claramente señalados por la historia constitucional peruana especialmente, los derechos a la propiedad de la tierra comunal.

En efecto, la tierra es uno de los recursos naturales más importante y, como sabemos, su propiedad se ha reconocido constitucionalmente a las comunidades desde 1828, a pesar de todas las exacciones sufridas. De manera que la regla general de la Constitución vigente debe apreciarse en relación a las otras disposiciones constitucionales y a los derechos adquiridos por los pueblos y las comunidades.

Desde el punto de vista de la legislación positiva tenemos el siguiente panorama. De acuerdo a la Constitución peruana, la regla general es que “Los recursos naturales, renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento” (Artículo 66°) y que “por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización” (Artículo 66 segundo párrafo) o sea de su “concesión” –un dominio “eminente” y no dominio “público”- Paralelamente, conforme a los Pactos Internacionales, el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, tenemos una regla específica que se describe en su artículo primero: “2. Para el logro de sus fines, **todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales**, sin perjuicio

de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”. En relativa concordancia con los Pactos, el artículo quince del Convenio 169 indica: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales en sus tierras **deberán protegerse especialmente**. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. Pero estos son solo unos aspectos de legislación al interior de un sistema de disposiciones contradictorias.

En efecto, tratándose de recursos mineros el Convenio 169, en su artículo quince, parte dos, admite la propiedad Estatal de los minerales o recursos del subsuelo y reduce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados: “En caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a **consultar** a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar **siempre que sea posible** en los beneficios que reporte tales actividades, y **percibir una indemnización** equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Del mismo modo, los recursos forestales son “patrimonio de la Nación”. “El Estado es soberano en su aprovechamiento”, y “Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y aprovechamiento por particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real...” (Artículo 66). Con este escenario que les es propicio, la burocracia estatal

interpreta las normas en perjuicio de las comunidades y los pueblos indígenas, por ejemplo, sosteniendo que las tierras de aptitud forestales no pueden ser de propiedad comunal por tratarse de un recurso natural. Pero la propiedad constitucionalmente establecida en los artículos ochentiocho y ochentinueve de la Constitución a favor de las comunidades, no diferencia ese derecho en base a la vocación de uso de los suelos y, evidentemente, es una propiedad especial y excepcionalmente protegida en la historia constitucional.

De hecho, esta tendencia a obviar las normas constitucionales sobre los derechos comunales es una práctica constante. Paralelamente los funcionarios estatales -en contra de toda la montaña de evidencias- quieren hacer pensar a la opinión pública ¡que ellos son mejores custodios de los recursos naturales que los pueblos indígenas! Amparados en procedimientos casi-ilegales han depredado los recursos naturales -en especial los forestales- con absoluta impunidad. El Estado de quien debiera esperarse un papel tuitivo de los ciudadanos y las personas más débiles, resulta alentando la depredación. Es decir que quien debiera producir el orden social y fomentar la legalidad, resulta propiciando su quiebra. Es absurdo suponer que el Estado actual vaya a respetar la pluralidad étnica de la Nación cuando no está dispuesto a aceptar el derecho sobre recursos naturales, sin los cuales, un pueblo dejaría de serlo. Los intereses de la “empresa”, la “inversión”, la supuesta “protección” y el “beneficio común” son las excusas a flor de la legalidad para preferir los intereses privados a los indígenas.

Los recursos naturales de un pueblo incluyen a sus tierras, fauna, flora, minas, energía, hidrocarburos, etc. especialmente, aquellos recursos que son directamente utilizados por él. Con frecuencia, los valores jurídicos de los pueblos indígenas en el uso de sus recursos -por ejemplo, forestales y fauna- han sido supeditados a la disposición económica de

los bosques y a la extracción de la fauna con fines de comercio privado. El “patrimonio de la Nación” y el Estado “soberano en su aprovechamiento” constituyen para los recursos naturales y los pueblos indígenas, apenas un recurso simbólico y retórico que disimula una práctica de las administraciones estatales y las empresas privadas frecuentemente depredatoria. De los millones de hectáreas destruidas por una mala administración de recursos nadie es culpable. Los recursos se administran como propios del Estado sin que de ello devengan las consecuencias de auditoría normales que cabrían por la pérdida de un lapicero en cualquier oficina pública. De modo que, exigir que el inventario de los recursos forestales sea tratado como un bien público efectivamente bajo fiscalización sería una primera medida contra el abuso actual. En el Perú “disponer” no tiene como consecuencia el contrapeso de “responder” de modo que, los funcionarios públicos actúan como si estuvieran investidos de todos los poderes y ninguna responsabilidad sobre el destino de los bienes naturales -no ingresados en la contabilidad efectiva del Ministerio de Economía- El Estado resulta “dueño” de lo que es propiedad nacional y los burócratas legalizan el destino depredado de los recursos.

De modo que parece razonable interpretar que el derecho debe procurar la mayor protección a los recursos que un pueblo utiliza en su vida diaria, es decir que, es inconsistente otorgar la propiedad sobre tierras de calidad agrícola o pecuaria a pueblos que utilizan los bosques y negarles las tierras de calidad forestal. En especial si son suelos de la Amazonía, generalmente de vocación forestal. Igualmente absurdo sería negar la propiedad a tierras de pastoreo y dar la propiedad forestal a las comunidades alto andinas, con escasísimas tierras de aptitud forestal. Si debiéramos proponer una medida de equilibrio quizá la idea de la propiedad de los pueblos sobre todo recursos que utilizan y derechos de usufructo u otros semejantes para aquellos otros recursos que, estando en sus tierras, no son utilizados directamente por ellos. Tal disposición pudiera

evitar los constantes desencuentros entre las “servidumbres mineras” y los derechos de propiedad y posesión de los pueblos y comunidades.

22.3. Derecho a la cultura

Como ya lo indicamos, los derechos sobre las **producciones culturales** abarcan cuatro componentes: el de las (1) **expresiones de identidad**, el derecho a los (2) **conocimientos colectivos**, los (3) **derechos de autor** y conexos sobre **las expresiones de arte y técnicas** y, muy especialmente, el derecho a la (4) **protección como obtentores de nuevas variedades vegetales**.

El alcance de “producciones culturales” es amplio, abarca expresiones materializadas de muy diversas maneras, desde objetos plenamente mensurables hasta manifestaciones abstractas y rituales. En todo caso, una producción cultural es aquella definida por el valor asignado desde el pueblo que lo ha creado y que, sobre ese valor, puede establecerse una protección jurídica. La protección jurídica, a su vez, implica que se cuente con una norma legislativa que sea eficaz.

La protección a la (1) **identidad** de un pueblo, es el derecho que tienen frente a terceros -se trate de particulares o del Estado- a la **expresión privada o manifestación pública, pacífica y abierta de las características que los identifican como un pueblo**. Este derecho no se dirige a un tipo de manifestación cultural en especial sino al libre ejercicio de cualquiera de ellas. Entonces, queda protegido en el derecho a la identidad, el ejercer su cultura libremente, mostrándola o exponiéndola o dándola a conocer sin ser entorpecido. Es un derecho a la “producción” y a la “reproducción” cultural considerada como un atributo de identidad que es jurídicamente protegido independientemente del bien, objeto o valor del que se trate.

Algunos ejemplos pueden ilustrar el efecto del derecho a la identidad. El prohibir las expresiones de danza o música tradicionales, el uso del idioma, el modo productivo etc. configura trasgresiones a este derecho. Todo intento de “integración” o de “asimilación” que implique la desaparición de la cultura de un pueblo es una violación del derecho a la identidad. No obstante, la asimilación de patrones no indígenas, o su transformación, o su adaptación es una potestad amplia y libre del pueblo en su dinámica cultural cotidiana.

En el Perú se cuenta con un “régimen de protección a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas” -Ley N° 27811, publicada el 10 de agosto de 2002- que prácticamente no se ha aplicado. En este dispositivo legal se define al (2) **conocimiento colectivo** como aquel que es “acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las **propiedades, usos y características de la diversidad biológica**. El componente intangible contemplado en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, incluye este tipo de conocimiento colectivo” (Artículo 2º, b). Debe entenderse por componente intangible de acuerdo a la Decisión 391, a “todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, **asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene**, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual”.

Los objetivos explícitos de esa ley tales como el respeto, la protección, la preservación... enfrentan varios problemas. Uno de ellos corresponde a aquellos conocimientos colectivos que están en el dominio público y que han sido apropiados por alguna empresa para su propio beneficio o han logrado una protección formal del tipo de una patente. El ejercicio del derecho se ve truncado por el juego internacional de marcas y patentes que opera con criterios distintos y contrapuestos a los pueblos

indígenas. Otro problema es el correspondiente al cobro de “un porcentaje del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de esos conocimientos colectivos” cuya ejecución parece difícil, el monto no está definido y engrosará las arcas de un “Fondo de Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas” todavía no instalado y cuyos miembros -en mayoría- deben ser 5 representantes indígenas. ¿Esa representación será la legítima o la que se acomode al gusto de la administración política de turno?

Otros problemas prácticos se derivan de la inscripción de esos conocimientos para poder oponerlos y salvaguardarlos de terceros sin que tal registro se convierta en un mecanismo de expoliación. Los contratos de licencia, por su parte, deben establecer “compensaciones” a favor de los pueblos indígenas, antes y después de su comercialización. “Estas compensaciones incluirán un pago inicial monetario y otro equivalente dirigido a su desarrollo sostenible y un porcentaje no menor del 5% del valor de las ventas brutas...” (Artículo 27°).

Esa ley ha previsto también, que un porcentaje no menor al 10% del valor de las ventas brutas originadas por la comercialización de algún conocimiento se destine al “Fondo para el Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas” con los problemas a los que ya nos hemos referido.

Ahora bien, se diferencian los derechos colectivos de los personales de modo que “los conocimientos colectivos protegidos bajo este régimen son aquéllos que pertenecen a un pueblo indígena y no a individuos determinados que formen parte de dicho pueblo”. Se da el caso de que -los conocimientos- puedan pertenecer a varios pueblos indígenas.

Otro asunto de importancia son los derechos de los pueblos indígenas sobre el material genético, entendido como las “unidades funcionales

de la herencia contenidos en todo material de origen vegetal, animal, microbiano u otros”, así como los derivados y sintetizados. De hecho la discusión se centra en la condición de bienes públicos o si ellos pueden ser objeto de propiedad privada. La situación se complica si tenemos presente que los pueblos no son un sujeto “privado”. Su característica peculiar de existir jurídicamente antes que el Estado peruano constriñe la extensión y el carácter del “dominio público” estatal.

Por su parte, los derechos a las expresiones de conocimiento, arte y técnicas culturales indígenas deben ser, sin la menor duda, protegidos como (3) **derechos de autor**. El “autor”, en este caso, resulta un sujeto especial, el pueblo indígena. Esta es una de las áreas en las que, con mayor frecuencia, los conocimientos y producción indígenas circulan sin mayor protección y, en algunos casos, los beneficios que se producen suelen ser importantes pero ajenos a sus creadores. Recursos que no llegan a los generadores del valor sino a sus comercializadores. Es decir, se debe retornar a la idea de establecer una alianza entre las partes interesadas basada en el respeto a los derechos indígenas.

Finalmente, tenemos el derecho que les asiste como (4) **obtentores de nuevas especies vegetales**. Este derecho corresponde a los pueblos que hayan creado variedades vegetales, cuando éstas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables y se le hubiese asignado una denominación que constituya su designación genérica. Por ejemplo, las nuevas variedades de papa o yuca. Las normas internacionales entienden por “crear” una nueva especie botánica a “la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas”. Indudablemente el conocimiento científico supone un proceso de experimentación que se realiza de manera controlada, es decir que, no implica una definición puramente de “laboratorio” o de “ciencia” en el sentido estricto.

Las variedades vegetales incluyen a todos los géneros y especies botánicas siempre que su cultivo, posesión o utilización no se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal y estamos ante una nueva especie cuando ella presenta novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad. El derecho sobre las nuevas variedades vegetales incluye a las derivadas, o sea a aquellas que provienen de una variedad original pero son distinguibles de ella.

23. Obligaciones del Estado

Cuando un pueblo indígena en aplicación de su libre determinación adhiere a un Estado nacional, ese Estado adquiere un conjunto de obligaciones que hacen posible y estable esa adhesión.

23.1. La obligación de protección

Los pueblos indígenas por su condición de peruanidad y por la vulnerabilidad en la que se encuentran, tienen derecho a la protección del Estado. Esa protección deviene en una obligación estatal por razón de la autodeterminación y de la autonomía interna de los pueblos. De manera que, los órganos gubernamentales están en la obligación de actuar en el sentido de lograr la efectiva vigencia de los derechos que sostienen la unidad de la nación peruana como una síntesis de sus pueblos. **Esta es la verdadera obligación de conservación que el Estado asume frente al país.**

Si el Estado permite o participa de la violación de los derechos de los pueblos indígenas, debe considerarse que pone en crisis el tácito contrato de adhesión que los pueblos y los ciudadanos realizan respecto al sistema jurídico. Nadie está obligado moral o jurídicamente a permanecer en un sistema normativo injusto o basado en la desigualdad

práctica de la ciudadanía. La condición de toda democracia supone que todos los ciudadanos reciben las mismas protecciones efectivas a las que se refiere el artículo cuarenticuatro de la Constitución: “Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. “Somos (todos nosotros) criaturas que producen cultura: hacemos y poblamos mundos llenos de sentido. Dado que no hay manera de clasificar u ordenar estos mundos en lo concerniente a sus nociones de los bienes sociales, hacemos justicia a las mujeres y a los hombres reales respetando sus creaciones particulares. Ellos reclaman justicia y se oponen a la tiranía al insistir en el significado de los bienes sociales entre sí. La justicia está enraizada en las distintas nociones de lugares, honores, tareas, cosas de todas clases, que constituyen un modo de vida compartido. Contravenir tales nociones es (siempre) obrar injustamente” (Walzer/323, 324).

23.2. La obligación de tener una institucionalidad apropiada

Lograr que el Estado cuente con los mecanismos adecuados en su relación con los indígenas es un asunto de contenido antes que de forma. El contenido supone que se desea **una relación horizontal** con los pueblos indígenas y no una “administración” burocratizada que implementa los intereses políticos del gobierno en la agenda indígena. Por su parte, “la forma” requiere que se cuente con un margen **orgánico** de decisión suficiente para poder desarrollar políticas concertadas. En cuanto la autonomía interna de los pueblos se realiza la “institucionalidad” estatal va adquiriendo su justa -limitada- proporción.

En el Perú, no hemos tenido mecanismos de relación entre el Estado y los pueblos indígenas que sean satisfactorios. De una parte existe una

absoluta dispersión de funciones y funcionarios que directa o indirectamente tienen que ver con los pueblos indígenas y generalmente no existe ninguna coordinación ni planificación entre ellos. Esa dispersión “sectorial” ayuda a que los reinos de la burocracia se acentúen a límites de ilegalidad, en especial, cuando de recursos naturales se trata. De otra parte, la carencia y mal uso de los escasos fondos financieros que esa atomización administrativa alienta, redundan en la ineficacia endémica que caracteriza al Estado.

Así pues, ese panorama no cambiará sin una participación directa y genuina de los pueblos en la toma de decisiones de gobierno. La administración estatal adecuada es la que cuenta con los mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas estén directamente representados y su presencia significa acciones y decisiones del aparato estatal que les sean favorables. De manera que un organismo de tal tipo debería tener un rango adecuado, autonomía administrativa, competencia suficiente y los recursos necesarios para dirigir a todos los sectores públicos en la dirección correcta.

23.3. La obligación de consultar

El derecho de consulta se encuentra en el artículo sexto, incisos 1a y 2, del Convenio 169. Se trata de una garantía especial para los pueblos indígenas. Los objetivos de la consulta son dos. El específico, que es conocer a través de la organización representativa, la opinión explícita y formal que tiene el pueblo indígena respecto a las “medidas” legislativas o administrativas antes que ellas se concreten y los afecten. Y el objetivo genérico, que es ampliar la democracia con la participación de los pueblos en la toma de decisiones en todos los aspectos del Convenio 169.

El consultante es el gobierno y el consultado uno o varios pueblos indígenas. Tratándose de una disposición normativa se establece una

obligación y un derecho: la obligación de consultar y el derecho a ser consultado(s). Como gobierno debe comprenderse al Poder Legislativo, al Ejecutivo, a los gobiernos regionales y a los gobiernos locales que crean disposiciones normativas.

Por otra parte, el consultado es el pueblo indígena, no una persona particular, una familia o un grupo de intereses. El Convenio requiere de “instituciones representativas” de las que deriva una voluntad genuina, es decir, la consulta recoge la declaración de la voluntad de los pueblos indígenas únicamente a “través de sus instituciones representativas”. **La representación jurídicamente válida, supone que se recibe un poder auténticamente conferido** conforme a las normas jurídicas y los principios de la democracia de cada pueblo. Quien hable en nombre de su representado debe contar con un poder jurídico y moral intachable.

Ahora bien, se consulta una “medida” proyectada es decir, estamos frente a una **propuesta-proyecto**. En todo caso, la consulta se refiere a una situación todavía no acaecida. No es posible una consulta después de los hechos o luego de que la norma tenga ese carácter pues entonces, ¿qué se consultaría?

Las medidas consultables pueden ser proyectos de leyes, de decretos, de resoluciones etc. y su contenido referirse a diversas materias -salud, educación, agricultura, gobierno y policía, trabajo etc.- En todo caso, la condición es que su formalización –de ocurrir- sea capaz de afectar directamente a los pueblos indígenas. Nótese que la aplicación del derecho de consulta no exige que la medida “afecte” sino que basta la eventualidad -posibilidad- de producir el efecto. Así llegamos al asunto de ¿quién define qué afecta? Como se trata de un derecho de los pueblos indígenas ellos son quienes lo determinan.

Naturalmente los derechos de los pueblos y comunidades no están supeditados o pueden debilitarse u obviarse merced a tal “consulta”. Por el contrario, la característica de la consulta es la de ser **un derecho que sirve o fortalece a otros ya existentes o amplía la participación de los pueblos indígenas en las políticas gubernamentales.**

En ese mismo sentido por ejemplo, **un derecho como el de la propiedad de la tierra no se supedita a consulta alguna sobre su alcance o validez y, esta regla, es aplicable a favor de cualquier derecho indígena.** De esta manera, hablamos de una consulta jurídica cuando ella está referida a **una materia consultable.** Naturalmente que los derechos de los pueblos no son consultables: son derechos.

Ahora bien, debe entenderse como una “afectación directa” tanto una acción como una omisión específica -a un pueblo- o amplia -a varios o todos- que impacte o pueda impactar, en su situación socio-cultural. Tal afectación debe presentarse en **proyectos** legislativos o administrativos -“que se prevean”-.

Es necesario reiterar que estamos en el entendido que la norma proyectada perturba al pueblo sin transgredir la legalidad vigente - cambios constituidos, legislativos, prospección, exploración o explotación de recursos minerales, petróleo e hidrocarburos; diversas disposiciones que involucren servidumbres; permisos y contratos forestales; toda disposición de tierras en áreas vecinas a tierras comunales; toda norma legal referida a pueblos indígenas; normas administrativas para realizar, supervisar, proponer o conducir políticas del poder ejecutivo; planes y programas educativos; etc.- es decir son actos jurídicos que proviene de una capacidad legalmente establecida. Entonces, **no es posible “consultar” una propuesta ilegal o suponer salvada la ilegalidad de una trasgresión de derechos por que se han “consultado”.**

Ahora bien, en la práctica se pueden presentar tres situaciones en relación a este derecho. En la primera, el proyecto se ha concretado sin ninguna consulta; en la segunda, la consulta se ha realizado deficientemente y en la tercera, la consulta ha sido correctamente realizada. En el primer caso estamos ante una omisión de consulta. Puesto que la consulta es una obligación legalmente exigible de su incumplimiento acarrea las consecuencias generales que la Constitución y las leyes prevén para las autoridades que no cumplen con aplicar las leyes, sanciones con el agravante de tratarse de normas de derechos humanos.

En el segundo caso el de una consulta que se ha realizado deficientemente y sus defectos -vicios de forma y contenido- son insalvables, ella debe entenderse como no realizada. En tal caso, se deberá reiniciar el proceso íntegra y correctamente o se caerá en la omisión de consulta.

Ingresemos ahora al tercer supuesto el de una consulta válida jurídicamente. Si entendemos que se han dado los supuestos (medida-previa-materia-efecto) tenemos un procedimiento a seguir y una intención a medir. El procedimiento debe ser el adecuado y la intención debe ser la buena fe.

No puede existir un procedimiento de consulta estandarizado sino uno en el que ambas partes estén de acuerdo en que se cumple con las condiciones suficientes para su propósito. Esta aserción implica que el procedimiento no varíe durante la consulta, es decir que tenga estabilidad y sea predecible para ambas partes. La **publicidad** del procedimiento se complementa con la difusión de la **información** completa sobre el asunto y sus consecuencias. Se considera que es “información” todo el material que comunica datos, hechos, condiciones, apreciaciones y en general conocimientos suficientes para la toma de una decisión debidamente ilustrada.

Así pues, la consulta debe llevarse a cabo de una manera apropiada a las circunstancias. Debe entenderse como adecuado aquel proceso que se adapta a la idiosincrasia, condición, situación o mecanismo de los propios pueblos indígenas y sus organizaciones. En buena cuenta, es el **consultado quien debe seleccionar los medios** que emplea para obtener la respuesta a la consulta. El consultante dará las facilidades económicas para que eso sea posible.

Por su parte, la **buena fe** es una disposición genuina de respeto a la voluntad del consultado o si se prefiere, ausencia de engaño. En cambio, la **mala fe** en la consulta es el empleo de cualquier mecanismo para lograr un consentimiento amañado.

Si bien el resultado desfavorable de la consulta al proyecto de norma no anula de por sí la medida si se insiste en formalizarla, tampoco legitima su contenido. La tendencia actual del derecho de consulta en el Perú lo avizora como un mecanismo capaz de suspender la formalización de una norma cuestionada: evitar que tal “medida” se concrete. En nuestra opinión y más allá de lo que el Convenio 169 ha previsto, el derecho de consulta debe ampliarse de modo que suponga una barrera al frecuente uso malicioso de disposiciones -aparentemente legales- empleadas para obviar derechos y decisiones indígenas que son incómodas a los funcionarios en el poder.

23.4. Otras obligaciones

Al Estado le compete -de manera amplia- crear las condiciones para el cabal ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Esta obligación implica que las condiciones de la democracia -en las que se sustenta la inserción de los pueblos peruanos en su Estado- sean efectivamente plurales. Para este propósito, deberá desecharse una visión formal

del derecho y de la participación política en pro de una mirada a la igualdad y a la vigencia de la soberanía popular. Naturalmente, el hacer realidad los principios generales que dieron origen a la República supone una profunda transformación del modelo actual del Estado monista y la recepción nacional de la pluralidad de pueblos en su composición. Es decir que, una vez aceptado el derecho a existir de los pueblos, se inicia la tarea de adecuación de la organización administrativa, política, ética... en concordancia con tal reconocimiento.

Ahora bien, cuestión central del carácter de estas obligaciones estatales es el que muchas de ellas corresponden a derechos adquiridos, especialmente, desde la Constitución Política de 1920. De manera que, el sistema jurídico no debe cambiar transgrediendo lo que son derechos constitucionalmente adquiridos. Desafortunadamente, la práctica republicana ha consistido en disminuir los derechos de la propiedad comunal bajo diversas excusas estableciendo condiciones para la desaparición efectiva de los pueblos indígenas a los que tales comunidades pertenecen.

La principal obligación del Estado peruano es la de dar las condiciones para que los pueblos indígenas peruanos sean parte activa del pacto social. Esto supone retribuirles –con justicia y derechos- su tácita adhesión al Perú ocurrida en el ejercicio de su derecho de autodeterminación. De manera que, el verdadero principio de conservación, es lograr que esa anuencia sea perenne gracias a un Estado pluralista y consecuente con los principios democráticos que dice adherir.

Bibliografía Citada

- Akzin, Benjamín.** Estado y Nación. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1968.
- Ballón, Francisco.** Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas. Ed. Defensoría del Pueblo. Perú, 2002.
- Demelás, Marie-Danielle.** La Invención Política. Ed. IFEA-IEP. Perú, 2003
Chabod, Federico. La idea de Nación. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1987.
- Kymlicka, Will.** La política vernácula, nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. Ed. Paidós. España, 2003.
- Kelsen, Hans.** Teoría general del Derecho y del Estado. México, 1969.
- Larson, Brooke.** Indígenas, élites y Estado en la formación de las repúblicas andinas. Ed. Fondo Editorial PUCP e IEP. Perú, 2002.
- Nino, Carlos.** Ética y derechos humanos. Ed. Paidós. Argentina, 1984.

Porras Barrenechea, Raúl. Ideólogos de la Emancipación. Ed. Milla Batres. Perú, 1974

Sartori, Giovanni. La sociedad multiétnica. Ed. Taurus. España, 2001.

Walzer, Michael. Las esferas de la justicia. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1997.

Impreso en Visual Service SRL

José de la Torre Ugarte 433 - Lince
Telf. 442 4423 Telefax 442 4398
E-mail: visualservice@terra.com.pe
Lima 14 - Perú