

## **El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú.**

Dra. Adda Chuecas Cabrera<sup>1</sup>

En primer lugar no es posible entender la legalidad actual ni enjuiciar sus vacíos sin conocer y revisar la normatividad indigenista del pasado. Identificar las raíces del actual ordenamiento en materia indígena, nos permitirá hacer un estudio comparativo entre el tratamiento a las comunidades indígenas de la zona andina y el otorgado a las comunidades amazónicas. Hay que señalar que generalmente estos indígenas fueron desconocidos como sujetos de derechos hasta mediados del siglo pasado.

Podemos afirmar que el actual modelo institucional que regula las relaciones de la sociedad nacional, el Estado y los pueblos indígenas y comunidades han tenido una definición e incorporación en la vida pública de la Nación a través de un largo proceso de luchas y contradicciones, avances y retrocesos. Parece claro que mucho de los elementos de las ancestrales reclamaciones indígenas, hoy acogidos en las normas vigentes, se remontan a las fórmulas del derecho indiano. Instituciones tan importantes como la inajenabilidad e imprescriptibilidad de los territorios indígenas, no fueron productos de las legislaciones de los primeros años del siglo XX, sino que se remontan a la Ley de Indias. En consecuencia, el comportamiento del Estado en las últimas décadas para recortar estos derechos, no sólo implica un daño a los pueblos indígenas, sino que constituyen un elemento institucional histórico, de no reconocimiento de los derechos preexistentes que les asisten a estos pueblos.

El doctor Roque Roldán al analizar la legalidad indígena en el Perú, la clasifica en cinco momentos:

Una primera representada por la institucionalidad incaica que tenía plena vigencia a la llegada de los españoles; una segunda fase la imposición de las leyes de la guerra de la conquista; una tercera la elaboración, adopción y difusión de una frondosa legislación de la corona para sus colonias en América: una cuarta en el siglo XIX inspirada en las ideas liberales que dio origen a la construcción de los estado-nación, que procuraban la asimilación de las poblaciones indígenas a los nuevos ordenes de la época; una quinta a partir de la constitución de 1920, en que el Estado peruano otorga a las comunidades y pueblos indígenas la posibilidad de mantener al menos en parte sus espacios territoriales, el reconocimiento de su cultura, su forma de organización y de administración de justicia en el ámbito comunal. Esta fase se ha mantenido en la historia constitucional del país a lo largo del siglo XX hasta la Constitución de 1993, la que analizaremos más adelante.

---

<sup>1</sup> Directora del Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP).

## **Etapa Incaica**

La mayoría de estudiosos establecen que las características jurídicas más notables del régimen incaico, estuvieron en gran medida limitadas por las dificultades impuestas al hombre por la naturaleza, que hicieron forzosa la búsqueda y adopción de sistemas de convivencia y de relación de orden colectivo con el medio circundante para resolver los problemas y riesgos que presentaba la posibilidad de subsistencia y de desarrollo.

Atilio Sivirichi<sup>2</sup> afirma que “ *el Imperio del Tahuantinsuyo fue el epílogo de una sucesión ininterrumpida de culturas y civilizaciones que tuvieron como denominador común el colectivismo*”. En el campo de la organización social la figura del Ayllu como el núcleo fundamental de la sociedad. En el ámbito propiamente jurídico la atribución a la Costumbre de fuente importante, tal vez fundamental del orden y la legalidad de los actos y de las conductas. “ *el interés colectivo por encima del interés individual, la familia absorbida por el Ayllu, la propiedad colectiva y ningún concepto de propiedad individual*”. Los incas consiguieron organizar un Estado donde la norma jurídica era perfectamente identificable, no obstante confundirse muchas veces con elementos consuetudinarios, religiosos, morales y económicos. Distinguieron con claridad entre sociedad y estado, también entre el derecho y la moral y elevaron las normas éticas de carácter particular, a deberes de carácter público.

## **Etapa colonial**

La conquista española en América, como reiteradamente se señala en los textos de historia, fue ante todo una obra de empresarios particulares a quienes el gobierno de España apoyaba desde el punto de vista político y con la cesión de atribuciones de orden administrativo, económico y militar, a cambio que a nombre de la corona ensancharan los dominios políticos y consiguieran ventajas de orden económico para la Corona.

Durante la etapa inicial de ocupación la única legalidad vigente era la contenida en las capitulaciones o contratos que regularmente suscribían los conquistadores con la Corona. Por intermedio de estos contratos y con el propósito de compartir el resultado de las riquezas del nuevo continente, se les otorgaba el dominio patrimonial de las tierras conquistadas, autorización para el repartimiento de los indios, etc.

En apoyo jurídico de la obra de la Conquista vino la histórica Bula del Papa Alejandro VI que fue sancionada en el llamado Tratado de Tordesillas de 1494 suscrito entre España y Portugal que se dividían las jurisdicciones políticas en América y comprometía a los emperadores de ambos reinos a la difusión del cristianismo en los nuevos dominios y asegurando los diezmos a favor de la iglesia. Sin embargo esta Bula que suscitó grandes debates políticos y teológicos y considerada como el primer fundamento jurídico de la

---

<sup>2</sup> Sivirichi, Atilio. Derecho Indígena Peruano. Proyecto de Código Indígena. Ediciones Kuntur. Lima Perú-1946.

conquista y colonización, no tuvo ningún impacto y poder de control sobre los poderes omnímodos de los agentes directos de la conquista.

A fin de mantener el orden y asegurar el ensanchamiento y la consolidación de los dominios, se reguló las relaciones con las poblaciones aborígenes, tanto en la que éstas mantendrían con el Estado, como las que podrían darse con los españoles, criollos, esclavos y entre las poblaciones indígenas. Podemos decir, recogiendo el pensamiento de los historiadores, que las disposiciones de la Corona en la regulación de los asuntos relacionados con los indios se desarrollaron al calor de las interpretaciones de juristas y teólogos que nunca terminó por definirse de manera concluyente y que en todo caso correspondía con dos tipos de intereses muy claros: el de la Corona de mantener en incorporar efectivamente a los pueblos americanos a su pleno dominio ensanchando su poder político, y el de los conquistadores, interesados en el enriquecimiento personal sin consideraciones en los medios necesarios para ellos.

Podemos mencionar las llamadas Leyes de Burgos,<sup>3</sup> que por un lado reconocía la libertad de los indios y se recomendada medidas especiales de protección, por otro lado se dio vía libre a los repartimientos y las encomiendas entendida como una servidumbre benévola sobre los indios para *“disponerlos y constreñirlos a la perseverancia en el trabajo y la virtud”*.

El sacerdote Fray Bartolomé de las Casas de la orden de los Dominicos presenta a la Corona española la “Relación Breve de la Destrucción de los Indios” que provocan que Carlos V en el año 1542 expida las llamadas **“Leyes de Indias”**, conjunto de disposiciones que intentaba poner término a la penosa condición de los indios, determinada por la ambición de los conquistadores y colonos. Las Leyes Nuevas abolían, en parte sustancial, las normas anteriores, prohibían el otorgamiento de nuevas encomiendas, la cancelación de las encomiendas cuyos titulares fallecieran y la prohibición de ser transferidas a sus herederos. Esto dio lugar a una ordenanza que decía *“ De aquí en adelante, por ninguna causa de guerra ni otra alguna, aunque sea a titulo de rebelión, ni por rescate ni de otra manera, no se puede hacer esclavo indio alguno, y queremos que sean tratados como vasallos nuestros de la Corona de Castilla pues lo son “*

Como era de esperarse, aquella victoria del pensamiento de Las Casas no tuvo larga duración por que la oposición de los encomenderos de la Nueva España que pusieron en peligro la estabilidad de las conquistas realizadas en América, viéndose obligado Carlos V a revocar la mayoría de las disposiciones sobre encomiendas. Sin embargo la Corona no cedió en sus determinaciones sobre la libertad de los indios y la abolición de los servicios personales de los mismos. Se mantuvieron la encomienda y los repartimientos continuaron siendo instituciones importantes en el modelo de relación de los conquistadores y los indígenas.

---

<sup>3</sup> Legislación y Derechos Indígenas en el Perú. Roque Roldán y Ana María Tamayo. CAAAP-COAMA. Lima. Junio 1999.

Un tema de particular interés en el Derecho Indiano fue el relacionado con el ejercicio del derecho de propiedad de la tierra. De acuerdo a los investigadores, en esos años se reconocía al Papa la capacidad de otorgar soberanía política sobre los pueblos conquistados, tal autoridad no podía entenderse más que como la de reconocimiento de un dominio político y no un dominio particular o patrimonial sobre las tierras americanas. En ese sentido se ha señalado que el dominio particular o patrimonial que pudo atribuirse España en las tierras conquistadas, derivaba del derecho mismo de la conquista. De esta afirmación podemos decir que si bien la Las Leyes de Indias se señalaban diferentes procedimientos para la titulación o reconocimiento legal de tierra a los españoles y a los indios, cuando se hacían titulaciones a favor de estos últimos se hacía en el entendido que representaban el simple reconocimiento de un dominio preexistente acreditado con el hecho indiscutible de la ocupación y la posesión ancestral. Esta tesis esta en el texto de Recopilación de las Leyes de Indias que dice “Los legisladores españoles desde los primeros momentos que siguieron al descubrimiento, trataron de imponer una política encaminada a conseguir que el indio no se desvinculase de la tierra. En las Ordenanzas de Felipe II de 1573 se dispone que las nuevas poblaciones se habían de asentar y edificar” sin tomar de lo que fuere particular de los indios”<sup>4</sup>

Un aspecto importante en la legislación de Indias es el que le otorgó a los ordenamientos consuetudinarios indígenas, como soporte institucional del régimen de vida de los indígenas y de relaciones con los demás sectores de la sociedad bajo el dominio español, siempre que no se opusieran a la moral y buenas costumbres. Algunos de los textos de las leyes de Indias disponen lo siguiente: “*Los gobernadores y justicias reconozcan con particular atención la orden y forma de vivir de los indios; policia y disposición de los mantenimientos y avisen a los virreyes y audiencias y guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fuesen contra nuestra sagrada religión, como esta ordenado*”<sup>5</sup>

### **Construcción del Estado-Nación. Etapa Republicana**

---

<sup>4</sup> Recopilación de las Leyes de Indias. Libro IV. Título 12, ley.16. Consejo de la Hispanidad. Madrid. 1943,

<sup>5</sup> *Recopilación de las Leyes de Indias. Consejo de la Hispanidad, Madrid. 1943.* Es importante relevar que en materia de articulación del Derecho Indiano a las particulares condiciones de la realidad y del orden institucional indígena del Perú colonial, el esfuerzo del Virrey don Francisco de Toledo (1569-1581) Sin embargo los estudios históricos realizados, establecen que las disposiciones de la Corona no tenía su aplicación en la vida de los pueblos, ya que los indígenas eran despojados de sus tierras y tenían la condición de esclavos o en el mejor de los casos de siervos de los conquistadores.

Los Estados latinoamericanos en el siglo XIX se instalaron en la cultura jurídica de la ideología del Estado-Nación y el monismo legal, asociados a la teoría del monopolio estatal. El ideal de construir naciones culturalmente homogéneas fue parte del proyecto asimilacionista que los legisladores de esa época institucionalizaron. Se identificaba nación con la idea de un solo pueblo, una sola cultura, idioma e identidad, regido por una sola ley y sistema de justicia.

El principio de la "igualdad ante la ley" en su origen significó un postulado importante para la configuración de los nacientes Estados. La República heredó una profunda fractura social cuyo punto de partida fue la escisión entre los criollos fundadores de la República y la población indígena, que constituía la inmensa mayoría del país. Un primer momento fue marcado por los decretos de San Martín y Bolívar cuyas medidas no tuvieron efectos significativos en el mejoramiento de las condiciones de vida de los indígenas.

El ideal unitario socio cultural que se plasmaría en la política de la homogeneización constitucional, se declararía como garantía individual y luego como garantía social en todas las constituciones de la República en enunciados como el siguiente: "Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley". Así, el principio de la "igualdad ante la ley" caracterizó y definió las relaciones inter-étnicas entre el Estado y los indígenas, racionalidad consecuente con la política imperante de la época. Así, se consolidaría un modo de pensar, de ser en la sociedad y un tipo de mentalidad jurídica para el legislador y el juez. Estas ideas se transformarían en un tipo de cultura que en muchos aspectos perduran hasta nuestros días.

Durante los primeros años, se concedió igualdad legal a los indígenas, inspirados en los principios liberales europeos y norteamericanos. José de San Martín suprimió el tributo y prohibió que se usara el término "indios" o "naturales", y ordenó que en adelante sólo fueran conocidos los indígenas como peruanos.

Luego también, Simón Bolívar dictó el Decreto del 8 de abril de 1824, de funestas consecuencias para los indígenas al declarar que podían vender de cualquier modo las tierras que poseían, y dispone el fraccionamiento de las tierras comunales y restablecer el tributo indígena.<sup>6</sup>

En el gobierno del General Ramón Castilla se adoptaron algunas medidas a conseguir mediante la devolución de las tierras o el pago de compensaciones, la indemnización a las comunidades indígenas que hubieran sido afectas por ventas en los gobiernos precedentes. Sin embargo estas medidas no tuvieron éxito y se continuó apropiación de las tierras indígenas por los terratenientes.

---

<sup>6</sup> Figallo Guillermo. Los Decretos de Bolívar sobre los Derechos de los indios, en revista Debate Agrario n° 19. Lima 1994

En el caso de los indígenas amazónicos, la Ley N° 1220 estableció que las tierras de los nativos fueran automáticamente incorporadas como tierras de dominio del Estado, porque no habían sido legítimamente adquiridas conforme al Código Civil o conforme a la Primera Ley Orgánica de Tierras de Montaña de 1898. En realidad fue una Ley que estableció privilegios en favor de aquellos que explotaron el caucho y en la práctica significó que los adjudicatarios se consideraban dueños absolutos y perpetuos de la tierra y de todo cuanto ser viviente había en ellas: plantas, animales y personas: los propios indígenas.

## **El Voto Indígena**

Desde el inicio republicano la calidad de ciudadano estaba condicionada a ciertos requisitos. El derecho de elegir y ser elegido requería tener el estado y calidad de ser ciudadano en ejercicio.

Muy por el contrario de lo que se puede pensar, los indígenas votaron durante el siglo XIX aunque haya sido de manera nominal no real. La democracia en Perú fue indirecta desde 1823 hasta 1895, los ciudadanos con derecho a voto debían designar a los "electores" a través de los cuales ejercían su derecho. La Constitución de 1823 le dio la calidad de ciudadano a los indígenas que tuvieran alguna propiedad (art. 17º); la Constitución de 1826 expulsó del voto a los indígenas al exigir saber leer y escribir (art. 14º) aunque este requisito quedó en suspenso hasta 1860; la Constitución de 1828 no exigió requisitos especiales salvo los de edad o matrimonio; las constituciones de 1834, 1839 y la de 1860 le dieron el voto a los "indígenas tributarios analfabetos"; la Constitución de 1856 (art. 37º) exigió requisitos de educación, tener propiedad u oficio al igual que la de 1860, ésta última exigiría pagar alguna contribución (art. 38º); la Constitución de 1867 sólo exigió requisitos de edad y de emancipación (art. 39º).

Alcanzar el status de ciudadano en ejercicio para los indígenas estuvo condicionado, además de los requisitos de edad o matrimonio, al de saber leer y escribir, tener propiedad raíz, ser jefe de taller, ejercer alguna profesión o arte con título público, o pagar alguna contribución. Esto debido que para las constituciones del siglo XIX, el carácter de ciudadano estaba aparejado al requisito de tener propiedad y, por ende, a la potencialidad de tributar. El voto máxima expresión de ciudadanía en aquella época tuvo carácter utilitario, no se reconocía como derecho inherente a todos los hombres, a pesar de los enunciados de igualdad formal.

Así, al menos nominalmente los indígenas votaron casi a lo largo del todo el siglo XIX, debido a que siempre lograban cumplir algún requisito que no fuese precisamente el ser alfabeto. Sólo a finales en 1890 la ley electoral expulsa a los analfabetos de los procesos electorales: "Ejercen el derecho de sufragio los peruanos mayores de veintiún años o casados que no hayan llegado a esa edad, que sepan leer y escribir y estén inscritos en el registro cívico de su domicilio".

## **Política Indigenista en las Constituciones del Perú del siglo XX**

Desde el año 1920 las Constituciones del Perú han incorporado disposiciones relacionadas con derechos especiales a las comunidades indígenas y con la formulación de un modelo de relación del Estado y la Sociedad Nacional con estas poblaciones. Se inicia un proceso de formación de una nueva institucionalidad en este campo. Retomando en parte de los postulados del Derecho Indiano y con el avance de los nuevos postulados sobre pluralismo étnico y cultural, comenzó a definir los nuevos ámbitos y manejos de los derechos especiales de los pueblos indígenas y comunidades.

**La Constitución de 1920** en su artículo 58, consagra por primera vez en un texto constitucional americano, los principios aceptados en la mayoría de las constituciones de la región, de las naciones como culturalmente y étnicamente diferentes. Asimismo el mismo texto reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas y señala la condición de imprescriptibles y que el Estado peruano concibe a la existencia de las comunidades una condición permanente e indefinida.

Sin embargo esta Constitución marca el inicio de una nueva relación del Estado con las comunidades y pueblos indígenas, no permite el voto a la gran masa indígena, debido a que era requisito indispensable ser alfabeto. (art. 66º) Este artículo también es recogido en la de 1933 (art. 86º) exigirían saber leer y escribir.

**La Constitución de 1933**, adoptó un buen número de normas que representaban no sólo una ratificación y precisión de algunos principios de la Constitución de 1920, sino que amplió las responsabilidades del Estado en su compromiso de asegurar el respeto de los derechos especiales de las comunidades.

En relación a la Constitución del 20, el régimen constitucional del 33 representa cambios muy significativos en diversas materias como: tierras, Gobierno, Autonomía, reconocimiento de su identidad y su cultura y el apoyo estatal para asegurar la vigencia de sus derechos.

Los cambios en materia de **tierras** resultan claros al determinar que el Estado debe garantizar la integridad de la propiedad de las comunidades (art.208), que tendrá la responsabilidad de dotar de tierras a aquellas que carezcan de ellas o las posean en forma insuficiente, y al haber determinado que las tierras son inenajenables, imprescriptibles e inembargables.

En relación a la del 20 la **responsabilidad estatal** en el ámbito de los asuntos territoriales de los indígenas abarca la búsqueda de solución para quienes carecen de tierra, la protección de la propiedad de la tierra para quienes ya la tienen y la protección a largo plazo para que la aseguren a perpetuidad.

En lo referente al **otorgamiento o ampliación de facultades de gobierno** y fortalecimiento de su autonomía administrativa para las comunidades indígenas el artículo 205 les otorga la capacidad de tener un personero de sus designación en los concejos municipales y el otorgamiento de personería jurídica, *per se* (art. 207) ampliando el beneficio del simple reconocimiento de su existencia legal que les había dado la Constitución del 20.

A partir de esta Constitución se hicieron algunas iniciativas de orden legislativo por ejemplo el Decreto Supremo N° 03, del 1ro. de marzo de 1957, se autorizó la entrega de tierras a las comunidades indígenas, no con la calidad de titulaciones en propiedad sino de reservas que otorgaban a sus beneficiarios el simple usufructo. Alberto Chirif ha señalado que en cumplimiento de este decreto, pudieron haberse entregado un total aproximado de 114 reservas, sobre una superficie de 130,000 hectáreas.<sup>7</sup>

Un hecho relevante en la historia legislativa del Perú es la **Ley de Reforma Agraria** (Decreto Ley N° 17716) iniciada en 1969 por el General Juan Velasco Alvarado, quien rebautizó a las comunidades de indígenas por comunidades campesinas, pero no se ocupó en absoluto de las llamadas tribus selvícolas, que continuaron siendo vistas como salvajes.

**En 1974 se promulgó el Decreto Ley N° 20653, conocida como la Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de Selva y Ceja de Selva.** Esta Ley es la promotora de un verdadero cambio de estructuras en la Amazonía, a partir del reconocimiento de las "tribus selvícolas" en **comunidades nativas**. La ley reconoció su existencia legal y personería jurídica.

En relación con las tierras comunales, estableció el régimen de protección de la propiedad territorial, cuyas características especificaban que las tierras comunales eran inalienables, inembargables e imprescriptibles, garantizando la integridad territorial. Les otorgó a las autoridades facultades jurisdiccionales para resolver cuestiones litigiosas de *mínima cuantía que se originen entre los miembros de una comunidad nativa*.

Esta norma tenía algunos vacíos como la falta de criterios que debían ser considerados para determinar la superficie de las áreas reconocidas y la carencia de elementos jurídicos para formular una definición de "comunidad que respondieran a la realidad de estas sociedades étnicas y culturalmente diferenciadas y los efectos posibles que este sistema tendría en la futura unidad étnica de estas "comunidades" como parte de un todo o comunidad mayor.

El 9 de mayo de 1978 se modifica sustancialmente la Ley de Comunidades Nativas mediante el Decreto Ley 22175. La nueva Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva modificó un aspecto importante, al introducir una norma (Artículo 11) que estableció que parte del territorio comunal, cuando

---

<sup>7</sup> CHIRIF ALBERTO " LA Organización Indígena y la defensa territorial. En Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en la Amazonía" Fundación Gaia. Bogota, febrero 1993

se tratase de tierras con aptitud forestal, les sería cedido en uso, no siendo en adelante más otorgado en propiedad.

**La Constitución de 1979**, recogiendo los principios de la Ley Reforma Agraria, la normatividad sobre Comunidades Campesinas y la Ley de Comunidades Nativas, estableció que las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y personería jurídica, que son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo. También que las tierras de las comunidades eran inalienables, inembargables e imprescriptibles. Se deja la opción de la enajenabilidad con **mayoría de los dos tercios de los miembros de la comunidad**". **Así mismo pueden ser expropiadas por razones de utilidad pública.**

Un aspecto importante en la construcción de ciudadanía es la relativa al voto. En el caso de indígenas, éste siempre ha sido un factor de exclusión, por eso en la Asamblea Constituyente de 1978 se seguía debatiendo sobre el inconveniente de dar el voto al indígena analfabeto.

*Su analfabetismo no es el único signo de una incultura excepcional. No hablan castellano o lo hablan y lo entienden muy mal y viven aislados, sin contactos civilizadores, rodeados de gentes tan ignorantes como ellos. En las ciudades asimilan cierta educación. Su ignorancia se concentra y multiplica por el contacto permanente con la ignorancia. Y esta clase de incultura sin ventanas al exterior es particularmente adversa a la función política. El indígena analfabeto no ha votado nunca, tuvo derecho de sufragio y nunca se percató de ello, ni lo uso ni lo defendió, lo vio como un lujo inútil y molesto. Sólo sirvió para las batallas electorales donde corrió sangre. Su derecho le servía para corromperse, embriagarse y dejarse matar estúpidamente. El encomendero lucraba, pero no gobernaba; el encomendero republicano lucraba y gobernaba. Cuando se le quitó el voto al indígena analfabeto -agrega Villarán- el despojo se consumó sin ruido. Como nunca había usado el voto, se lo dejó quitar sin protestar ni darse por notificado". Y agrega la República ha faltado y falta a su deber privándolo del voto y dejándolo sin representación. Pero de estos dos deberes, antes de cumplir el segundo, hay que cumplir el primero, so pena de que continuemos, en materia de representación al borde de la barbarie ... (Villarán, mencionado por Ramírez Villar. Sesión del miércoles 16 de mayo de 1979. Debate del capítulo ciudadanía y sufragio).*

No obstante los opositores del voto al analfabeto, la Constitución de 1979 (art. 65º) y la de 1993 (art. 30º) reconocen el derecho de voto a los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil (18 años) sin ningún otro requisito que el de la inscripción electoral.

Es importante señalar el cambio legislativo ocurrido en el Código Penal. La pluralidad étnico-cultural ha hecho necesario el respeto de valores culturales diferentes a los de la Sociedad nacional. El nuevo Código Penal en el Artículo 15 establece lo siguiente: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter

delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".

**La Constitución Política de 1993** introdujo dos preceptos novedosos uno referido al reconocimiento de la identidad étnica como derecho fundamental de toda persona (art.2, inc.19); y el reconocimiento de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario dentro del territorio comunal. Por lo demás, las tierras comunales perdieron su carácter proteccionista cuando ésta Constitución les retiró la calidad de inembargabilidad e inajenabilidad.

El derecho a la autonomía o autogobierno está expresado en el artículo 89 de la Constitución, donde se reconoce que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas; son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras. Así como en lo económico y administrativo, pero todo ello dentro del marco que la ley del Estado establece. La autonomía está limitada por la ley del Estado.

Posteriormente se han promulgado leyes, como la cuestionada Ley de Tierras 26505, aprobada en Julio de 1995, que han afectado la integridad y la protección especial de los territorios.

Este período marcado por la Constitución de 1993, es necesario resaltar la ratificación del **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes**, ratificado mediante Resolución Legislativa 26253 el 2 de febrero de 1994. como el más importante instrumento internacional de reconocimiento y vigencia de derechos como individuos y como colectivos culturalmente diferenciadas de sus respectivas sociedades nacionales.

Al haber sido ratificado por el Estado, tiene carácter vinculante y por consecuencia la obligatoriedad de adecuar las normas internas al convenio en concordancia con la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política del Estado. El Convenio tiene siete artículos dedicados a la tierra/ territorios y recursos naturales. De su texto es claro que no se obliga a los Estados a reconocer "territorios" con la significación que tiene este término en el derecho internacional y tampoco obliga al Estado a reconocer a los pueblos indígenas derechos de propiedad sobre los recursos minerales y del subsuelo que estén en su territorio. Establece que los derechos sobre la tierra son fundamentales para garantizar la continuidad y existencia perdurable de los pueblos indígenas y que la tierra y sus recursos naturales son la fuente principal del sustentamiento económico, cohesión social y cultural de estos pueblos.

### **Reforma Constitucional: Pueblos Indígenas y Comunidades una tarea pendiente**

En los últimos años, los Estados de la región han realizado profundos cambios en su relación con los grupos étnicos, que se expresan en el reconocimiento constitucional y se

explican por el carácter multiétnico y pluricultural de varios países de la región<sup>8</sup>. Si bien es cierto en muchos de estos países ha tenido un carácter más bien formal, no deja de ser un reflejo de las profundas transformaciones ocurridas en las últimas décadas. Todavía se percibe que la participación y visibilización de los discursos y prácticas políticas de los pueblos indígenas siguen siendo consideradas como evidencias de un "conflicto", el "conflicto étnico".

Estas reformas en muchos casos respondieron a objetivos que no han resuelto el fondo del problema y que han generado más expectativas y frustraciones. No se puede desconocer que a pesar de estas circunstancias, la problemática indígena se encuentra en todas las agendas públicas de la región. En este contexto es que los pueblos indígenas se van convirtiendo en protagonistas de su propio proceso de ciudadanía, demostrando su afán de participar y aportar en distintos ámbitos. El reconocimiento legal implementado en varios países no tiene medidas concretas que apunten a la transformación de las relaciones y los mecanismos que siguen perpetuando la exclusión y la discriminación basada en criterios de raza o etnia.

En la región las identidades étnicas han comenzado a expresarse como identidades de carácter político. Por tanto los derechos ciudadanos ya no se pueden seguir definiendo solamente respecto a la entidad política de Estado Nación. El reconocimiento real y activo de los derechos fundamentales y los derechos colectivos de los ciudadanos indígenas es una forma de entender la Interculturalidad y el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática de nuestros países.

Un proceso de reforma del Estado implica que se debe encaminar a iniciar un periodo de transición y de transformación política de un Estado Nación hacia un Estado plural; transitar de una democracia poco inclusiva a una democracia plena, y de una ciudadanía excluyente hacia una **ciudadanía incluyente e intercultural**. Construir una teoría y una práctica de la ciudadanía que sean capaces de conjugar dos exigencias: la de asegurarle autonomía a los grupos excluidos para decidir y practicar sus formas de vida y de asegurarles participación en la unidad del estado.

El Perú es un país multiétnico, lingüístico, cultural y socialmente plural. Esto no significa afirmar que deba organizarse -necesariamente- como un Estado multinacional, sino reconocer que todas las culturas y los pueblos que las poseen, deben tener el mismo espacio político y social dentro del Estado-Nación.

Consideramos que es en la dimensión política donde el reconocimiento de las diferencias culturales deja de ser un tema solamente teórico y cobra la mayor importancia como asunto práctico de representación ciudadana. Se requiere una transformación de las condiciones jurídicas que, hoy en día, no reflejan el verdadero carácter nacional de nuestro país, mediante una nueva reorganización del poder a través de la Constitución.

---

<sup>8</sup> Los pueblos indígenas representan el 10% de la región.

Por lo tanto, se nos plantea la necesidad de un nuevo tipo de democracia, de ciudadanía y de Estado.

De lo que se concluye, la necesidad de organizar un Estado que admita lo plural de la Nación y a una producción jurídica que lo refleje. Para ello, es necesario que la Nación se defina compuesta por Pueblos Indígenas, multiétnica, pluricultural y multilingüe.

### **Período 2001- 2006**

La elección de Alejandro Toledo creó grandes expectativas en el tema vinculado a los pueblos Indígenas. No pudo tener mayor relevancia al día siguiente de haber jurado como presidente en el Cuzco, los presidentes de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) suscribieron la *Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza*, en la que consideran que la naturaleza multicultural y pluriétnica de las naciones ha constituido un factor esencial en la formación de las nacionalidades y la identidad histórica de nuestros países; y que hoy, como en el pasado, continúa siendo una característica esencial de la riqueza humana y social de nuestras sociedades. En ese sentido, expresan la decisión de continuar desarrollando estrategias políticas dirigidas a revalorizar la pluralidad étnica y la multiculturalidad, con el fin de promover la plena participación de los pueblos indígenas y las minorías étnicas.

En ese documento se afirmó que se apoyarían firmemente todos los esfuerzos encaminados a la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, entre ellos: el derecho a su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico; individual y colectiva; a no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras; a la propiedad intelectual colectiva, a mantener y desarrollar su patrimonio cultural histórico; a sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de sus lugares rituales y sagrados; a la educación en la diversidad; a ser elegidos y desempeñar cargos públicos. Asimismo, expresaba la voluntad de resguardar estos derechos dentro del orden público y en cumplimiento de nuestras disposiciones constitucionales y legales vigentes.

El proceso de reforma constitucional iniciado en el Gobierno de Alejandro Toledo, significó para los Pueblos Indígenas y Comunidades, la oportunidad de incluir en un texto constitucional la inclusión de Derechos Colectivos. Después de un largo proceso de consultas y participación de diversos sectores e instituciones públicas y privadas, el 12 al 14 de abril 2003 doscientos delegados indígenas provenientes de todas las regiones del Perú efectuaron una Consulta Indígena sobre la Reforma Constitucional y culminó con la entrega de una propuesta concertada para incorporar los derechos de los Pueblos

Indígenas y Comunidades en la Constitución Política del Perú al Primer Vicepresidente de la República Jesús Alvarado y al Presidente de la República Alejandro Toledo.<sup>9</sup>

Un aspecto relevante en este período es el informe de Comisión de la Verdad y Reconciliación en el año 2003 que en su última conclusión (171) afirma categóricamente que la reconciliación nacional tiene como meta general “... la edificación de un país que se reconozca positivamente como multiétnico, pluricultural y multilingüe.” Señalando, además, que “tal reconocimiento es la base para la superación de las prácticas de discriminación que subyacen a las múltiples discordias de nuestra historia republicana”, como es el caso del trágico conflicto armado interno sufrido en el período 1980-2000.

En este sentido, la CVR propone que el gran horizonte de la reconciliación nacional sea el de la ciudadanía plena para todos los peruanos y peruanas, e interpreta la reconciliación como un nuevo pacto fundacional entre el Estado y la sociedad peruana, y entre los miembros de la sociedad.

**Entre las propuestas de reforma institucional plantea el reconocimiento e integración de los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en el marco jurídico nacional; Resulta impostergable que el Estado promueva el reconocimiento y fortalecimiento de los derechos específicos de los Pueblos Indígenas, sus comunidades y las poblaciones afrodescendientes en el marco jurídico nacional<sup>10</sup>.**

Algunas consideraciones que deben ser incluidas en una reforma constitucional:

**Reconocimiento como Pueblos:** Una tarea compleja es pasar de la “comunidad” al “pueblo” como sujeto del derecho constitucional. Estos cambios plantean una reforma profunda del estado y no solamente una reforma constitucional. El reconocimiento de la preexistencia étnica, cultural y jurídica de los pueblos indígenas peruanos, introduce una nueva visión de lo pluriétnico y lo multicultural en un texto constitucional.

El Convenio 169 de la OIT desarrolla ampliamente el término de “pueblos indígenas”.<sup>11</sup> El

---

<sup>9</sup> Propuesta Concertada presentada en abril 2003 por la coalición de organizaciones indígenas entre las que se encuentran la Coordinadora Permanente de los Pueblos Indígenas del Perú (COPPIP), la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) y la Coordinadora Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI). También formaron parte de la organización la Coordinadora Agroforestal Indígena y Campesina del Perú (COICAP) y la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP).

<sup>10</sup>Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación agosto. 2003 La inclusión de derechos individuales y colectivos en el texto constitucional; La definición del Estado Peruano como un Estado multinacional, pluricultural, multilingüe y multiconfesional; La interculturalidad como política de Estado<sup>10</sup>; La existencia legal y personalidad jurídica como pueblos y de sus formas de organización comunal; Las tierras y territorios tradicionales inalienables, imprescriptibles, inembargables e inexpropiables; El derecho y administración de justicia indígena de acuerdo a los derechos humanos y acceso a la justicia ordinaria con juzgados especializados en materia indígena;

<sup>11</sup> Este Convenio se aplica en países independientes a aquellos pueblos considerados como indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista y la colonización y que, cualquiera que

término “pueblo” implica la consolidación del reconocimiento del derecho de esos grupos a mantener su identidad étnica diferenciada de los demás componentes de la nación de la que son parte, es decir, en su condición de pueblos indígenas.

Es necesario reconocerles derechos colectivos porque esto significa redefinir la institucionalidad estatal vigente, instaurando mecanismos legales que permitan transferir ciertas competencias desde las instituciones del estado a unidades políticas controladas por los pueblos indígenas.

### **Reconocimiento de derechos culturales**

La particularidad étnico-cultural de los pueblos indígenas exige que se adopten acciones tendientes a expresar esa diversidad que los caracteriza y que se manifiesta en la existencia de una religión propia, idioma y costumbres.

Estos derechos aspiran a que se elimine la discriminación y el prejuicio y como resultado estos pueblos, sus comunidades y miembros puedan practicar sus religiones, lenguas y costumbres en condiciones de igualdad y no discriminación con otros sectores de la sociedad.

### **Reconocimiento a la Autonomía, Libre Determinación y Participación Política**

La autonomía es reconocer a los pueblos indígenas derechos que implican poder, control, para regular sus asuntos internos. Así, los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus formas de representación ante el Estado y a escoger libremente su organización social, económica, cultural y política.

Los niveles en que se debe ejercer la autonomía corresponde a los pueblos indígenas plantearlo. Sea cual fuere el nivel político en que se articule la autonomía, su contenido exige el establecimiento de las condiciones jurídicas y políticas que hagan posible y aseguren su ejercicio. Dentro de la institucionalidad de los Estados debe: a) garantizar la representación directa de los pueblos indígenas en las instancias de gobierno; y b) legitimar sus formas propias de autoridad, representación y administración de justicia. c) consistiría en el derecho a mantener y desarrollar su propia identidad, identificarse y ser reconocidos como tales

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

---

sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

La participación política directa es una condición de la democracia. Se conceptúa como el mecanismo mediante el cual los intereses propios de los pueblos indígenas logran expresarse en un entorno de toma de decisiones legislativas y de gobierno.

La inclusión en el texto constitución de la representación política significaría un cambio profundo en el contenido de la relación con la historia peruana y sus pueblos originarios; sobrepasa el discurso formal para concretarse en derecho práctico a disposición y ejercicio de las personas indígenas.

### **Reconocimiento al Territorio y Recursos Naturales**

El territorio que le pertenece a un pueblo indígena, es el espacio donde su cultura se reproduce y se ejerce su autonomía interna dentro de las fronteras del Estado peruano y los derechos humanos. El territorio indígena no es similar al territorio estatal. Corresponden a ideas totalmente distintas. El territorio indígena no supone soberanía en el sentido que lo considera el Estado, pues los pueblos indígenas no son Estados sino sociedades históricamente definidas. Se trata de un espacio de autogobierno, o manejo directo de sus asuntos internos. Consecuentemente, no se refiere a ceder soberanía territorial o de crear micro estados, sino reconocer un derecho pre existente y cualitativamente distinto al derecho estatal.

Los principios que regulan las actividades que afecten a los pueblos indígenas tendrán como eje principal el derecho a la consulta, a la buena fe y al respeto a la integridad de los pueblos indígenas. Asimismo, la Constitución debe consagrar los derechos de los pueblos indígenas a la indemnización, la compensación y los beneficios por las actividades que se realicen en sus territorios.

### **Reconocimiento a la Jurisdicción Especial Indígena**

La jurisdicción o la facultad que tienen las autoridades de los pueblos para aplicar su derecho consuetudinario, es inherente a su condición de indígenas. El Estado sólo reconoce este derecho, no lo otorga. El derecho indígena a su justicia es expresión de su autonomía y condición histórica particular, no un privilegio por razones sociales, económicas o políticas. La antropología legal ha demostrado que la normatividad tradicional indígena llamada “derecho consuetudinario”, es una institución medular que permitirá ejercer la autonomía, reafirmar los valores culturales y el sistema de autoridades de estos pueblos peruanos.

**Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos - INDEPA**

La Comisión de la Verdad y Reconciliación en su Recomendación A.11., afirma que **“Es necesario que el Estado peruano, en cumplimiento de un conjunto de obligaciones internacionales, desarrolle y fortalezca un sistema institucional apropiado para la atención y promoción del desarrollo de los pueblos indígenas, afroperuanos y sus comunidades”**.

El Estado atendiendo a las demandas de los representantes de los Pueblos Indígenas crea mediante Ley N° 28495, el Instituto Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos – INDEPA, como organismo público descentralizado y adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Esta institución tiene por finalidad proponer y supervisar el cumplimiento de políticas públicas nacionales de desarrollo y defensa de los derechos de los pueblos indígenas y afroperuanos.

Los 9 representantes de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos al asumir el cargo, declararon su esperanza que empiece a funcionar como un verdadero espacio de diálogo y concertación de alto nivel entre el Estado y los pueblos indígenas, que como señaló la CVR, podría contribuir a superar las condiciones de exclusión estructural, abandono y marginación secular en las que se hallan estos significativos sectores poblacionales. Es importante que se mantenga esta instancia que permite construir la nueva institucionalidad del Estado peruano con los pueblos indígenas andinos, amazónicos y las poblaciones afrodescendientes, en concordancia con los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú.

Se deben orientar a crear las condiciones de equidad y de oportunidades para el desarrollo social, económico y cultural de los pueblos, dentro de un marco en el que puedan ejercer sus derechos cívicos plenos, como ciudadanos, y en el que se garantice el ejercicio de los derechos políticos de los pueblos indígenas. Se deben sentar las bases que permitan a los pueblos definir sus modelos y prioridades de desarrollo desde sus propios patrones organizativos y culturales. El desarrollo indígena es un desarrollo con identidad, autónomo, sustentable y nacional.

Actualmente se vive en América un proceso de reetnización. La identidad indígena se ha constituido en la base de propuestas políticas que exigen cambios radicales en los estados a los que se les acusa de haber estado históricamente a espaldas de los indígenas. Este proceso ha creado sujetos políticos que en algunos países como Ecuador y Bolivia se han convertido en fuerzas políticas nacionales importantes. El caso de Bolivia por primera vez un Aymará ha llegado a la presidencia con Evo Morales. La pregunta es si los movimientos indígenas en el Perú seguirán el camino de Ecuador y Bolivia? La respuesta es difícil a pesar de la semejanza en la historia. El historiador Nelson Manrique dice que en el caso de Bolivia y Ecuador han jugado un rol importante los intelectuales indígenas construyendo el discurso que los ha convertido en sujetos políticos.<sup>12</sup> La participación ciudadana indígena aspira a fortalecer sus organizaciones y a tener un rol más activo en la

---

<sup>12</sup> Democracia y Nación: La promesa pendiente. Nelson Manrique. PNUD. 2006

construcción de la democracia y de estados de carácter multiétnicos, pluriculturales y multilingües. El nuevo escenario político presenta a los indígenas como nuevos actores, organizados en redes transnacionales, reclamando sus derechos humanos, gobernando localidades y municipalidades.

En el caso peruano la necesidad de avanzar hacia la construcción de nuevos horizontes conceptuales y hacia una nueva agenda debe llevarnos a incluir en el Acuerdo Nacional la nueva relación Estado/pueblos Indígenas, por ser este documento orientador de las políticas a largo plazo y en el que se han comprometido todas las fuerzas políticas a dar vigencia a las 29 políticas de Estado como eje fundamental para buscar la equidad, la justicia social y darle prioridad efectiva a la lucha contra la pobreza y a la reducción de la desigualdad social.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALLPA. Las comunidades campesinas en el siglo XXI. Situación actual y cambios normativos. ALLPA. 2005

BALLÓN AGUIRRE FRANCISCO. Derechos de los Pueblos Indígenas. Defensoría del Pueblo. Lima 2004.

BELLO ÁLVARO. Etnicidad y Ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Naciones Unidas. CEPAL GTZ-2004

CAAAP. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. CAAAP. Lima. 1996.

CHASE SMITH Richard. A Tapestry Woven From The Vicisitudes Of History, Place And Daily Life. Oxfam América. 2003.

CHIRIF ALBERTO. La Organización Indígena y la Defensa Territorial en “reconocimiento y Demarcación de Territorios Indígenas en la Amazonía” Fundación Gaia- Bogota. 1993.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. Comentarios al Convenio 169 OIT. 2004.

FIGALLO GUILLERMO Los Decretos de Bolívar sobre los Derechos de los Indios y la venta de tierras de las comunidades. Rev. Debate Agrario- Lima 1988.

GÁLVEZ REVOLLAR CONNIE. Problemas de territorio en Pueblos y Comunidades Indígenas del Perú. CAAAP. 2004.

GÁLVEZ REVOLLAR CONNIE. Diagnóstico de la situación de los derechos territoriales y recursos naturales en la legislación nacional en aplicación del Convenio 169 de la OIT. Documento Inédito CAAAP. 2005.

GRUPO DE TRABAJO PERMANENTE DE PUEBLOS INDÍGENAS, DERECHOS HUMANOS Y DIÁLOGO INTERCULTURAL. En defensa del Territorio de los Pueblos Indígenas. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Intermon - Oxfam. 2005.

MANRIQUE NELSON “Democracia y Nación: La promesa pendiente” en: *Informe de la Democracia en el Perú*. PNUD. Lima. 2006.

Propuesta de reforma Constitucional para Pueblos Indígenas y Comunidades . Mesa de Pluralismo Jurídico. Lima-2002

Propuesta concertada de Inclusión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el texto Constitucional. Servindi. Lima. 2003.

ROLDÁN ROQUE, TAMAYO ANA MARÍA Legislación y Derechos Indígenas en el Perú. CAAAP-COAMA Lima. 1999.

ROLDAN, ROQUE. Tierras y Territorios Indígenas. Estudio realizado para la Secretaria Pro-Tempore del TCA. Lima 1996.

RUBIO MARCIAL. Estudio de la Constitución Política de 1993.

SIVIRICHI Atilio. Derecho Indígena, Proyecto de Código Indígena. Ediciones Kuntur. Perú. 1946.

SURALLES ALEXANDRE Y GARCÍA HIERRO PEDRO Tierra Adentro. Territorio Indígena y Percepción del Entorno. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. IWGIA. Lima 2004.

