

LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU TRATAMIENTO POR EL ORDENAMIENTO LEGAL PERUANO

(Fragmento del trabajo en preparación sobre el Reconocimiento y desarrollo de la pluralidad jurídica en el Perú)

Andrés Huguet Polo

Las poblaciones indígenas y nativas, no obstante su importancia cuantitativa y cualitativa en la conformación histórica del país, no han sido tomadas con una consideración proporcional en el ordenamiento jurídico nacional en el Perú. Así, tenemos primero que, en el contexto de la dominación hispánica, como resultado de las condiciones del patrimonialismo burocrático característico de la conformación colonial durante los siglos XVI hasta los dos primeros decenios del XIX, y como consecuencia del objetivo explícito de encuadrar a los indígenas en un sistema de relaciones que los mantuviera subordinados al dominio del colonizador, existieron dos regímenes jurídicos diferenciados conocidos como "repúblicas"[1]. Los indígenas, entonces, jurídicamente, eran remitidos a las condiciones de la "república de indios", diferente a la "república de españoles". Posteriormente, durante el desarrollo de la etapa posterior a 1821, la existencia de los indígenas es prácticamente ignorada jurídicamente o, lo que es más, dentro de los presupuestos de la modernización mercantil y capitalista del país, el objetivo categóricamente buscado fue su incorporación-desaparición como identidad o conformación cultural distinta del ser nacional peruano.

Durante los siglos XIX y XX, el presupuesto básico en el ordenamiento jurídico oficial, no ha sido la preexistencia de la pluralidad de culturas y grupos sociales conformantes de la nación peruana sino, por el contrario, la concepción de una situación homogénea de país, en donde la existencia del Estado peruano supone la integración e igualación de los sujetos a él subordinados. Y, en ese contexto, las poblaciones nativas, tribales, campesinas e indígenas en general son prácticamente ignoradas en la conformación del sistema jurídico nacional. Dicho sea de paso, en este contexto, es un *a priori* teórico la existencia de un solo sistema jurídico en el país y no la coexistencia de varios sistemas en el mismo territorio.

La revisión, por ejemplo, de las constituciones políticas republicanas arroja que el ordenamiento estatal y administrativo del país no supuso sino, prácticamente, ignoró a los indígenas; y cuando se les tomó en consideración fue sólo desde el ángulo de la protección o desprotección de sus tierras.[2]

A excepción de una disposición en la Constitución de 1828 referida a los fondos de las comunidades[3], y con la particularidad conocida de los decretos bolivarianos relativos a los intentos de liberalización y privatización de las tierras de

comunidad[4], todo el siglo XIX transcurre sin que en las definiciones básicas de la Nación y el Estado se tome en cuenta la existencia del mosaico cultural en que consistía el Perú, a pesar de que más del 60 % de la población del territorio peruano era indígena. Y sin que, incluso –especificando más–por lo menos se tenga en consideración la existencia de la organización comunal como un elemento de relevancia positiva o negativa en la conformación económica del país. Más bien, de acuerdo al espíritu de las medidas bolivarianas, dentro de una concepción liberal de la economía, las organizaciones comunales o corporativas eran concebidas como obstáculo o traba al desarrollo del país.

Durante todo este período las comunidades continuaron una existencia silenciosa, prácticamente al margen del ordenamiento legal, lo que fue, por cierto, contexto suficiente para la expoliación de sus tierras por parte de criollos y mestizos y, a pesar de haber sido abolida la servidumbre, "durante la República el indígena sufría los más duros golpes jamás recibidos del conquistador español"[5].

Es sólo a partir de la Constitución de 1920, y dentro del contexto del influjo proteccionista y paternalista del gobierno leguista de la llamada "Patria Nueva", que recién se toma en consideración a la población indígena, en un afán "civilizatorio" e integracionista. El indígena y los nativos existen, pero como elementos a los que hay que **asimilar** a la cultura nacional e incorporarlos a la civilización, y es en ese marco que también se empieza a afirmar constitucionalmente la existencia de las comunidades indígenas, de sus tierras y de la naturaleza inembargable, inenajenable e imprescriptible de la propiedad comunal sobre ellas.

Hay que decir, además, que la nota característica no reside tanto en el reconocimiento del elemento indígena como factor conformante de la nacionalidad en el país. El Estado y la Nación siguen siendo implícitamente definidos como homogéneos e integrados, no hay una definición pluricultural del país. El interés principal sobre los indígenas se centra en cómo es que resultan obstáculo o factor de desarrollo en el esfuerzo de modernización del país que caracterizó el desenvolvimiento y apogeo de la República Aristocrática.

Jurídicamente era importante respecto a los indígenas, en este contexto de modernización, establecer un estatus para sus tierras y propiedades, paralelo a la construcción de vías de comunicación y a los proyectos educativos para el indígena. Ideológicamente, esta situación jurídica resulta siendo, también, resultado de las presiones del indigenismo de la época al que no fue extraño el régimen de Leguía.

Así, en la Constitución de 1920, en el art. 41º se señala que:

*"los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas **y de comunidades de indígenas** son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley".*

Igualmente, el art. 58º del mismo cuerpo legal señala que

"el Estado protegerá a la raza indígena y dictará las leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. (...) La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden."

Se reiniciaba, así, una nueva etapa de proteccionismo del Estado y la sociedad peruana frente a los indígenas y sus bienes que ha caracterizado el desenvolvimiento del marco jurídico del presente siglo respecto al régimen de tierras.

La Constitución de 1933 continuó en esta línea: se crea el Consejo Técnico de Cooperación Administrativa de Asuntos Indígenas, se establece el requisito de la inscripción oficial de las comunidades de indígenas para el efecto de reconocerles personería jurídica y, establecidos los Concejos Departamentales, se les encarga la tarea de

"proteger a las comunidades de indígenas; levantar el censo y formar el catastro de las mismas, y otorgarles conforme a la ley, a las que no los tengan, los títulos de propiedad que soliciten",

señalándose, además, que en cada Concejo Municipal Distrital y en los Departamentales, a que hubiere lugar, las comunidades tendrán un personero designado por ellas.

La Constitución de 1933, indudablemente, perfeccionó en los textos el régimen de protección de las comunidades y de los indígenas, aunque el énfasis es para las comunidades de indígenas (costa y sierra), mas no para las nativas de la amazonía, sobre las cuales sólo se legislará orgánica y sistemáticamente en la década de 1970. Es por ello que en el título especial que la carta fundamental dedica a las comunidades de indígenas se "garantiza la integridad de las propiedad de las comunidades". Se dispone el catastro correspondiente y, además de la imprescriptibilidad del derecho de aquéllas sobre sus tierras, se agrega la inenajenabilidad y la inembargabilidad, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública; estableciéndose, además, la capacidad del Estado para dotar de tierras a las comunidades, cuando éstas no las tengan.

El art. 212º de la Constitución de 1933 al disponer que

"el Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen".

extiende las intenciones de protección de los indígenas a ámbitos más extensos que el de la propiedad territorial y ello ha sido marco para el desarrollo en el Perú de las políticas indigenistas que incubaron en América Latina durante toda la década del 20, que florecieron precisamente en los años 30 y que tuvieron en el Congreso Indigenista Interamericano, que se reunió en Patzcuaro, en abril de 1942 un hito fundamental. En última instancia, es el signo que ha caracterizado el tratamiento a las poblaciones campesinas, indígenas y tribales en el Perú del siglo XX.

Todo lo anterior (la evolución de 1920 en adelante) constituyó un importante avance. A pesar de desarrollarse en un marco proteccionista, opuesto pero no desligado plenamente, por la vigencia del sistema económico, de la realidad de la expoliación indígena. No obstante su espíritu integracionista, constituyó un paso adelante, en contraste con la anterior situación de inexistencia jurídica de lo indígena que rigió el siglo XIX peruano. Sobre todo porque se buscó neutralizar que la acción del tiempo legitimara la propiedad de ocupantes precarios o de usurpadores, evitar el embargo y posterior remate de tierras comunales como pago de eventuales deudas que los campesinos contrajeran y precaver compras fraudulentas o lesivas.

Mediando el período de práctica ilegalización de las comunidades en el siglo XIX, se pasó de la situación tutelar indiana colonial a una nueva situación de proteccionismo estatal que, si bien frenó el despojo de tierras efectuado en los primeros años de la república, en la práctica no ayudó mayormente, en términos positivos y ya no de simple neutralización de la voracidad gamonal y terrateniente, al desarrollo de las comunidades como instituciones reconocidas.

Es así que, desde 1920, de un total de 4.792 comunidades reconocidas, recién entre 1964 y 1991 se reconoció prácticamente al 50% de las comunidades existentes. Y, en todo caso, las oleadas de mayor cantidad coinciden más bien con las épocas de mayor movilización campesina y de presión por la tierra (1965-67, 1975-78, 1984-90)[6]. A juzgar por el anterior indicador, el período 1920-1964 no significó un impulso del desarrollo de las comunidades como instituciones reconocidas por la sociedad y el Estado nacional.

Y es que la tónica central de tales dispositivos reside en la apreciación inicial de una situación que considera en minusvalía al indígena y, sólo derivado de ello, surge el propósito de integrar a dicha población.

Así, la VIII Conferencia Panamericana reunida en Lima en 1938, antecedente inmediato del evento de Patzcuaro, adoptó una resolución declarando que los indígenas (en negrita resaltado por nosotros)

*"tienen un preferente derecho a la **protección** de las autoridades públicas para **suplir la deficiencia de su desarrollo físico e intelectual**"*

y que debería ser propósito de los gobiernos

*"desarrollar políticas tendientes a la **completa integración** de aquellos en los respectivos medios nacionales",*

procurando que esta integración se lleve a cabo dentro de normas que

*"**capaciten** a la población aborígen para participar **eficazmente** y dentro del concepto igualitario en la vida de la nación" [7].*

Especial mención merece que se haya legislado la imposibilidad de enajenar las tierras de comunidad. Si bien la intención del legislador es la preocupación por evitar la depredación de las tierras comunales proveniente de agentes externos, hay que señalar que ello comportaba, también, colocar a la población indígena, a partir de una supuesta inferioridad cultural para participar en el mercado, en una situación limitada respecto a las posibilidades de disposición de sus propios recursos territoriales.

De hecho, las comunidades tomaron durante el siglo XX decisiones históricas de privatización de parte de sus tierras, aquellas situadas en las mejores condiciones para la producción para el mercado[8], decisiones que, por cierto, estuvieron al margen del ordenamiento legal, por lo menos hasta que fue reconocida, en la Constitución de 1979, la posibilidad de venta de tierras con el acuerdo de los dos tercios de los comuneros.

La Carta de 1979 continúa y amplía lo establecido en la de 1933, con el agregado de la existencia de un Estatuto General de Comunidades Campesinas. A partir de 1987 se promulga la Ley General de Comunidades Campesinas.

Lo notable de este período es que, junto al proteccionismo característico del Estado para con los campesinos, se amparan también las políticas de imposición de modelos territoriales, empresariales o asociativos. Estos, además de no provenir de la libre decisión democrática de los interesados (a los que en la práctica se les sigue reduciendo a un estatus de minusvalía jurídica), muchas veces generalizan reglamentaciones que no se condicen con las costumbres de las propias comunidades. Ello, por cierto, a pesar de que en la letra de la Constitución de 1979, como sucede en la vigente desde 1993, se restablece la **autonomía** de las comunidades "en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo", lo que en definitiva sólo se mantiene en el papel.

Con la Constitución de 1993 se ha dejado de lado el concepto de protección de las tierras de comunidad por parte del Estado y se han establecido las bases para un desenvolvimiento liberal en el campo.

Se ha eliminado la prohibición de enajenar las tierras y, más bien, la promulgación de la Ley de Comunidades de la Costa establece mecanismos que acelerarán un proceso de privatización y venta de tierras, ya no sólo a elementos de la esfera interna de la comunidad sino al capital externo.

Se ha limitado la imprescriptibilidad con la figura del abandono de tierras a partir de los dos años, lo que aplicado, por ejemplo, a las comunidades de la sierra, sin un adecuado conocimiento de la dinámica productiva tradicional andina, puede precipitar un nuevo proceso de expoliación de las tierras comunales en provecho de terceros externos.

Igualmente, se ha suprimido la prohibición de embargar las tierras comunales, a pesar de que esta última excepción existe para otros regímenes en el ordenamiento civil (patrimonio familiar, por ejemplo). De la misma manera, en el caso de las comunidades, para el abandono, el plazo de prescripción se ha reducido a dos años, a pesar de que en el conjunto del ordenamiento civil opera para los bienes inmuebles con plazos de cinco o diez años. estalce es

Si en este rápido recuento introductorio nos hemos centrado en el tema de la propiedad comunal de las tierras, se debe, precisamente, a la preocupación casi exclusiva que el ordenamiento legal ha dado a este tema cuando de poblaciones indígenas, campesinas o tribales se trata. Las Constituciones de 1920, 1979 y 1993 han incorporado formalmente en sus textos el "respeto a las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas", el "respeto a la identidad cultural" o, en el lenguaje de 1920, la "protección de la raza indígena"; pero ello no ha significado mayor desarrollo. Como se ha dicho, se lo ha afirmado en el contexto "civilizatorio", integracionista y proteccionista que tiende a negar -o en todo caso busca asimilar, disolviéndolo compulsivamente- el aporte peculiar del ingrediente indígena en la formación y desarrollo de la nación peruana

Es sólo en la vigente Constitución de 1993 que se han incluido -entendemos que aún formal y marginalmente- dispositivos que tienden a superar una concepción homogénea de nación y que más bien "reconoce y protege la pluralidad étnica de la Nación" (art. 2º inciso 19º), fomenta la educación bilingüe e intercultural, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (art. 17º), abre la posibilidad de oficialización del quechua, aimara y demás lenguas aborígenes, aunque localizadamente (art. 48º), afirma respetar la identidad cultural

de las comunidades campesinas (art. 89º) y, lo más resaltante, el reconocimiento de funciones jurisdiccionales para las comunidades campesinas y nativas (art. 149º).

La influencia del contexto de normas internacionales que tienen en el Convenio 169 OIT su elemento principal, y que el Perú ha signado, ha sido un factor decisivo en la inclusión de los elementos antedichos. A pesar de lo limitados y formales que aún son, suministran condiciones para un cambio de perspectiva en el ordenamiento y tratamiento de las poblaciones indígenas, campesinas o nativas que abra paso a una concepción pluralista en lo legal, correspondiente al pluralismo socio-cultural existente en el plano de la sociedad que lo que tratamos en el presente trabajo.

Por otro lado, una evidente influencia y marca para la inclusión de los cambios legislativos formales a los que nos venimos refiriendo es el contexto neoliberal característico de la política del régimen instaurado a partir de 1990.

La desprotección por el Estado a sectores sociales anteriormente tutelados, como sucede claramente en el plano de la política laboral típica de la desregulación de los mercados de trabajo, para dar paso a una abierta influencia de las leyes del mercado, indudablemente que tiene que hacer con el cese del marco proteccionista a las tierras de comunidad, con el objetivo explícito de fomentar la participación de ellas en un mercado de tierras, particularmente de aquellas más susceptibles de incorporarse a un patrón de acumulación primario exportador. A ello sirve la limitación de la imprescriptibilidad, la posibilidad de enajenación de tierras y su embargabilidad, a fin de que pueda ser prenda agrícola, y las precisiones sobre el abandono de tierras. También en este aspecto está detrás el fenómeno del achicamiento del Estado y su papel.

Igualmente, la pluralidad jurídica, que en primera instancia es reconocida dentro de un contexto de mayor democratización de la sociedad y de cese del entendimiento homogéneo de la sociedad y de su relación con el Estado, puede ser y efectivamente es reconocida en contextos neoliberales: el achicamiento del Estado, en su función jurisdiccional, puede significar la aceptación y el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a diversas entidades de la sociedad civil, en un proceso que podría entenderse como de cierta privatización de la administración de justicia dentro de determinados contextos, como efectivamente sucede en ambientes jurídicos norteamericanos y europeos.

El ingrediente autoritario que conformó el régimen político de 1992 al 2000, que es en el que operan los parámetros jurídicos de la Carta de 1993 resulta otro elemento particularmente importante por su papel definitorio de la vigencia o no de determinados dispositivos o instituciones previstas formalmente. De ahí que la mayor parte de los logros formales establecidos en el ordenamiento positivo constitucional no tienen vigencia real, han sido mediatizados o, en otros contextos, han dejado de tener operatividad, en función de las imposiciones cotidianas de la política gubernamental.

En síntesis, el tratamiento que el ordenamiento jurídico peruano ha hecho de las poblaciones indígenas, campesinas y tribales ha estado caracterizado por los siguientes rasgos:

- 1) Una intención clara de asimilación cultural que parte del supuesto de la inferioridad o de las limitaciones de las culturas indígenas respecto a la cultura nacional.

2) Un supuesto de conformación homogénea de la Nación al que debería corresponder un único sistema jurídico, también homogéneo.

3) Cuando se ha legislado sobre las poblaciones indígenas se ha sesgado el interés hacia la actitud del Estado respecto a sus recursos territoriales y al reconocimiento, protección o desaparición de las formas de propiedad, posesión o control indígena sobre aquéllos, dejando de lado, por consiguiente, la comprensión **global** de los **derechos indígenas** (sobre su identidad, su ciudadanía y los diversos aspectos del reconocimiento de su cultura).

4) El tratamiento jurídico sobre las poblaciones indígenas, particularmente sobre las comunidades campesinas, ha consistido, a través del tiempo, durante los siglos XIX y XX, en un tratamiento pendular que oscila incluyendo, por un lado, tanto el desconocimiento jurídico de las poblaciones indígenas y sus derechos tradicionales dentro del Estado, el tratamiento proteccionista de sus derechos territoriales, la intervención directa en sus instituciones organizativas, como, por el otro extremo, la liberalización, desconocimiento o minimización de sus organizaciones comunales y los medios de control sobre sus recursos mediante la legislación de mecanismos de mercado.

5) La existencia de una situación contradictoria que se ha caracterizado, en un primer momento, por una afirmación **monista** en la definición del sistema jurídico nacional conjuntamente con la existencia escondida, en resistencia, subterránea, o "informal", del derecho consuetudinario indígena. Y, en un segundo momento, que es el contemporáneo, de reconocimiento formal en las normas positivas de la existencia y necesidad del **pluralismo** jurídico en el país pero con **un insuficiente desarrollo institucional** correspondiente, lo que resulta limitante para la vigencia de dicho pluralismo.

En el presente trabajo, pretendemos exponer cómo en nuestro ordenamiento jurídico-legal resulta aún predominante el monismo jurídico, los factores que han influido y la forma en que se ha ido abriendo terreno el pluralismo jurídico, las relaciones entre éste y el reconocimiento de los derechos culturales, su vigencia, importancia y el aporte del derecho indígena, vigente en contextos campesinos y tribales, al derecho peruano, así como develar la realidad contradictoria en la que se da la existencia del pluralismo jurídico actualmente en el Perú.

Partimos de una **hipótesis de trabajo** que afirma que el actual período social y jurídico en el país suministra determinadas condiciones reales y formales para el reconocimiento y vigencia del pluralismo jurídico en el Perú y de los derechos culturales indígenas, lo que, sin embargo, por un insuficiente desarrollo institucional, correspondiente con los cambios legales, arroja una realidad contradictoria de incompleta vigencia de dicho pluralismo.

Para el avance en el reconocimiento de la necesidad del pluralismo jurídico han influido factores **endógenos** y **exógenos**. Entre los primeros, tomando en cuenta los **extrajurídicos**, debe reconocerse la presión de sectores sociales indígenas, campesinos y tribales por la defensa de sus derechos; y, entre los propiamente **jurídicos**, la crítica interna al positivismo como paradigma central del pensamiento jurídico peruano y el fortalecimiento de los enfoques social y antropológico de los fenómenos jurídicos. Así como la influencia de los instrumentos internacionales de reconocimiento de los derechos humanos y de los derechos indígenas y culturales, en particular, en el ordenamiento legal peruano.

La perspectiva que se afirma en el presente trabajo es la confluencia entre el análisis jurídico y los aportes que la teoría antropológica, en general, y los estudios etnológicos sobre la realidad peruana, en particular, hacen al análisis del contexto jurídico peruano. Pretendemos así, dentro de una perspectiva necesariamente pluridisciplinaria, dar cuenta de lo que podría ser la recepción que ha hecho, o debe hacer, el derecho peruano de las experiencias de la antropología en el estudio de la realidad nacional.

[1] Como señala Carlos Aranibar: "(...) Mundo de dominadores, mundo de dominados, decíamos. O, como la fraseó la teoría jurídica española, república de españoles y república de indios. Dos comunidades paralelas, ambas bajo el cetro de Castilla, en lo posible aisladas físicamente, cada una con su propio juego de normas y regulaciones sociales. Pero jerarquizadas por un vínculo paternalista, que requería de la comunidad de españoles el tutelaje cristiano y civilizador sobre la comunidad de los indios, "como niños tiernos que no tienen prudencia para regirse"
ARANIBAR, C.: El principio de la dominación (1531-1580), En: LUMBRERAS, L: Nueva historia general del Perú, Mosca Azul, Lima, 1979.

[2] Indudablemente, con esta observación no queremos soslayar la importancia fundamental de la tierra y el territorio en la cuestión indígena, con seguridad el eje de sus reivindicaciones, pero que, sin embargo, no agota la problemática de éstas, sobre todo si se considera la amplitud de la identidad que incluye idioma, religión, vestimenta, culinaria, costumbres, formas de gobierno y, en general, todo lo que significa la cultura.

[3] La Constitución de 1828 instituyó las Juntas Departamentales, con la función de velar por los intereses de los departamentos. Entre sus fondos contaban, según el art. 76º, con los "bienes y rentas de comunidad de indígenas, en beneficio de ellos mismos".

[4] Cf. Decretos de Bolívar de Trujillo 8 de abril de 1824 y de 4 de julio de 1825, así como el estudio de Guillermo Figallo "Los decretos de Bolívar sobre los derechos de los indios", en Debate Agrario, nº 19. El espíritu central de estas medidas se resume en lo que explícitamente señala el decreto bolivariano del 8 de abril: "(...)las tierras que tienen posesión los denominados indios; antes bien se les declara propietarios de ellas, para que puedan venderlas o enajenarlas de cualquier modo (...) las tierras de comunidad se repartirán conforme a ordenanza entre todos los indios que no gocen de alguna otra suerte de tierra, quedando dueños de ellas, y vendiendo las sobrantes".

[5] OEA-COMITE INTERAMERICANO DE DESARROLLO AGRICOLA: Tenencia de tierra y desarrollo socioeconómico del sector agrícola en el Perú". Washington D.C., Ed. Unión Panamericana, 1961.

[6] Cf. TRIVELLI, Carolina: Reconocimiento legal de Comunidades Campesinas: una revisión estadística. En Debate Agrario nº 14.

[7] VIII Conferencia Panamericana reunida en Lima en 1938.

[8] Cf. La variedad de estudios de antropología y sociología rural realizados respecto a los procesos de modernización de las comunidades y las decisiones de privatización de tierras tomadas se encuentran estudiadas en la literatura antropológica peruana. Nos remitimos a este respecto a los clásicos estudios, particularmente sobre el Valle de Chancay. FUENZALIDA, Fernando y otros: El desafío de Huayopampa, comuneros y empresarios, IEP, 1982.

Fuente: Teleley: Primer Portal Legal del Perú
<http://www.teleley.com/articulos/indigenas.htm>
