

MESA NACIONAL DE PLURALISMO JURÍDICO

**PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE
PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES**

DEFENSORÍA DEL PUEBLO
COMISIÓN EPISCOPAL DE ACCIÓN SOCIAL (CEAS)
COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ)
CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA Y
APLICACIÓN PRÁCTICA (CAAAP)
SERVICIOS EDUCATIVOS RURALES (SER)
CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y PROMOCIÓN AMAZÓNICA (CIPA)

INTELECTUALES

ABRIL DE 2002

REFORMA CONSTITUCIONAL Y PUEBLOS INDÍGENAS

Las reformas constitucionales en Latinoamérica se enmarcan en la modernización de los Estados y en el logro de la mayor vigencia de los derechos humanos. Es necesario consecuentemente, lograr una mayor eficiencia en el manejo y administración del Estado y, una democracia que represente los intereses de todos los ciudadanos.

Cuando la Constitución reconoce el carácter pluricultural y pluriétnico de la Nación sustentado en sus pueblos originarios, establece una relación directa con la historia contemporánea del país. Esa declaración debe repercutir en todo el sistema jurídico. De manera que, esos caracteres generales resulten orientándonos al logro de una democracia que no sea meramente formal. En el caso del Perú, esas condiciones de nuestra Nación atienden, principalmente a la existencia de Pueblos Indígenas con derechos propios. Pueblos Indígenas excluidos de las constituciones peruanas hasta la fecha.

I. El Perú un país Multiétnico, Pluricultural y Multilingüe

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. Nosotros advertimos el visible quiebre entre el país formal y el país real.

La diversidad cultural se presenta como un reto político y una oportunidad para la democracia. Los actuales estados americanos, sea por su complejidad histórica o por los desplazamientos o migraciones poblacionales, son de hecho multiculturales y multilingües y con una -mayor o menor- presencia de Pueblos Indígenas. Esa situación compleja, en el caso peruano, es el rasgo implícito de toda nuestra sociedad, desafortunadamente, sin una adecuada correspondencia en la norma constitucional.

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. Tal perspectiva no implica olvidar el examen crítico de aquellos aspectos que llevaron a asumir como “condiciones naturales” las acciones y los discursos etnocentristas y de superioridad de determinados grupos sociales. Pero ese análisis es insuficiente. 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. Por lo tanto, la inter-culturalidad con presencia indígena, nos plantea la necesidad de un nuevo tipo de democracia, de ciudadanía y de Estado.

Los preceptos democráticos que implican el reconocimiento y aceptación de nuestra diversidad étnica, social, cultural y lingüística deben reflejarse en cambios constitucionales que lleguen a la vida de las personas y sus instituciones, con derechos que se desprenden de tales preceptos, no con meras declaraciones. En consecuencia, se

debe aceptar la existencia de variadas formas de vida cultural y sistemas de comprensión de mundos distintos, lo que rompe la identificación entre la Nación y una cultura única. 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. No es posible, si de garantizar la democracia se trata, que la estructura jurídica se comporte como si tales diferencias no existieran. Una Constitución peruana tiene sentido no por ser la última copia de una versión Europa o América, sino por que recoge la matriz de su condición histórica.

En la situación actual, la Constitución Política de 1993 refleja algunos avances formales en el reconocimiento de esta pluralidad, pero en otros aspectos mantiene un sistema de centralización y exclusión que impide la posibilidad de la participación en asuntos locales, regionales o nacionales a los pueblos indígenas. No debe mantenerse una Constitución a espaldas de su realidad contemporánea indígena y persistir en arrinconarla a sus aspectos arqueológicos, turísticos o folclóricos.

Al iniciar el siglo XXI, en el Perú se percibe todavía a la población nativa como un obstáculo, una carga contra la modernización. Este pensamiento se acentúa en los liberales a ultranza para quienes toda realidad social peruana que provenga de su historia, “traba” el desarrollo del libre mercado. De manera que, todos sus derechos deben ser borrados si suponen algún límite a la “inversión”, su propiedad negada si ella implica los recursos naturales históricamente utilizados, sus conocimientos expropiados si tienen valor comercial... La propiedad no les alcanza, los recursos naturales bien utilizados no les pertenecen, los conocimientos no tienen patentes... En consecuencia, los indígenas son el sector social más estigmatizado en sus derechos y más empobrecido. Contra todas las evidencias de su dinamismo económico, de su capacidad de adaptación y cambio en bien -precisamente- del mercado.

En la actualidad, los pueblos indígenas no existen para la Constitución, son apenas -en la sierra y costa- “comunidades campesinas” y “comunidades nativas” en la Amazonía. El pueblo Piro, Nahua, Aymara, Huanca... no existen para la Constitución peruana. La fragmentación de sus derechos ha consistido en dividirlos en más o menos seis mil personas jurídicas, cinco mil quinientos títulos, seis mil registros notariales, seis mil libros de actas, sellos, papeles, trámites al infinito. Pero todo ello además, no significa siquiera la real protección de sus derechos pues son -siempre- letra muerta cuando otros intereses los ambicionan.

Pues bien, un Estado “multiétnico”, “pluricultural” y que admita el derecho de los pueblos indígenas, tiene que considerar en la distribución de poder esos elementos. Es decir, superar en la esfera política las contradicciones que existen en la vida sociocultural del país, con mecanismos que absorban la variedad de intereses entre grupos socioculturales logrando su representación -directa- en la toma de decisiones. Esa es, en nuestra opinión, la tarea de una nueva Constitución que no repita los defectos de la tradición constitucional. Que la estructura del Estado peruano tenga correspondencia con los elementos que componen la Nación -étnico, culturales y de pueblos indígenas- es la tarea constitucional más postergada desde nuestra Independencia.

El Convenio 169 de la OIT desarrolla ampliamente el término de “pueblos indígenas”. 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 sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. El 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 peruanos. De manera que, de la palabra “pueblo” no se desprende autodeterminación en el sentido de secesión política, sino de pertenencia voluntaria a la Nación peruana.

II. Elementos de la Propuesta

• Pueblos Peruanos

Que los pueblos sea cual fuera la denominación que los nombre “indígenas”, “originarios”, “oriundos” o cualquier otro vocablo que se emplee, tienen el derecho a existir como Pueblos en el sentido jurídico pleno que este derecho les reconoce en el derecho interno e internacional.

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 reconocimiento que son Pueblos, es fundamental. Constituye el punto de partida para que se admitan sus derechos colectivos. Debe entenderse también que el reconocimiento como Pueblos significa la legitimación de los derechos especiales en cuanto al acceso y protección de las tierras y territorios y recursos naturales, que no pueden ser sometidos al régimen de propiedad privada individual. Igualmente, el reconocimiento jurídico significa que deben tener derecho a la participar directamente en la vida política.

• Ciudadanía

La ciudadanía está directamente vinculada al carácter de la democracia. Frecuentemente, se piensa que la ciudadanía se manifiesta exclusivamente a través del ejercicio de los derechos individuales, de la ciudadanía legal. Evidentemente estos son elementos fundamentales, pero hoy en día, tenemos que ampliar el sentido de la ciudadanía e incorporar la reflexión sobre la ciudadanía cultural, una ciudadanía que reconoce las diferentes tradiciones culturales indígenas presentes en una determinada sociedad y que es capaz de valorarla y de hacer que esas tradiciones tengan espacios de manifestación y representación en el gobierno del país.

Los pueblos indígenas son siempre "los representados", no existen mecanismos directos que les asegure su participación en el ámbito local, regional o nacional que de alguna manera les permita ser parte activa del sistema nacional y también dirigir su

etnodesarrollo.

La lucha económica, política y social que ejercen explícitamente los pueblos indígenas para sobrevivir a un sistema excluyente, va creando nuevas formas y modos de ejercer la democracia y los derechos de ciudadanía. Estas tendencias se enfrentan a los modelos tradicionales del derecho constitucional orientados a repetir fórmulas externas o declarar a los pueblos indígenas sin derechos o, contraponerlos a la economía moderna que - respetando los derechos pre-existentes- es capaz de establece mecanismos de acuerdo y asociación provechosa.

La configuración de la ciudadanía indígena, requiere una descentralización del poder político lo que no excluye la descentralización de la soberanía jurídica del Estado, una de las principales demandas indígenas es la implementación del pluralismo jurídico, que exige el reconocimiento de sus sistemas de autoridad, de normas y procedimientos consuetudinarios.

- **Autonomía**

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, política...

Los niveles en que se debe ejercerse la autonomía corresponde a los pueblos indígenas plantearlo. Optarán por su autonomía comunal, municipal o la regional todo ello dependiendo de sus necesidades y posibilidades. 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 seguro su ejercicio. Esta situación va en correspondencia con la ampliación de los derechos de los pueblos indígenas dentro de la institucionalidad de los Estados: 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.

- **Participación Política**

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. En el caso de la representación legislativa, consideramos que los Pueblos Indígenas deben estar representados (como ocurre en otros países de norte centro y sur América) mediante un sistema de votación y elección directa. La estructura electoral para este propósito, debe tener como base los siguientes elementos: presencia de pueblos indígenas, comunidades campesinas o nativas y variaciones idiomáticas.

Uno de los problemas que enfrente la Ley Electoral es el de la determinación de los distritos electorales en los que pueda hacerse una votación por representantes indígenas. Los candidatos indígenas, pueden ser parte de lista en los Partidos políticos o listas independientes. Pensamos que las listas independientes debieran primar no obstante, la

representación indígena por partidos también puede resultar provechosa para la democracia interna al partido.

Ahora bien, la gran ventaja de una representación directa es que resuelve la parálisis o inacceso que viven actualmente los Pueblos Indígenas y las Comunidades. Con el mecanismo actual no existe representación indirecta. Se limita al interés personal de algún congresista. Lo cual, resulta insuficiente como un canal adecuado de concreción de esos intereses en el debate parlamentario. Paralelamente, esta elección implicará una acción positiva a favor de la integración real del Perú pues, la teoría de la Nación pluriétnica y pluricultural empieza a tener expresión concreta en derechos ejercidos por los ciudadanos, en este caso, aquellos que tienen la condición de comuneros, indígenas, nativos.

En nuestra opinión, la representación política es 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.

- **Territorio y Recursos Naturales**

La legislación en Perú no ha sido esquivada a usar el término “territorios”. No obstante es necesario reconocer lo que significa el término para los pueblos indígenas como derecho y reivindicación que debe ser incluida en la reforma constitucional. La tierra ha sido concebida como suelo, espacio superficial o como área de producción. No obstante *“El término territorio es un área cuyos ocupantes comparten ciertos derechos sobre recursos del suelo y subsuelo, en la que rigen normas, una organización y gobiernos comunes. Se ejerce gobierno con ciertas competencias y márgenes de autonomía”*.

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. Ahora bien, el hecho de la peruanidad de los Pueblos Indígenas elimina cualquier referencia a las ideas de secesión política, generalmente esgrimidas para bloquear los derechos indígenas.

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.

En cuanto al medio ambiente debe tomarse en cuenta a los pueblos indígenas con derecho al control y vigilancia permanente de su medio ambiente y los espacios circundantes.

- **Administración de Justicia**

La administración de justicia ha sido reconocida en la Constitución Política del Perú, así como en el ámbito de las leyes a favor de las comunidades campesinas y nativas; sin embargo, esta debe ser una oportunidad adecuada para incluirla como parte verdaderamente constitutiva y autónoma de los cuerpos de la administración de justicia de los pueblos indígenas.

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 lo 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.

Las colectividades sociales beneficiadas son los pueblos indígenas y comunidades campesinas a través de sus autoridades. Debe entenderse que las autoridades que administran justicia no necesariamente son las de la junta directiva, el jefe o apu, pero siempre vinculadas a su estructura social cultural.

- **Acción de Amparo**

La protección especial y con referencia directa a los derechos de los Pueblos Indígenas la consideramos una necesidad imperiosa. En toda la historia judicial peruana, el derecho indígena ha pasado por una sobrecarga de formalidades y barreras creadas -de buena y de mala fe- para trabar su ejecución. Las comunidades -han vivido y viven- enterradas en un sinnúmero de procesos judiciales antiquísimos. Muchos de ellos no se resuelven -precisamente- cuando es el Estado el demandado. Esa situación se expresa, dramáticamente, en el hecho de que aún hoy existen comunidades andinas cuya “inscripción” no se ha realizado (pese a tener el derecho desde 1920) y en los cientos de comunidades que no son “tituladas” por desidia estatal.

Es indispensable contar con un mecanismo o procedimiento que facilite la concreción de los derechos establecidos en esta nueva Constitución a favor de los Pueblos Indígenas.

- **Instancia estatal**

Tenemos una estructura estatal que se compartimenta en distintos órganos para ordenar su acción de gobierno. Esta estructuración del Estado, adecuada a un nivel nacional, resulta una verdadera traba cuando se trata de los asuntos indígenas. Una superposición de organismos e instancias dificulta a los indígenas llegar a resolver sus necesidades y

problemas. Son frecuentes las “competencias” divididas respecto a titulación, inscripción, recursos forestales, trámites e inscripciones etc. etc. de manera que se requiere de un mecanismo de centralización que cuente con participación indígena directa. Proponemos que sea en partes iguales a fin de definir y operar la política nacional consensuada con los Pueblos Indígenas.

III. Propuestas de Reforma Constitucional en materia de Pueblos Indígenas y Comunidades.

Creemos que estos derechos deben ser considerados en el Título “De la Persona y la Sociedad” por cuanto se trata derechos colectivos y no individuales.

Consideramos que entre los elementos imprescindibles de la Reforma Constitucional, resaltan los siguientes:

1. El reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel y con status jurídico constitucional.
2. Mejorar la situación actual de las comunidades campesinas y nativas dotándolas de un marco jurídico adecuado.
3. Poder contar con territorios, recursos naturales, control de su medio ambiente y en general, condiciones a favor de su calidad de vida.
4. Admitir la plena democracia vinculada a la extensión de los derechos políticos y representación parlamentaria directa.
5. Tener la protección especial de los recursos naturales bajo su uso histórico.
6. Salvaguarda de su patrimonio tangible e intangible.
7. A contar con una acción de protección constitucional en casos de violación de sus derechos.
8. A que el Estado cuente con una instancia que centralice la política y acción que los afecte y a participar en ella.

CAPÍTULO: “DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS PERUANOS Y SUS COMUNIDADES”

Artículo. El Estado reconoce la existencia de los Pueblos Indígenas Peruanos y sus Comunidades como personas jurídicas de derecho público. Son aquellos que descienden de los pueblos ancestrales anteriores al Estado peruano, conservan todo o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales, territoriales y políticas y se autorreconocen como tales.

Artículo. Los Pueblos Indígenas Peruanos tienen derecho a la plena autonomía interna en armonía con los principios universales de derechos humanos. En virtud de este derecho pueden conservar, reforzar o cambiar las prioridades de su desarrollo económico, social y cultural, a mantener su propio sistema jurídico y a participar plenamente en la vida política del país.

Artículo. El Estado reconoce, respeta y garantiza los siguientes derechos colectivos:

- Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad étnica y cultural.
- Conservar y recuperar la propiedad y la posesión de los territorios que tradicionalmente habitan, los cuales son indivisibles, permanentes, inalienables, inembargables e imprescriptibles. A la propiedad de los recursos naturales que históricamente han utilizado.
- Utilizar, conservar, disponer, usufructuar y explotar los recursos que se hallen en sus territorios. Los Pueblos Indígenas deberán participar en los beneficios que reporten las actividades mineras, petroleras e hidrocarburíferas cuando los recursos se encuentren en su territorio y a una justa compensación cuando realicen actividades de prospección y exploración o deban tender oleoductos, gaseoductos o cualquier actividad que desequilibre el medio ambiente natural. En todos los casos las servidumbres legales están obligadas al pago de una justa compensación.
- No ser trasladados o reubicados de sus tierras y territorios sin su libre consentimiento.
- El derecho de iniciativa legislativa.
- El derecho de consulta antes de la adopción de toda acción o medida legislativa o administrativa que les afecte en sus derechos.
- El derecho de participación en la toma de decisiones.
- A que sus idiomas sean reconocidos oficialmente.
- A la educación indígena, a la educación bilingüe e intercultural y a la conducción escolar con sus propios profesores. Se garantizará que estos sistemas educativos sean iguales en calidad, eficiencia y accesibilidad a lo previsto para la población en general.
- Al la propiedad de su patrimonio tangible e intangible. A la protección legal de sus conocimientos, innovaciones y practicas colectivas asociadas a la diversidad ecológica, así como a sus tradiciones orales, literarias, diseños, artesanía, artes gráficas y toda obra susceptible de derechos de propiedad intelectual
- Al reconocimiento, propiedad intelectual en general de sus conocimientos, prácticas de medicina tradicional, farmacología y promoción de la salud.
- Usar, mantener y administrar sus propios servicios de salud, así como a tener acceso sin discriminación alguna, a todas las instituciones y servicios de salud y atención médica, accesibles a la población en general.

- Los técnicos, profesionales y personal que se emplee en servicios públicos de salud, educación, agricultura, forestales, policiales, etc., y demás actividades estatales que conciernan a los Pueblos Indígenas, serán indígenas del lugar, a propuesta de la población indígena.
- A conservar, restaurar y administrar su medio ambiente territorial y participar en la conservación y control del medio ambiente circundante con el apoyo y bajo responsabilidad de los funcionarios estatales.
- A participar directamente en la vida política del país de acuerdo a sus valores culturales. Tienen derecho a contar con representación parlamentaria elegida directamente por ellos. Asimismo, tienen derecho a contar con representación en los gobiernos regionales y locales.
- Al reconocimiento del derecho indígena como parte integrante del sistema jurídico de la Nación y del marco de desenvolvimiento normativo del Estado.
- A decidir sus prioridades y controlar el proceso de su desarrollo sustentable, contando con el apoyo estatal para su financiamiento.
- Se debe reconocer la Jurisdicción Indígena/comunal y su ejercicio autónomo, cuyas sentencias serán en instancia única, salvo que se pruebe en apelación, una violación de derechos humanos, que también será conocido por el Tribunal Constitucional.
- A contar con una Acción de Amparo que proceda contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas. En este caso debe ser el Tribunal Constitucional el que los proteja.
- A participar de la instancia estatal o Comisión Nacional que se establezca para los pueblos indígenas.