



<http://www.uasb.edu.ec/padh> — [padh@uasb.edu.ec](mailto:padh@uasb.edu.ec)



## Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena

# La Reforma Constitucional peruana: de la comunidad al pueblo indígena

Francisco Ballón Aguirre\*

La propuesta de reforma constitucional que la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos, ha presentado al Congreso de Perú el 13 de marzo de 2002, quiebra la tradición comunera y agrarista para acoderar en un nuevo sujeto de derechos: el Pueblo Indígena. Simultáneamente, visibiliza otro grupo hasta ahora sin derechos colectivos: los afroperuanos.

### Contenido

#### Comunidad indígena y propiedad

#### ¿Quién es el titular de los derechos establecidos en la Constitución?

#### Un nuevo sujeto de derechos: el Pueblo Indígena

#### Cambio en la participación política

#### Cuadro comparativo entre la Constitución de 1993, la propuesta y las alternativas

### Comunidad indígena y propiedad

Toda reforma constitucional se enfrenta, de inmediato, a sus límites. Debe mirarse en el espejo del pasado y recordar los cambios que la han precedido, solamente entonces, puede definir su perfil futuro. En el campo de los derechos indígenas, la tradición constitucional peruana de 1821 a la fecha, se sumerge en una monótona disputa entre el derecho civil y los derechos colectivos. Tal era la tensión que precedía el sentido de los cambios: el propietario individual con su propiedad clásica o la comunidad con tierras inalienables, imprescriptibles e inembargables. Dos mundos socio-jurídicos entendiendo los derechos de modo opuesto y resolviendo sus discrepancias en el texto normativo con mayor contenido político: la Constitución.

De manera que, una visión global de los cambios operados en las últimas constituciones peruanas, encuentran a la Comunidad (denominada de campesinos o nativos por influencia de un gobierno militar) como un objeto de extensión o reducción de -principalmente- su propiedad: qué tan inalienable, qué tan imprescriptible y qué tan inembargable puede ser. Para los liberales el asunto es simple: las comunidades deben dividirse en propiedades individuales, el "Perú un país de propietarios (¿individuales?)", es su divisa. Los que defienden la comunidad en el entendido del derecho colectivo, piensan que esos atributos llamados de las tres "fes", deberían protegerlos de toda ambición de despojo. En la reforma de la Carta que el Perú ha iniciado, el debate podría haberse circunscrito a aquellas viejas fronteras del pensamiento constitucional peruano..

Pero antes de entrar a la discusión actual, podemos recordar que aquellos atributos de la propiedad comunal jugaron un papel clave para asegurar, al menos, un mínimo de derechos indígenas. Esa deuda el Perú la tiene con los movimientos indígenas e

indigenista gracias a la orientación que ejercieron sobre las constituciones de 1920 y 1933.

Desde aquella época, asistimos al paulatino y creciente recorte de derechos comunales, algunos con una desfachatez inaudita: mediante leyes contrarias al espíritu y texto constitucional interpretaron -por ejemplo- que las tierras cuando ellas son de uso forestal no son de propiedad de las comunidades, pese a que la Constitución no señala tal distinción. Los intereses forestales se apoderaron de una declaración correcta de que "los bosques son de la Nación" para imponer que las tierras comunales, de uso forestal, son objeto de en un insólito contrato de "cesión en uso". Con tamaño criterio, los atributos señalados para la propiedad privada deberían, entonces, hacer desaparecer toda propiedad comunal o dado que los "recursos naturales son de la Nación", nadie entendería porqué las tierras agropecuarias -que son un recurso tan natural como cualquier otro- sí se entregan en propiedad.

Esa apariencia de régimen tuitivo sobre los recursos naturales, escondió el negociado de maderas más salvaje que el Perú recuerde. Para lograrlo, añadieron al vocabulario que los protegía, un ejército de funcionarios levados de entre los encargados de la administración pública de dichos recursos. Otro gobierno militar oficializó este despojo y concretó esa práctica en el Perú. Desde entonces, el costo de la legalidad o ilegalidad de la tala no afecta las utilidades del negocio. Así, los pueblos de los bosques resultan dueños de ¡las tierras agropecuarias! Una suerte de propiedad para pastores y agricultores. Burla que aún hoy los funcionarios de todos los rangos del organismo de agricultura "encargado", se empeñan en sostener sin sonrojarse (a veces).

Entonces, una Constitución es una garantía a medias cuando no cuenta con una voluntad político-jurídica que la ponga en práctica. La mayor cuestión económica en juego corresponde al destino de los recursos naturales,

mineros, petroleros e hidrocarbúricos. Todos los empresarios desearían que esos elementos se encontraran en los desiertos, es decir, en lugares inhabitados por los seres humanos. Pero resulta que, precisamente sobre y bajo los territorios comunales se encuentra la mayor riqueza. Lo paradójico es que su explotación no les otorga beneficio directo alguno a quienes han vivido allí por siglos. En buena cuenta, ese esquema contrapone a las comunidades, con todas sus necesidades a cuestas, con los empresarios. Evita la concertación amistosa o la hace difícilísima. Sobrepolitiza y burocratiza al extremo cualquier acuerdo. El resultado es la reafirmación de la pobreza local y la corrupción de los funcionarios.

### ¿Quién es el titular de los derechos establecidos en la Constitución?

Pero sin duda, el aspecto fundamental a tratar es el referido al titular del derecho. ¿Quién es el titular – sujeto- de los derechos establecidos en la Constitución? Si nos conducíamos en función de los cánones precedentes, deberíamos suprimir, extender, ampliar o afirmar los derechos de “las comunidades campesinas y nativas”. Esa sería la discusión en correspondencia con una tradición que nos viene de la Colonia. El derecho español creado en el virreinato para los indígenas copiaba moldes castellanos y peninsulares formales. Pero sobre todo, se organizaba en una suma de expropiaciones que bajo el nombre de derechos se afincó en el Perú: la mita, un mecanismo de trabajo gratuito en las minas que obligaba a los indígenas y sus familias a trasladarse a ellas para nunca regresar, las servidumbres diversas de yanaconas, colonos y pongos a favor de los hacendados que perduraron hasta tres cuartos del siglo XX, los tributos indígenas cobrados con la sangre y lágrimas del contribuyente como lo diría el único presidente peruano que llamó las cosas por su nombre...

Los pueblos indígenas, de la más variada condición, unos derrotados directamente por los españoles, otros aliados de Canterac hasta el último minuto, cacicazgos de antigua estirpe, pueblos apenas conocidos por referencias de misioneros, pueblos totalmente desconocidos – hoy en día llamados “no contactados” – todos, absolutamente todos, siguieron la misma suerte jurídica, pasaron a ser “comunidades” según la historia constitucional. Así, el átomo comunidad se clonó hasta el delirio. Las personas jurídicas, las Asambleas Generales, las Directivas, los libros de actas, los sellos, los papeles, los notarios... se multiplicaron unas seis mil quinientas veces. Unos cinco mil “títulos” que la administración define, limita, recorta e interpreta.

No obstante, en el colmo de la desfachatez burocrática, aun existen comunidades en todas las regiones del Perú que aun no están “inscritas” en los padrones oficiales y no son personas jurídicas para los notarios. Ese panorama de ultra división, desapareció lo que fueron derechos de los pueblos, los sepultó en el éter jurídico. De manera que, hoy en día en el Perú, el (los) pueblo (s) Quechua no existe en las normas, tampoco el Aymara, el Nahua, los Piro son apenas unos nombres sin referencia constitucional alguna.

### Un nuevo sujeto de derechos: el Pueblo Indígena

La propuesta de reforma constitucional que la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos, ha presentado al Congreso el día 13 de Marzo (Diario El Peruano, 14 de Marzo), quiebra esa tradición comunera y agrarista para acoderar en un nuevo sujeto de derechos: el Pueblo Indígena. Simultáneamente, visibiliza otro grupo hasta ahora sin derechos colectivos: los afroperuanos. No obstante, actúa como bisagra con el pasado y, evitando un efecto no deseado, amplía y consolida los derechos comunales evitando una discusión terminológica inútil, entre palabras como indígena, nativo, autóctono, originario, ancestral pues las considera sinónimas. Se dispone el derecho de todo pueblo al nombre propio.

Entonces, dos nuevos sujetos de derechos en la constitución peruana no es poca cosa. Pero, ¿cuáles son los derechos sugeridos?. Pues bien, la propuesta contiene un Principio General referido a la Nación: “La Nación peruana es pluricultural, pluriétnica y multilingüe, constituida sobre la base de la diversidad de los pueblos que la conforman”. Notará el lector que al carácter étnico y cultural se le ha añadido “constituida sobre la base de la diversidad de los pueblos que la conforman”, pues las culturas contemporáneas en el Perú, que son varias, no son únicamente indígenas. Como tampoco son indígenas todos los grupos étnicos que habitan este territorio. De manera que, la alusión directa a la composición nacional por sus pueblos indígenas es la clave de la nueva definición.

Se ha esbozado un Capítulo propio que se llamará “De los derechos de los pueblos andinos, amazónicos y poblaciones afroperuanas”. En su primer artículo el Estado peruano **reconoce la existencia** de los **pueblos indígenas peruanos**, poblaciones afroperuanas y comunidades campesinas y nativas. Puesto que se trata de pueblos indígenas peruanos, es decir, con una condición contemporánea precisa al interior del Estado, resulta irrelevante –a una Constitución del Perú– redundar en que la autodeterminación está limitada por esa pertenencia. De manera que –por ejemplo– el Derecho Aymara a la Autodeterminación entendida como secesión únicamente es posible en la propia Constitución Aymara. Es evidente que se mantiene la distinción implícita entre derecho de los pueblos y derecho (constitucional) del Estado. El “Estado peruano reconoce la existencia de los pueblos, comunidades indígenas y poblaciones afroperuanas” y les “garantiza el pleno ejercicio de (sus) derechos colectivos”. Esta tradición constitución ha pasado de implícita a una fórmula directa.

Los pueblos originarios, son definidos como aquellos “que **tienen derechos anteriores a la formación del Estado**, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales”. Las comunidades indígenas son aquellas que “constituyen formas de organización social que adoptan los pueblos indígenas. Son organizaciones de interés público, con existencia legal, personería jurídica, autonomía de gobierno y administración de sus territorios”. Finalmente, “las poblaciones afroperuanas están constituidas por varias comunidades afroperuanas que

comparten una cultura de raíces africanas insertada históricamente en el Perú”.

Destaca en esta perspectiva innovadora, la reafirmación de que los derechos indígenas anteceden al Estado, que las comunidades son parte de los pueblos y que las comunidades afroperuanas son objeto de derecho. En este último caso, las organizaciones como Francisco Congo, plantearon su reconocimiento como “Pueblo Afroperuano”, pero se consideró menos confuso emplear el término “poblaciones” pues comparten algunos de los derechos de los pueblos pero no todos. Esa raíz cultural es la que define los cambios a su favor y no una visión racial de su situación.

Entre lo más destacado se encuentra la idea de los derechos humanos indígenas y afroperuanos. Es decir, se admite un espacio creador interno de derechos humanos que son reconocidos por el Estado. Entonces, los pueblos crean y son generadores de pautas de derechos humanos, no simples espectadores de él.

Igualmente, tienen derecho al control de su patrimonio cultural y son idiomas oficiales el castellano, el quechua, el aimara y demás idiomas ancestrales. En consecuencia, se destierra, la absurda denominación de “dialectos”, “lenguas”, “habla” etc.

Del mismo modo, se ha propuesto que tengan la **propiedad de los territorios que ocupan y de los recursos naturales tradicionalmente utilizados en sus actividades**, en armonía con su preservación y adecuado uso. ¿Resultarán ahora los intereses forestales diciendo que los bosques no son tradicionalmente utilizados por los Nahua? Paralelamente, el territorio y las tierras de los pueblos indígenas son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

A su turno, “los recursos mineros e hidrocarburíferos en tierras y territorios indígenas podrán ser explotados previa consulta y acuerdo entre ellos, las empresas y el Estado. Se garantizará la participación en los beneficios, integridad económica y se protegerá la integridad cultural, moral y física de los pueblos afectados. Para estos casos, donde se encuentran los recursos explotados, recibirán en aplicación del principio de equidad una **participación del 50% del canon** que corresponda pagar. De manera que, la orientación de la propuesta es a favor de beneficios directos para las comunidades y pueblos indígenas no pretende evitar las inversiones privadas. El canon actualmente pasa por tantas manos “públicas” que nada llega, efectivamente, “al pobre sentado en un banco de oro” en palabras del sabio Raimondi.

Igualmente, se ha enfatizado el derecho al desarrollo económico sostenible compatible con sus prácticas tradicionales. Y a la educación indígena bilingüe. El sistema educativo nacional se declara intercultural, se abre a un 10 % de vacantes indígenas y a un programa de becas.

En cuanto al derecho a la propiedad colectiva de conocimientos, el Estado los reconoce y garantiza, establecer derechos de propiedad intelectual sobre ellos, su cultura e idioma, conocimientos de medicina y

salud, valores genéticos, recursos biológicos y patentes, control de los beneficios de la comercialización, industrialización y puesta en el mercado. Parece increíble que el nombre Asháninka, por ejemplo, tenga una patente privada que comercializa productos como la uña de gato.

Respecto a la autonomía interna, se considera el derecho a la definición y ejercicio de sus propias instituciones de gobierno interno, a la jurisdicción y a la participación política en los organismos del Estado y a la consulta previa en cualquier acto legal o administrativo que los afecte, en concordancia con la legislación nacional. De otra parte, “las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, con el apoyo de sus propias instituciones, ejercen las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario y en armonía con los derechos fundamentales de la persona”.

### **Cambio en la participación política**

Pues bien, es en la participación política donde el cambio resulta más significativo. **Un diez por ciento de congresistas serán elegidos por circunscripción nacional especial elegidos por miembros de los pueblos indígenas y poblaciones afroperuanas. En las cifras actuales serían 12 sus representantes**, actualmente no cuentan –directamente- con ninguno.

También se han propuesto municipalidades indígenas, el derecho de iniciativa legislativa y una acción de amparo especial.

En cuanto al caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, se indica que ellos son representados por las organizaciones indígenas locales o nacionales respectivas y que, toda persona puede solicitar la intervención de la Defensoría del Pueblo a favor de ellos. Finalmente, se prevé un marco institucional administrativo y presupuestal adecuado para cumplir con sus obligaciones estatales mediante la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos y Amazónicos.

Como se aprecia del siguiente cuadro comparativo, la propuesta plantea una democracia interna que mira, a través de consecuencias jurídicas concretas, el rostro moderno del Perú ancestral. Si ella cristaliza o no, dependerá de la capacidad del Congreso para lograr la modernización constitucional o repetir los errores del pasado. Empero, sea cual fuere el destino de la propuesta, los indígenas que la impulsaron, los representantes afroperuanos y, la señora Eliane Karp de Toledo Presidenta de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos, que dirigió y llevó estos planteamientos desde la Casa de Pizarro al Congreso de la República. –nunca antes el apellido Pizarro nos sonó tan discordante- han ganado para los pueblos indígenas y las poblaciones afroperuanas un nuevo lugar en la historia constitucional del Perú.

Lima, marzo de 2002

\* **Francisco Ballón Aguirre**. Investigador y fundador del Centro de Investigación y Promoción Amazónica -CIPA-, trabaja en pro de los derechos de los pueblos indígenas desde 1974.

**CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA CONSTITUCION DE 1993  
LA PROPUESTA Y LAS ALTERNATIVAS**

<b>TEMAS Y DERECHOS</b>	<b>CONSTITUCION 1993</b>	<b>PROPUESTA</b>	<b>ALTERNATIVA</b>
Nación	Pluralidad étnica y Cultural	Pluricultural, Pluriétnica, Multilingüe con diversos pueblos * Comunidades * Pueblos Indígenas * Poblaciones afro-peruanas	Plurinacional  Individuos Nacionalidades Pueblo afro-peruano
Sujetos reconocidos	Comunidades	Territorios y tierras inalienables, imprescriptibles, inembargables	
Propiedad	Tierras imprescriptibles salvo por abandono	Propiedad de los tradicionalmente utilizados	Régimen civil
Recursos Naturales	El Estado es soberano en su aprovechamiento	Autonomía para su control	Sin propiedad
Minería e Hidrocarburos	Sin beneficio directo	Participación directa en el 50% del canon Compatible con sus prácticas, valores e instituciones	Sin participación
Derecho al desarrollo		Sistema educativo intercultural, 10% de las vacantes en institutos, universidades y centros militares. Programa de becas	No considerarlo
Educación			No considerarlo
Idiomas	Oficiales en zonas el quechua, aymara y lenguas aborígenes	Todos oficiales, idiomas ancestrales. Derechos de Propiedad intelectual y patentes medicina, genética, recursos biológicos.	"dialectos", "lenguas"
Conocimientos Tradicionales		Comercialización e industrialización A su gobierno interno, recursos naturales, jurisdicción, tierras y territorios	No considerarlo
Autonomía	En su organización, trabajo, comunal uso y disposición de tierras		No considerarlo
Administración de Justicia	Autoridades comunales con apoyo de rondas	Autoridades de Pueblos, Comunidades con el apoyo de sus propias instituciones 10% del Congreso elegido directamente por ellos	No considerarlo
Participación Política		Municipalidades indígenas	No considerarla
Municipalidades			No considerarlas
Iniciativa Legislativa		Derecho de Iniciativa	No considerarla
Acción de Amparo		Acción de Amparo Especial	No considerarla
Pueblos en aislamiento		Mecanismos de	No considerarlos

voluntario

Organismo Estatal

Indefinido

cautela y Defensoría  
del Pueblo

Mecanismo y  
presupuesto

Participación  
indígena en  
igualdad