

## EL CARÁCTER PLURICULTURAL DEL ESTADO Y LA NACIÓN Y LA JUSTICIA INDÍGENA/CAMPESINA

Raquel Yrigoyen Fajardo<sup>1</sup> (raquelyf@hotmail.com)

### ***Introducción: recuperación democrática y derechos indígenas***

La reciente suscripción de la Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza<sup>2</sup> por los gobiernos de la Comunidad Andina de Naciones ha sido el primer acto de política exterior del nuevo gobierno, realizado como parte de la asunción del cargo presidencial en la famosa ciudadela. Este hecho marca un hito muy importante en el esfuerzo por democratizar el país -y la región- teniendo en cuenta el carácter pluricultural de nuestros países. En efecto, cualquier propuesta de democratización, descentralización, vigencia de derechos humanos y participación ciudadana debe tener en cuenta este carácter so pena de legislar, como se hizo en el inicio de la vida republicana, de espaldas a la composición multicultural de la población y los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, se trata de un primer acto para reconciliar la institucionalidad legal con la sociedad plural. No puede haber una verdadera construcción de la democracia en América Latina sin el obligado reconocimiento de la diversidad y los derechos de los pueblos indígenas.<sup>3</sup>

Este reconocimiento del **carácter pluricultural del Estado y la Nación** es particularmente importante en una coyuntura de recuperación democrática, así como de posible revisión de la Carta Constitucional de 1993. La Constitución es como la partida de nacimiento de los países pues es fundante de la forma del Estado y gobierno, los derechos individuales y colectivos, la relación Estado-ciudadanía, y el rumbo de las políticas públicas. A pesar de que el Perú es un país pluricultural, las constituciones se han hecho por lo general por élites capitalinas hispanohablantes, sin reflejar suficientemente la realidad multicultural, los derechos de los pueblos y comunidades indígenas/campesinas, las necesidades de descentralización y las demandas de participación de la población. Igualmente, los instrumentos internacionales de la región por lo general han ignorado el carácter multicultural de nuestros países y los derechos de los pueblos indígenas. Por ello es importante también que la iniciativa de la Carta Democrática que impulsa el Perú ante la Organización de los Estados Americanos incorpore el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas como un elemento constitutivo de la forma de la Democracia en la región.

### ***Las Bases para una nueva Constitución***

La Comisión de Estudio de Bases para la Reforma Constitucional<sup>4</sup>, conformada por un equipo de 28 abogados nombrados por el Gobierno de Transición, acaba de presentar una propuesta de reforma constitucional para el debate. Esta propuesta está fundamentalmente centrada en conjurar las amenazas de la dictadura y la violación de derechos fundamentales que sufriéramos durante la década pasada, por lo que aporta importantes elementos para el reforzamiento del sistema de garantías y las instituciones democráticas. Igualmente incluye una audaz propuesta en materia de descentralización, no sólo administrativa sino territorial, en el marco de una necesaria reforma del Estado. Sin embargo, todavía hay puntos que faltan trabajar más, como los que anoto a continuación, y que deberían ser parte de un amplio debate nacional.

### ***Plan Nacional de Consulta***

En primer lugar, dada la importancia que tiene una carta constitucional, debería proponerse un **Plan Nacional de Consulta**. Dicho Plan debería incorporar mecanismos específicos de consulta y participación de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas, como parte del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado con la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes (art. 6). Esto daría a la Constitución la legalidad y legitimidad de la que carece la Carta de 1993.

### ***El Carácter Pluricultural del Estado y la Nación***

Entre los temas sustantivos, uno fundamental es la incorporación del **carácter pluricultural del Estado y la Nación** en el propio Preámbulo de la Constitución, como parte de la definición constitutiva del mismo Estado. De otro modo, seguiremos reproduciendo el modelo de constituciones decimonónicas de corte individualista, sin consideración de la realidad multicultural de la población ni los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Cabe anotar que el reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y la Nación, felizmente, ya es una tendencia en el constitucionalismo latinoamericano, pues más de una quincena de países han incorporado en sus Cartas dicho reconocimiento para superar el déficit de legitimidad de su origen<sup>5</sup>.

Como corolario del reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y la Nación debe incorporarse de modo expreso el reconocimiento del **pluralismo lingüístico, cultural y legal**. Ello incluye, por ejemplo, el derecho a la educación bilingüe intercultural y la oficialización de los idiomas aborígenes en los lugares en los que se hablan. Así, no sólo se estaría dando cumplimiento al Convenio 169 sino que se estaría legitimando el Estado mismo. La propuesta de que los idiomas aborígenes diferentes al quechua y al aymara sólo constituyan parte del "patrimonio cultural" es realmente deficiente y viola el Convenio.

El mencionado Convenio 169-OIT plantea que los pueblos indígenas ya no deben ser considerados objetos de políticas de asimilación o integración, sino que debe garantizarse su **autonomía interna** (control autónomo sus instituciones) y su derecho de **participación** en los diferentes niveles de decisión nacional. Este modelo de relación entre el Estado y los pueblos/comunidades indígenas/campesinas debe quedar reflejado en el nuevo texto constitucional como una forma de realizar la democracia en un contexto pluricultural.

El reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y la Nación no sólo implica incorporar "un capítulo" de temas indígenas, sino repensar toda la institucionalidad en función de dicho carácter, para que la Constitución realmente refleje y represente los derechos de todos en un contexto de diversidad socio-cultural.

### ***El reconocimiento del pluralismo legal y la justicia indígena/campesina***

Un tema relevante es el reconocimiento del derecho indígena y la jurisdicción especial (justicia indígena y campesina). Tanto en el Convenio 169-OIT (art. 8,2, y 9,1) como en el texto de la Constitución de 1993 (art. 149) se hizo un avance con relación a dicho reconocimiento, que debe recogerse y desarrollarse en una posible reforma constitucional, como lo obliga el mencionado Convenio 169 de la OIT. Todos los países de la Comunidad Andina de Naciones, entre otros, ya han incorporado fórmulas de reconocimiento del pluralismo legal (Colombia 1991, Bolivia 1993, Ecuador 1998 y Venezuela 1999), con una desarrollada jurisprudencia protectora como en el caso de Colombia.

El reconocimiento del pluralismo legal -y del derecho indígena/campesino en particular- supone que, dentro del espacio territorial de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas (incluyendo las rondas campesinas autónomas y otras formas de organización propias de carácter comunal y supra-comunal), se debe respetar el derecho de dichos pueblos y comunidades de darse sus propias normas, administrar justicia y tener sus instituciones de gobierno. La fórmula constitucional de la carta de 1993, si bien constituye un avance importante en esta materia, fue incorporada de modo asistemático e introduce una innecesaria ambigüedad en el tratamiento de las rondas campesinas.

Actualmente, las rondas campesinas autónomas y las autoridades comunales administran justicia de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, con mayor legitimidad y eficacia que el órgano judicial; además responden a su marco cultural y necesidades sociales. Sin embargo, muchas autoridades comunales y ronderas vienen siendo perseguidas penalmente por usurpación de funciones y secuestro cuando, por ejemplo, detienen a abigeos y les obligan a rondar y trabajar. En estos casos, cuando el Estado busca apropiarse de dichos conflictos, no sólo no resuelve el problema de las víctimas

de los robos, no previene futuros robos o conflictos, sino que además penaliza a las autoridades comunales y ronderas que hacen justicia, generando la reiteración de los robos, el empobrecimiento de los campesinos y comuneros, y el incremento de la violencia y la reacción consecuente. Esta persecución judicial de autoridades indígenas/comunales debe terminar, y para ello el texto constitucional debe ser muy claro en el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a los pueblos indígenas y comunidades andinas y amazónicas, incluyendo expresamente las rondas campesinas autónomas.

El reconocimiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas/comunales debe ser sistemático, lo cual obliga a una compatibilización interna de todas las normas constitucionales, que no hizo la Carta de 1993. Ello implica, por ejemplo, no repetir mecánicamente el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional por el Poder Judicial, y obliga a re-escribir el sistema de garantías desde una perspectiva intercultural. En el diseño mismo del llamado Servicio de Justicia debe establecerse que la Justicia emana del pueblo y se ejerce a través de la Jurisdicción Ordinaria (la impartida por el Poder Judicial y los órganos del Estado), la Jurisdicción Especial (la impartida por las autoridades indígenas/comunales), y los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (arbitraje, mediación, negociación, conciliación), estableciéndose principios de coordinación y articulación entre estos sistemas. Es importante que quede claro que cuando las autoridades indígenas/comunales administran justicia y ejecutan sus decisiones propias no están usurpando funciones judiciales, pues ellas mismas las tienen. Dichas funciones incluyen las facultades coercitivas que correspondan a sus sistemas y a cualquier otra función jurisdiccional (funciones de investigación, restricción de derechos, imposición y ejecución de sanciones y medidas reparadoras, rehabilitadoras, entre otras). Por ende, el mero ejercicio de las funciones jurisdiccionales tampoco constituye violación de derechos humanos *per se*. En todo caso, la Constitución debe sentar principios para el establecimiento de mecanismos interculturales, democráticos y consensuados para resolver posibles conflictos entre las decisiones de la Jurisdicción Especial y los Derechos Humanos.

### ***Constitucionalización de Derechos de los Pueblos Indígenas***

Como parte de la adecuación normativa que obliga el Convenio 169 de la OIT deben constitucionalizarse derechos de los pueblos indígenas que están contenidos en dicho Convenio, como el derecho al territorio (arts. 13 y ss), la autonomía interna (2,b), la consulta (art. 6) y la participación en los planes y programas nacionales que los puedan afectar (art. 7). El mismo concepto de Pueblos Indígenas, que es más amplio que el de comunidades, debe ser incorporado en la Constitución, que ahora sólo reconoce personalidad jurídica a dos formas de organización comunal, dejando sin reconocimiento a otras figuras como las rondas campesinas, grupos étnicos extensos, pueblos no contactados, organizaciones supracomunales, entre otras. Debe constitucionalizarse también, como principio de interpretación de normas, el principio pro-pueblos indígenas que consagra el art. 35 del Convenio 169.

Igualmente deben ser constitucionalizados otros derechos relacionados a la administración de justicia. Entre ellos: a) el derecho de no ser perseguido por la práctica de la propia cultura, ya normado en el art. 15 del Código Penal. Ello, además, es una consecuencia del reconocimiento al derecho de la diversidad cultural (art. 2,19); b) el derecho a la propia jurisdicción especial (a fin de que los jueces ordinarios, en caso de que se les presente un caso que corresponde a la jurisdicción especial, reenvíen los casos a la misma o no acepten procesos presentados ante la jurisdicción ordinaria de modo malicioso). Y, en el supuesto de que compete a la jurisdicción ordinaria procesar a indígenas/comuneros, debe incluirse: c) el derecho de que se tome en cuenta la cultura y costumbres de los mismos en los procesos legales (art. 10,2), y d) el derecho de recibir penas alternativas a la prisión (art. 10,2 del Convenio 169). Aparte, deberán garantizarse mecanismos para la implementación del multilingüismo en la Justicia y una defensa legal adecuada.

### ***Descentralización con contenido multicultural***

En materia de descentralización también urge considerar el carácter multicultural del país, haciendo un expreso reconocimiento de funciones de gobierno local a los pueblos/comunidades indígenas/campesinas y no dejar que la descentralización se quede solo en el nivel de los distritos o provincias, que en algunos casos cortan o atraviesan comunidades campesinas y nativas. Algunos identifican descentralización con el fortalecimiento municipal y regional (departamental). Sin embargo, recordemos que actualmente las comunidades campesinas sólo tienen funciones municipales delegadas

y dependientes, y carecen de un verdadero derecho al autogobierno. Entonces, si el fortalecimiento local no se basa en la realidad socio-cultural de la población y respeta la autonomía territorial de los pueblos indígenas y comunidades andinas y amazónicas (incluyendo las comunidades organizadas bajo rondas campesinas autónomas), la llamada descentralización será simplemente otra forma de colonialismo interno. El gobierno local y regional debe basarse en el respeto real de las formas de autogobierno pueblos indígenas y comunidades andinas y amazónicas y, a su vez, contar con la participación de los mismos en los niveles supra-comunales de gobierno (provincial, regional). Como menciona la propia propuesta de la Comisión que aquí comento, la reorganización territorial no es sólo un asunto administrativo sino que implica la forma del Estado, al ser el territorio uno de sus componentes. Con mayor razón, dicha reorganización territorial debe fundarse en el reconocimiento de la diversidad socio-cultural y los derechos de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas, como parte del proceso de construcción de un Estado Pluricultural.

Espero que estas líneas contribuyan al necesario debate sobre la reforma constitucional.<sup>6</sup>

Toronto, 6 de agosto de 2001.

---

<sup>1</sup> Abogada y Diplomada en Estudios Antropológicos (PUC), Master y candidata a doctora en Derecho Penal (U. Barcelona), y Especialista en Derecho Consuetudinario Indígena (UNAM-USAC).

<sup>2</sup> Gobiernos de la Comunidad Andina de Naciones-CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela): *Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza*, Lima-Machu Picchu. 28-29 de julio de 2001. Texto completo en sitio web de la CAN: [http://www.comunidadandina.org./document/declar/machu\\_picchu.htm](http://www.comunidadandina.org./document/declar/machu_picchu.htm)

<sup>3</sup> Es igualmente de vital importancia que este el carácter pluricultural del Estado, la Nación y por ende, de la forma de la democracia en América Latina, también se incorpore en la Carta Democrática que viene impulsando la OEA a iniciativa del Perú.

<sup>4</sup> Comisión de estudio de Bases para la Reforma Constitucional del Perú: Informe Final. Lima: Ministerio de Justicia, 25 de julio de 2001. Texto completo en sitio web del Ministerio de Justicia: <http://www.minjus.gob.pe/comisiones/final.htm>

<sup>5</sup> Ver: Van Cott, Donna Lee (1999): *Constitutional Reform and ethnic rights in Latin America*. En: *Parliamentary Affairs: A Journal of Comparative Government*.

<sup>6</sup> *En otros trabajos desarrollo las propuestas que aquí enuncio con relación a lo que debería incorporar la Constitución en materia de pluralismo legal: Yrigoyen F. Raquel (2001): El reconocimiento constitucional del pluralismo legal en el Perú -Hacia una interpretación comprehensiva del Convenio 169 y la Constitución-. Ponencia presentada en el Curso de Verano del Instituto Internacional de Sociología Jurídica: Identidades Culturales y Derechos Humanos. Oñati, 13 de Julio 2001 (en Prensa), y en: Rondas campesinas y desafíos del pluralismo legal en el Perú. Toronto, junio 2001. Texto completo en sitio web ALERTANET- Portal de Derecho y Sociedad, Forum II <http://www.derechoysociedad.org/>. FORUM II*