
INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Francisco Ballón Aguirre



ÉSTA ES UNA “INTRODUCCIÓN” al derecho de los pueblos indígenas. Bajo esa palabra comprendo la preparación necesaria para llegar al fin propuesto, en este caso, definir lo que se entiende como el derecho de los pueblos indígenas y las complicaciones inmersas en esa tarea. No se ha escrito ningún libro sobre este tema en el Perú. Los derechos indígenas se presentan generalmente como un asunto implícito al enfoque adoptado, por ejemplo, referido a comunidades campesinas o nativas o a algún convenio internacional. La idea jurídica del derecho de los pueblos, pese a su antigüedad, sigue motivando acaloradas discusiones, en especial cuando se refiere a los pueblos indígenas y a la autodeterminación. Un plano en el que es corriente esta disposición es el de la multiculturalidad, la pluriétnicidad y los derechos raciales. ¿Son los derechos de los pueblos indígenas derechos culturales?, ¿son los pueblos las comunidades campesinas o nativas definidas por la legislación?, ¿un Estado que se declara pluricultural alude a la situación jurídica indígena?, ¿son derechos indígenas los derechos de las minorías étnoculturales?, ¿son los pueblos etnias o culturas al interior del Perú?, ¿los derechos indígenas corresponden a los de la igualdad racial?... Al no precisarse el

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

alcance jurídico de los conceptos en juego, el derecho de los “pueblos” queda absorbido por el alcance de las ideas sobre “cultura”, “etnia” o “raza”. Por esas razones, el lector encontrará en estas líneas reflexiones sociológicas para poder cumplir con la finalidad propuesta.

De esa manera, las premisas en las que se apoyan tales concepciones -para decidirse a optar por alguna respuesta- no son explicitadas como parte de un debate en curso. Surgen entonces contradicciones insalvables, tales como hablar de autonomía y autodeterminación para las culturas, las étnias o los grupos raciales, sostener que los grupos étnicos son pueblos indígenas o que lo son las comunidades campesinas o nativas, disponer derechos de administración judicial para una organización que se define como “ronda campesina”, etc. Los castillos culturalistas, etnicistas y estatalistas se desploman cuando deben enfrentar sus afirmaciones con las consecuencias prácticas que ellas producen. Ideas respecto a la cultura, a las etnias, a las razas, a las minorías, al derecho positivo, etc. se acomodan silenciosamente en los escritos tal como si de ellas se desprendieran nociones neutrales, “naturales” al conjunto del asunto que se expone. Nada más equivocado y contraproducente al desarrollo de las teorías jurídicas de lo indígena que una confusión en el contenido de los conceptos en juego.

En las siguientes líneas, el lector encontrará un primer orden referido a los temas y problemas involucrados en el derecho indígena y, precisamente, en el derecho de los pueblos indígenas. Éste es el primer paso de una investigación amplia, cuyo desarrollo no es posible exponer en la brevedad de estas líneas.

1. EL SUJETO Y EL DERECHO

La palabra que plantea el derecho fundamental de los pueblos ancestrales peruanos es el verbo *existir*. De esa matriz conceptual provienen o se agotan todas las capacidades y competencias jurídicas indígenas. En efecto, el axioma en que se apoya cualquier derecho para tener sentido es que exista un sujeto que lo reclame; si ese sujeto desaparece, “su” derecho simplemente se convierte en virtual o anacrónico. Tal es la cuestión central que va a ser debatida aquí:

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

la conculcación del derecho de los pueblos indígenas facilita la desaparición física del sujeto despojado y, entonces, el “derecho” que pudiera corresponderle deja de tener valor alguno, es apenas una cáscara, una grafía sin sentido. Sin un receptor que lo ejercite, el derecho de los pueblos queda vacío. Por eso, el derecho a existir -que el sujeto sea- es el fundamento y la condición para gozar de los otros derechos y su contrapartida no es la “discriminación” sino el genocidio: el pueblo que desaparece. Con frecuencia se habla del derecho de autodeterminación como el derecho fundamental de los pueblos -un derecho supremo-, cuando, como veremos en estas líneas, esa condición únicamente pertenece y se desprende de una pre-condición, cual es el derecho a existir. El derecho a existir como pueblos, es decir, a perdurar en la forma y condición adoptada por ellos, es el primer derecho indígena.

La historia del desarrollo colonial europeo coincide con el propósito moderno de negarle capacidad jurídica a los pueblos indígenas. El pensamiento dominante sostenía que ellos y sus integrantes deberían ser absorbidos por la ventosa jurídica occidental y, consecuentemente, tendrían que dejar de ser lo que eran: sujetos de su propio derecho. Así, desde la perspectiva del dominio que da inicio el Estado colonial, la interdicción del derecho indígena era una pieza básica para la nueva institucionalidad jurídica dominante, principio asumido de inmediato por el Estado republicano. En la práctica de la administración colonial, algunos pueblos fueron destruidos de raíz; otros, apenas afortunados, lograron sobrevivir sobre las picotas, emparedamientos, gemonías y garrotes. En buena cuenta, el poder-existir de los pueblos indígenas en la Colonia dependió de instancias no jurídicas: procesos de resistencia ajenos al derecho negado. La pirca efectiva que los unció fue el genocidio, uno de los mayores holocaustos registrados en la historia humana, y frente a ella debieron, bajo innumerables escaramuzas, ora individuales ora colectivas, o gestas revolucionarias, ganar su presencia, perdurar. La inmensa mayoría no logró sobrevivir, no les fue posible superar la depredación y pasaron a formar parte de las víctimas... despojos de una humanidad despedazada. Alegar los derechos de los pueblos víctimas de exterminio es irrelevante, extemporáneo, inconducente. Son otras las tareas en esos casos: la denuncia y la repara-

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

ción moral. No es posible alegar “derechos” para los pueblos indígenas que han dejado de serlo por razones jamás inocentes y que ningún “derecho” podrá reparar, se trata, en cambio, de una tarea para la historia del genocidio. Pero, para los sobrevivientes (esos pueblos fantasmagorizados, hechos “invisibles” a la fuerza y condenados a vestir las hopalandas jurídicas que la piedad del Estado paternal les proporciona), el reconocimiento de su identidad colectiva es el camino para pervivir y afirmarse. Esta es la *conditio sine qua non* de la que pende la vigencia misma del derecho indígena. Las cifras son aterradoras. Según la tesis de Kroeber, perdieron la vida varios millones de indígenas. Decenas de pueblos indígenas desaparecieron para siempre. En el Perú se ha calculado que, a la llegada de Pizarro, se contaba con unos 15 millones de habitantes en el Tawantinsuyo. El estudioso Markham, en 1864, publicó una relación de 905 nombres de «tribus» selváticas del Perú -en efecto 280- y daba por extinguidas a 20. En Brasil, a principios de siglo, según datos de D. Rybeiro, existían 200 grupos indígenas amazónicos que, en 1957, llegaban apenas a unos 87.

Ahora bien, ¿de qué nos sirven las elevadas teorías y los vocingleros derechos cuando pareciera que la naturaleza de las normas fuera su constante violación? ¿Cuál la utilidad del título de propiedad de la comunidad Centro Tsomabeni, a orillas del río Ene, cuando su territorio ha sido invadido a vista y paciencia de todas las autoridades y de todos los reclamos y protestas elevados? ¿Esos títulos, esa propiedad, esos pomposos derechos devolverán la vida a los miembros de la familia Charete que lucharon a solas en defensa de sus tierras? Si los estándares de vigencia de los derechos varían en función de las personas y las localidades, ¿qué pueden esperar los indígenas del Estado? ¿Acaso la historia de la burocracia registra que algún funcionario haya sido removido, amonestado, sancionado, señalado o responsabilizado de una sola partícula de la montaña de derechos nativos violados? Ese mismo Estado, que se proclama equívocamente como la única fuente de derechos, promueve, consiente o tolera la violación permanente de las “normas jurídicas” por él mismo establecidas. Por ello no nos adormece ninguna candorosa rela-

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

ción con un “derecho” tantas veces reeditado en lujosas compilaciones y permanentemente incumplido, manipulado, retaceado, olvidado y pisoteado cuando debió tomarse acción para que los más humildes ciudadanos recibieran lo que los textos les acordaban. Pese a todo, no es iluso de nuestra parte hablar del derecho de los pueblos indígenas. Ni nos resulta contradictorio pensar que el Estado de derecho debe alcanzar absolutamente a todos para que todos alcancemos nuestro derecho.

La miopía sobre el alcance del derecho indígena proviene de una contradicción antiquísima entre los derechos originarios de los indígenas y los procesos coloniales proyectados sobre el omnímodo derecho republicano. Pese a las apariencias y al tiempo transcurrido, el Estado peruano no escapa a las consecuencias de las viejas tensiones no resueltas, o resueltas parcial y defectuosamente. En el horizonte del derecho peruano se encuentran los pueblos indígenas como una realidad contemporánea, con derechos tan modernos como cualesquiera otros. Derechos no escritos ni bautizados en la pila del Estado, pero sí silenciosamente presentes en las pautas ideológicas que, desde antes de la Revolución Francesa y precisamente con ella, alimentan la legitimidad de la nación peruana. Entonces, para poder develar lo otrora evidente, no es necesario “actualizar” derechos imperiales o utopías jurídicas más o menos literarias, sino, precisamente, acabar con un ocultamiento y un disimulo insidiosos, evidentemente contrarios a cualquier democracia, dando paso franco, abierto, a la imagen plena del rostro jurídico peruano¹.

¹ Este texto se origina en las reuniones promovidas por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, entre los años 1988, 1992 y 1993, que originaron el documento de este mismo instituto *Los derechos de los pueblos indígenas* (documento para discusión), San José de Costa Rica, 1992. Esta referido, además, a los siguientes textos: *De la comunidad cultural a la comunidad política: el derecho de los pueblos a existir* (I Curso especializado en derechos humanos de la región andina Bogotá – Colombia, octubre de 1993). *El derecho de los pueblos indígenas y el derecho del Estado*, presentado en el Seminario Latinoamericano sobre Derecho Constitucional Indígena, Santafé de Bogotá – Colombia, 1995. “Pueblos indígenas: en vano y en serio”, en *Cuadernos Andinos* 10, Ed. Coordinadora Rural, Lima, 1999. Mi agradecimiento a Félix Luna Vargas y Pablo de la Cruz por su ayuda.

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

2. PUEBLO INDÍGENA EN EL SENTIDO JURÍDICO

Ahora bien, el sentido que tiene el enunciado “pueblo indígena” en este texto se refiere a una entidad por sí misma generadora de condiciones político-jurídicas extremadamente altas, equiparables únicamente a los derechos que corresponden a la persona por su condición humana. Se trata, entonces, de una categoría específica e inconfundible, precisa e identificable por sus características particulares que no se asimila, de ningún modo, a la idea de “poblaciones”, “minorías étnicas”, “etnias”, “grupos étnicos”, “comunidades”, “los otros”, “las culturas originales”. Dicha categoría remite a un sujeto jurídicamente preciso -con derechos propios- que se distingue de otras realidades jurídicas y sociales. Los pueblos indígenas tienen una gran variedad de expresiones: los situados en el Ande y costa, como los huanca y diversos quechuas, los amazónicos como los nomatsiguenga y yánesha. Pueblos con distintos lazos en la economía peruana, pero todos ellos identificados como integrantes de la misma nación. Pueblos con profundas vinculaciones modernas y otros llamados no “contactados”, como los isconahuas. Las diferencias (entre ellas las demográficas que originan cálculos de “mayoría” y “minorías”) no son significantes en cuanto a su derecho como pueblos: desde el punto de vista de la categoría jurídica de “pueblo”, ella los abarca, los engloba y los insume a todos por igual, independientemente de su número, ubicación y condición económica.

En efecto, el derecho de los pueblos indígenas no depende de la cantidad de su población, del lugar en que viven o de las leyes que los definen. De hecho, las condiciones de su vida han traído como consecuencia su dramática disminución demográfica, pero ello no implica la pérdida de su derecho o la sustitución por uno de menor jerarquía como “minoría” étnica en contraposición a una “mayoría”. El que un pueblo esté compuesto por un grupo pequeño de personas no transforma su derecho o lo disminuye, simplemente lo condiciona a desarrollos prácticos adecuados a su situación.

En ese orden de ideas, la raíz de los derechos indígenas -y por ende de las resistencias en su contra- es que ellos nacen legitimados por virtud de generarse a sí mismos, de su condición de pueblos

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

sobrevivientes, de su naturaleza social, histórica y jurídica. Tales atributos no los tiene el Estado por sí, debe “recibirlos” del pueblo y actuar en su representación. Es decir, que los derechos de los pueblos (indígenas) derivan de una condición única y maravillosa: nacen con ellos. Tal posición jurídica es tan altamente privilegiada que el Estado la considera un peligro a su dominio, cuando en su territorio la teoría sostiene que “pueblo” abarca exclusivamente a un “pueblo” (el peruano, en nuestro caso). Pero si, hipotéticamente, el derecho a existir les fuera cabal y plenamente admitido a los pueblos indígenas peruanos, los proveería de atribuciones y deberes específicos que únicamente ellos pueden ejercer. Esos derechos abarcan, por ejemplo, la autodeterminación y la autonomía administrativa interna, pero comprenden también deberes como el perpetuar la vigencia plena de los derechos humanos. Es evidente, a este respecto, que los derechos de los pueblos se acentúan para liquidar la cara política de la dominación, es decir, el colonialismo en todas sus formas. Los derechos indígenas cuestionan la -no tan sutil- ausencia de pluralidad en la representación de intereses jurídicos anteriores al Estado. Derecho anterior, pero no necesariamente contradictorio con el sistema jurídico nacional. Se trata de derechos constitucionales no escritos en la Constitución política peruana. Esta es la cara moderna de la cuestión: nos remite a pueblos indígenas de hoy en día en un mundo jurídico globalizado. Derechos de los *pueblos indígenas peruanos* que no son otra cosa que la porción negada de la nación peruana. En suma, los pueblos indígenas en el territorio del Estado peruano son y se autorreconocen como *pueblos indígenas peruanos*. En otras palabras, ellos no reclaman la ejecución de un derecho abstracto de autodeterminación, que les resulta contradictorio con una de sus características actuales como pueblos, cual es la de aceptarse como componentes de la nación peruana, que viven en un territorio nacional, comparten una nación, un Estado y algunas porciones de la misma cultura. Que el Estado niegue esa variedad o que esa nación se presente con visos etnocéntricos no cambia el doble contenido del moderno derecho de los pueblos indígenas; ellos son *tanto pueblos como son peruanos*. De ahí que sus luchas se acoderen en este espacio jurídico político de la doble dimensión del derecho colectivo

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

y del derecho de los ciudadanos peruanos e indígenas. Al igual que ocurre en el caso de México, Ecuador o Bolivia, sus esfuerzos se dirigen a democratizar las condiciones de su participación en la nación, no a fantasear con “desatar” los nudos de su condición política moderna. La secesión es un acto político y militar relativamente amparado en una razón jurídica que busca quebrar la relación con el Estado-nación y “crear” uno nuevo. Tal eventualidad no es planteada por ningún movimiento indígena peruano. El desarrollo moderno del carácter de lo indígena en la conformación social de los países latinoamericanos es que se admita -para los derechos individuales- la doble condición de ciudadanía e indianidad, no como elementos contradictorios sino altamente complementarios.

Esta dualidad es una suerte de mestizaje jurídico de mayor consistencia, sin duda, que la superposición de elementos que construyen un ser social a costa de borrar los anteriores. Es la re-formación de los modos de operación de los nuevos y viejos componentes que admiten al mismo tiempo peruanidad e indianidad como esferas relativamente compartidas, dependientes e íntimamente complementarias. Pero si las viejas tesis de la autodeterminación tienen que ser revisadas, también lo tiene que ser la teoría del Estado como un conjunto de monopolios.

3. LOS “DERECHOS” INDÍGENAS EN LAS NORMAS ESTATALES

En la teoría “moderna” del derecho y del Estado, los derechos de los pueblos preceden y originan los derechos de los Estados. Lo paradójico es que, en la práctica, los Estados se sienten amenazados por los “pueblos” que contienen en su territorio. Esta reacción se basa en que la tesis de la “autodeterminación de los pueblos en el territorio nacional” ha sido sacralizada en fuente bautismal del pensamiento estatalista: todo pueblo debe/puede ser un Estado. Entonces, deriva como consecuencia fatal que pueden -¿deben?- crearse tantos Estados (virtuales) como pueblos existen y así la ecuación de los pueblos contados como Estados potenciales, eleva la cifra de “Estados” en hibernación a una cantidad insoportable para los Estados oficiales.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La mayor complicación resulta de la presencia en un territorio estatal de varios pueblos internos, tal como en el caso peruano. La argamasa político-jurídica llamada Estado, horrorizada, imagina en su logósfera constitucional que pudiera quebrarse como una galleta en los varios Estados independientes que esos pueblos pudieran o debieran reclamar. De allí entonces que, en los hechos, los “pueblos” sean percibidos como una “amenaza” o se les niegue o camufle con un ropaje (legal) superfluo. En el pensamiento jurídico tradicional, todo el énfasis recae en la autodeterminación como el derecho por antonomasia. Se presenta como un derecho absoluto, monolítico y estancado a los preceptos del siglo XVIII. Una suerte de destino o calamidad que los pueblos deben vivir a cualquier precio.

Pero en el Estado subyace otro temor mucho menos doctrinario contra los derechos de los pueblos indígenas. Proviene de la mala conciencia del despojo y la arbitrariedad con la que se ha actuado contra ellos, precisamente a pesar y contra las propias normas formalmente construidas y publicitadas “en favor” de los indígenas. En este caso, la certeza de que la ley es letra muerta no inmuta a los operadores del derecho, pese a que, por ejemplo, todavía varias comunidades esperan que se apliquen los preceptos de una norma constitucional de los años veinte del siglo pasado que los declara propietarios de sus posesiones. La otra barrera formidable la constituyen los intereses económicos privados, que abarcan desde las intocables empresas mineras y petroleras (con sus asesores antropológicos), las forestales (con “sus” ingenieros bien dispuestos en el aparato gubernamental y sus *lobbies* ecológicos), los invasores (¿colonizadores?) de toda laya, hasta los narcotraficantes, con todas sus ramas y raíces.

El “estatalismo” consiste en conducir la teoría positiva a un extremo para el cual todo producto jurídico nace del Estado y está referido a normas dispuestas por él, es decir, el estatalismo es una visión que desconoce la perspectiva de autores clásicos del positivismo como Kelsen o modernos como Hart, en esa medida es una ultrateoría de la forma.

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

4. TEMAS Y PROBLEMAS

Ahora bien, en el derecho indígena, en la discusión de sus contenidos y su alcance, brota una variedad de temas que es indispensable distinguir para ver con claridad el agua y el sedimento. No debe guiarnos un prurito académico o un afán teórico, sino precisamente lograr esquivar la confusión, evitar la trivialidad y el constante cruce de caminos conducentes a una mezcolanza de temas y problemas. Cuando en el “análisis” se intenta fusionar una variedad de fenómenos, hechos y realidades sociales, como si todos ellos respondieran al mismo problema jurídico, se obstruye el encuentro de lo esencial. Como lo indicamos, con demasiada frecuencia, en los derechos indígenas se entremezcla, por ejemplo, la composición racial, cultural y étnica del país, como si todos esos factores se refirieran -desde el punto de vista del derecho- al mismo valor jurídico. Parecería que los “derechos de los pueblos indígenas” son un saco amplio donde caben todas, o casi todas, las peculiaridades socioculturales del país. Una comisión de asuntos indígenas pasa a ser... “y afro-peruanos”, sin pestañear. Los “pisos ecológicos” o las condiciones “biológicas” (*sic*) de los ciudadanos son alegadas para rellenar este mundo “incierto” de los derechos de los pueblos indígenas. Tal entrevero, una chanfaina de conceptos, es perjudicial para los pueblos indígenas pues desvirtúa el fondo de sus reivindicaciones al disgregarlas en múltiples cuestiones secundarias, impertinentes, superficiales o antojadizas.

En tal encrucijada, nuestra intención es que el lector cuente con, por lo menos, un elemento objetivo para guiarse: apreciar la singularidad de las consecuencias jurídicas del derecho de los pueblos indígenas en contraste con otros elementos que, con insistencia, se nos presentan como parte de ese derecho de los pueblos. Es indispensable, en nuestra opinión, precisar lo peculiar, lo típico, lo propio de cada campo del derecho para entender las muchas caras que tiene su violación y las herramientas de las que disponemos para evitarlo. Es decir, la complejidad de un fenómeno socio-jurídico nos confunde por la presencia simultánea de varias violaciones de derechos sobre la misma persona o grupo de personas. De manera que esa superposición de esferas de derechos conculcados nos

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

obliga a un análisis de todas y cada una de sus “cubiertas”. Debemos discernir entre los distintos modos en que la(s) violación(es) de derechos se encarna(n) sobre su objeto. Por ejemplo, la negación del derecho personal de todo indígena a ser parte de un pueblo legalmente reconocido, el trato racista, la discriminación escolar por razones de idioma, su ubicación laboral y salarial desprotegida... son violaciones a derechos individuales. Pero esa dimensión puede ser diferenciada en razón del derecho interdictado del derecho colectivo de los pueblos, es decir, puede analizarse según la naturaleza de cada una de las violaciones a partir de *la peculiaridad del derecho conculcado*. El derecho a ser pueblos no corresponde, insistimos, a conglomerados étnicos o grupos raciales o géneros o personas o corporaciones o minorías étnicas o “poblaciones” o “comunidades” o “culturas” o a gentes que hablan algún idioma incaico o preincaico... Es un atributo exclusivo de una persona jurídica, históricamente generadora del derecho colectivo por excelencia. Tratándose de otras transgresiones de derechos, el racismo, por ejemplo, la posición de los indígenas es semejante a la de otros sectores sociales. En sus derechos como campesinos o en su personalidad cultural o en sus condiciones de género o en su identidad étnica o en su trato laboral... los indígenas campesinos tienen los mismos derechos humanos y obligaciones que otros sectores sociales.

Desde el punto de vista de los derechos individuales, que son los que corresponden a hombres y mujeres indígenas en calidad de ciudadanos y ciudadanas, son derechos idénticos a los de todo individuo, sea cual fuere el pueblo al que pertenece (indígena o no), sea cual sea su raza, religión, origen étnico, género. Pero sus derechos colectivos propiamente indígenas como pueblo se realizan en esa doble condición de indígenas (individuos) y pueblos (colectivos) que no es compartida con otros ciudadanos y otros sujetos de derecho. Así, ese derecho, el de ser pueblos, distingue a los derechos indígenas de otros derechos en general.

Exponiendo la coyuntura teórica desde la orilla opuesta, diremos que otros grupos sociales también son discriminados como ellos -los indígenas- por razones raciales, culturales, étnicas, de género, etc., pero esos sectores no pueden ser violentados en el derecho a existir como indígenas, pues no son -jurídicamente hablando-

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

ni indígenas ni pueblos indígenas, es decir, *lo que tipifica la dominación sobre los indígenas y sus pueblos es el carácter preciso y único del derecho conculcado*. Esa condición, esa personalidad que origina un ego jurídico peculiar, es el ser un pueblo y por ello mismo les corresponden a los sujetos que lo componen ciertos derechos de muy alta significación política. Derechos -hoy en día- suspendidos en el Perú por razón de la herencia jurídica colonial. Quizá convenga enfatizarlo, son derechos que no corresponden por razón de género, de cultura, de raza, de dimensión demográfica, de origen individual, de condición étnica, sino por tratarse o derivar de ser pueblos indígenas. Este es el perfil agudo del derecho a existir de los pueblos indígenas peruanos.

Pues bien, la primera tesis que ha guiado todas estas páginas es la *distinción* entre el derecho como un producto positivo del Estado y el derecho de los *pueblos indígenas* como un producto histórico independiente, no hipotecado, en su esencia, a las normas estatales. Pero a la amplia distinción del Estado como entidad productora de un derecho y al pueblo indígena como realidad creadora de su propio derecho se le deben agregar otros dos elementos. Uno de ellos es el de la variada composición cultural de la sociedad peruana moderna, el otro es el de su diversidad étnica. Frecuente y erróneamente, “los pueblos indígenas” son encapsulados en supuestos “derechos culturales” y “derechos étnicos”. Esta cuestión es uno de los lugares más comunes y trajinados por todo tipo de teorías y autorías. Para ese pensamiento, la realización de los derechos indígenas concluye -o se inicia- al concebir alguna fórmula que nos diga que el Perú, la nación, el Estado o la sociedad son una realidad pluricultural y multiétnica. Tal logro lo conciben como la panacea jurídica de la situación indígena del país. Esta es, en nuestra opinión, una visión limitada que trunca el ingreso pleno de los derechos de los pueblos indígenas en la conciencia jurídica nacional. Los pueblos indígenas tienen muchísimo más que derechos culturales y campos más vastos que los derechos étnicos. Pero ellos poseen también derechos culturales y étnicos, no sólo por ser indígenas, sino por ser una porción muy significativa de la pluralidad cultural y étnica de la nación. *Pluralidad que comprende a otras culturas y otros grupos étnicos no indígenas que también son parte de la na-*

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

ción, todos los cuales completan la variada y compleja sociedad peruana. En contraste, los derechos culturales y étnicos son de inferior dimensión política que los derechos de los pueblos indígenas. Los derechos de los pueblos son constitutivos, matriz de todo derecho, no corresponden a los Estados y perviven en tanto los pueblos subsistan. Es decir, no dependen de una legislación positiva nacional o internacional.

Notará el lector que no existe cuerpo normativo alguno en el Perú que precise qué debemos entender por las categorías “multiétnico” y “pluricultural”. Es un lugar común afirmar que la sociedad peruana es multicultural y pluriétnica, como si estas denominaciones nos condujeran ante la presencia de pueblos indígenas o, peor todavía, supusieran mágicamente la admisión de la existencia de derechos para los pueblos indígenas. Esta apreciación etno-culturalista, con gran influencia antropológica, debe ser abordada críticamente como debe serlo otra dimensión que se cuele rápida y profusamente dentro de la temática indígena: la composición *racial* (virtual o efectiva) de nuestra sociedad. Esta es ciertamente la perspectiva más extendida y más difícil de centrar en cualquier debate sobre derechos indígenas, tan variados son sus expositores como insólitos sus voceros.

En efecto, el empleo de argumentos raciales no supone, necesariamente, que tal argumentación sea “racista”. El racismo busca crear una ventaja o desventaja, incorrectamente fundada, desde luego, en diferencias superficiales (reales o supuestas) entre los seres humanos. Pero ésta no es siempre la intención de los argumentantes que se refieren al tema racial cuando evocan lo indígena. No obstante, a la luz del desciframiento genético del hombre, muchos de esos argumentos pueden ser catalogados de racistas. Así, no puede dejar de llamar la atención que hoy en día se hagan distinciones “biológicas” ientre peruanos!

Para lograr una primera clasificación de los argumentos basados en la visión racial del tema indígena, consideremos las siguientes variantes:

- a. Si el Perú, se dice, es un país mestizo, referirse a los indígenas es discriminarlos.

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

- b. El Perú (inconcluso) se debe realizar como un país mestizo; cuando esto ocurra habrá concluido, satisfactoriamente, un proceso de 500 años².
- c. El mestizaje viene ocurriendo, pero ha dado como consecuencia una “mezcolanza”, un “entrevero”, en suma, una “amorfa sociedad” que, “gracias a ex indios, cholos, negros, zambos y asiáticos ha surgido por primera vez un capitalismo popular y un mercado libre en el Perú”³, pero que no sabemos cómo concluirá (el proceso), excepto que tendrá poco o nada de indígena.
- d. En el Perú subsisten las consecuencias de una discriminación blanca racista contra los indígenas como consecuencia histórica del gamonalismo y del sistema de haciendas.
- e. En el Perú hay un conjunto de personas “biológicamente distintas: los negros y los indios, que no existen en la estructura política”.
- f. Los afroperuanos y los indígenas son discriminados por su raza (los discriminantes son más o menos “blancos” o “blancos” socioeconómicamente definidos) y la situación de ambos grupos es idéntica.
- g. Los peruanos “somos todos indios”, entonces el “país es indio” y no debe hacerse diferencia alguna entre peruanos que simplemente provienen de la Amazonía o de la costa o de la sierra, en especial si el propio presidente es indígena.

² Textos del debate en torno al proyecto de ley para crear una Comisión Especial de Asuntos Indígenas en el Congreso de la República (1998) y de asuntos “afroperuanos” en enero de 1999.

³ Mario Vargas Llosa, *La utopía arcaica*, Ed. FCE, México, 1996, p. 332. Este escritor hispano-peruano sostiene que el Perú, “en gran parte” ha dejado de ser la sociedad dual que describió el indigenismo literario: “Lo innegable es que aquella sociedad andina tradicional, comunitaria, mágico-religiosa, quechuhablante, conservadora de los valores colectivistas y las costumbres atávicas, que alimentó la ficción ideológica y literaria indigenista, ya no existe. Y también, que no volverá a rehacerse, no importa cuántos cambios políticos se sucedan en los años venideros” (P. 335). Debemos discrepar: no se plantea rehacer un imposible, sino crear un presente política y jurídicamente plural, borrando la injusticia de la que el indigenismo y especialmente J.M. Arguedas

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En razón de la extensión de estos argumentos, los debatiremos directa o indirectamente en el cuerpo de este texto.

Otro grupo de temas corresponde a cuestiones e interrogantes con un matiz *jurídico o político*:

- a. Los derechos de los pueblos indígenas desaparecieron con la independencia política de España y la entronización del “pueblo peruano” en el Estado nacional.
- b. Luego de la independencia los derechos indígenas fueron recogidos por el Estado y la nación peruana que, desde entonces, los representan como peruanos.
- c. En concordancia con los puntos 1 y 2, el único derecho realmente contemporáneo es el del Estado y la nación peruana (derecho nacional) o el que proviene de los acuerdos entre los Estados (derecho internacional).
- d. Los pueblos indígenas son las comunidades campesinas y nativas, a las cuales se refieren las normas jurídicas estatales.
- e. Un pueblo indígena únicamente se puede realizar -plenamente- en sus derechos cuando logre autodeterminarse como Estado.
- f. Los derechos humanos personales son también los derechos de los pueblos indígenas.
- g. La situación jurídica de los derechos indígenas y de las comunidades afro-peruanas tiene las mismas bases, por lo tanto les corresponde una política jurídica común.

dieron cuenta. Por otra parte, menos de una década separa a Vargas Llosa de su novela *El hablador* (1987), dedicada a los machiguengas, en la que el autor polemiza con su “Mascarita” y donde todavía duda sobre lo conveniente (“Yo no lo sabía, yo dudo aún”, P. 29). ¿Será tal ficción literaria un neoindigenismo literario asomado al balcón de la Amazonía o será acaso una etnografía menos certera que la de Arguedas, juzgadas ambas como lo que no son: textos sociológicos?

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

- h. ¿Cuáles son los límites del derecho de los pueblos indígenas en el contexto contemporáneo?
- i. Es posible la contradicción entre derechos tradicionales de orden cultural y principios generales de derechos humanos.
- j. El “derecho de los pueblos indígenas” es el derecho consuetudinario o el sistema jurídico interno de cada pueblo.

Finalmente, algunas cuestiones *terminológicas* que contienen aspectos de fondo respecto a la pertinencia del uso de la palabra “indígena”. Ésta, en algunos casos, es considerada peyorativa y se proponen otros términos como “minorías étnicas” o “comunidades étnicas” o “pueblos originarios” o “comunidades campesinas y nativas” o “poblaciones”, etc. También se ha señalado que el término “indígena” alude a alguien perteneciente u oriundo de un lugar o región y no debiera existir objeción lingüística para emplearlo. Para otros, el vocablo “indígena” se usa corrientemente en el ámbito internacional y es aceptado por representantes indígenas, lo cual legitimaría su uso. En cuanto a la palabra “indio”, además de las objeciones corrientes, se encuentran también posiciones políticas que reivindican su uso: “Como indios nos oprimieron, como indios nos liberaremos”. En todo caso, “indio” es el ciudadano de la India, en tanto que “indígena” es el oriundo de un lugar.

Pues bien, en el panorama de temas y problemas presentado debe considerarse que los argumentos no se distribuyen “puros” en los discursos que los ocupan. De hecho, se trata de una mixtura que los emplaza para extraer diversas conclusiones. Estas contradicciones superficiales (como el color de la piel) originan malos entendidos y trabas antes que propuestas de solución. De hecho, el tema indígena despierta apasionados argumentos que entremezclan una o varias perspectivas del asunto, generalmente para descalificarlo, como si proponer su visibilidad fuere el fruto de ideas anquilosadas, de renaceres imposibles y promoción de imperios utópicos. En este rumbo suele, incluso, irse más allá, considerando, por ejemplo, que se pone en peligro la “unidad nacional” o que se cuestionan los valores del Perú como nación. Se insiste, entonces, contra la evidencia. Para otros comentaristas, lo indígena no existe como presente, no puede reflejarse en el espejo de la ciudadanía peruana

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

(quizá apenas como un lunar exótico), donde basta que seamos formalmente y estigmatizan el referirse a lo indígena, diciendo que es un modo de neorracismo, pues todos somos iguales.

Evidentemente, nadie tiene derecho de amargarle la digestión al prójimo si prefiere la negación o la afirmación del criollismo como portaestandarte de la identidad peruana; esa es una opinión y vale como tal. Quien considere que el Perú es sinónimo de “cultura chicha”, creatividad “natural”, “magia” del mercado contra la pobreza, está en su ley. Para quienes las pesadillas del Perú multifacético todavía rondan sus sueños de igualdad democrática, queda la esperanza del cambio, la oportunidad que retorna para beneficio de todos. Pero, al contrario de quienes así piensan, atender la realidad de los pueblos indígenas es encarar el lado flaco del mundo globalizado por su costado mejor expuesto. La cuestión de los pueblos atraviesa la vida moderna de la humanidad nada menos que con la magnitud de los recientes conflictos bélicos y sus sucesos políticos definitorios: el Medio Oriente, el desplome de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Palestina e Israel, Irlanda, España, sus autonomías y el País Vasco, Yugoslavia, Canadá de habla inglesa y francesa, mexicanos de Chiapas y además de Chiapas, Sudáfrica, los pueblos sureños de América del norte, centro y sur... Salvo algunos casos excepcionales, como el de la notable simetría de Portugal, la coincidencia entre un Estado y un pueblo homogéneo étnica y culturalmente es excepcional. Lo frecuente es que los Estados contengan varios pueblos y sectores sociales con expresiones culturales distintas y modos étnicos más o menos difundidos en sus territorios. En esas condiciones de configuración sociopolítica de todo el orbe, las tensiones que no se disuelven o no se concilian adecuadamente pueden poner en crisis la estructura estatal cuando los derechos en juego comprenden la autodeterminación. Por diversas situaciones, si ocurre que un pueblo no se siente representado en el Estado, sus derechos de secesión afloran, algo que para una minoría étnica violentada o un grupo racial discriminado no es posible alegar. Una minoría étnica o un grupo racial deberán acudir a otros derechos, a otras razones para defender sus exigencias, la secesión no les es posible. Si esa situación se presenta, las desavenencias que involucran a pueblos se vuelven críticas

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

para la legitimidad del Estado. Es decir, un pueblo puede inclinarse en última instancia hacia la secesión política de sus vínculos con el Estado. Una minoría (o mayoría) étnica o un grupo racial que no pueden alegar este tipo de derechos deberán acudir a otros referidos a la condición étnica o la igualdad racial para hacerse respetar. Para alegar la autodeterminación y derivar la secesión política es condición previa el que se trate de un pueblo “jurídico” quien la sostenga.

En el caso de los derechos de los pueblos, cuando se ingresa a ellos por la vía de la autodeterminación como el progenitor de todos sus derechos, resultan de inmediato dos temibles efectos ideológicos copando la discusión: el primero es que a un pueblo, para realizarse plenamente, sólo le cabe apartarse del Estado para regresar como uno de ellos; y el segundo, que todo pueblo es un Estado en potencia. Tal dicotomía de pueblo contra Estado y de pueblo haciéndose un Estado se incluye también en la perspectiva de “autodeterminación limitada”. Lo curioso es que siempre, de una u otra manera, los pueblos parecen ser creados a imagen y semejanza de los Estados, cual si el horno y la masa fueran los mismos. Los pueblos son presentados como una suerte de máquinas estatales con el motor (político) apagado, malgrado o queriendo funcionar (secesión) con una nueva carrocería estatal.

Las ideas que exponemos en este texto contradicen el lugar que tradicionalmente se asigna a la autodeterminación y su supeditación al derecho a existir. Al situar la *autodeterminación* política en un lugar *secundario*, se liquida la obsesión estatista de los teóricos tradicionales y se autolimita el derecho de los pueblos únicamente a la vigencia de los derechos humanos, es decir, se condena toda forma de acción política violenta, terrorista, de origen fundamentalista o no, encaramada en el derecho de autodeterminación de los pueblos y se los considera como entidades no (fatalmente) estatales. Como señalamos, este tema tiene importancia y actualidad en la esfera internacional. En el ámbito continental existe una propuesta de “declaración” que aguarda ser aprobada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos. En la esfera mundial, la Organización de Naciones Unidas, con mucha mayor ambición, prepara un instrumento sobre el derecho de los pueblos indígenas.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

¿Son los Estados las entidades llamadas a “dictar” el derecho de los pueblos? En el Perú, la raíz del asunto es tan antigua como la llegada misma de los españoles y sigue produciendo en todos los ámbitos los más interesantes y escalofriantes debates.

Ahora bien, cuando la particular situación indígena es negada (a favor de una sociedad peruana imaginaria, de una nación “mestiza” o de una falsa modernidad escandalizada porque se diga que hoy todavía convivimos -a inicios del siglo XXI- con las consecuencias políticas de hechos históricamente lejanos) perdemos toda oportunidad de ser una sociedad realmente moderna, una sociedad democrática de todos y para todos. Negarse a ver lo indígena no sirve de nada, pues apenas se puede disimular como una red de trapecista la probabilidad fatal de la caída. El primer esfuerzo, indispensable, nos conduce en cambio a desprendernos del antifaz dominante que considera su trato público como un anacronismo, una miopía de gentes cargadas de prejuicios y visiones superadas de la historia. Si este aspecto de nuestra vida nacional es mejor no mirarlo y seguir considerándonos como una sociedad jurídicamente «mestiza», como si el tiempo transcurrido hubiese evaporado, por arte de magia y en consonancia con un mundo globalizado, el contenido indígena del presente peruano, *aun entonces sería necesaria una explicación, una coartada jurídica*. Se esperaría de nosotros la prueba, el testigo, el dato, el peritaje que la constatará. No basta la afirmación literaria de su evanescencia. Legalmente ciudadana y formalmente democrática, la realidad indígena sigue ocupando un trozo de legislación «moderna», compilable y al alcance de la mano en ediciones y discursos. Pero es en verdad una extraña, una prótesis cardiológica que origina sus propios latidos a despecho del cuerpo que la utiliza.

A nuestro entender, lo indígena es un discurso que nos compete a todos. Dice de todos los peruanos y de nuestra sociedad. Nos juzga como unidad. No es la cómoda disyuntiva entre el “nosotros” y el “ellos”. Los “nosotros”, claro, en la posición de predominio sobre los “ellos” subordinados (a las leyes, naturalmente). Como tampoco compete exclusivamente a los indígenas el entramado y su solución, cual si Francisco Pizarro estuviera apenas desembarcando en la costa norte. Lo que realmente importa es que como peruanos compartimos la misma configuración, el mismo cuadro, el mismo

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

sistema de democracia, en el mismo Estado, en idéntico mercado, en este preciso instante; que existen, también, unas diferencias a tener presentes para que el reino del derecho sea válido para todos. Una democracia cabal no puede sustentarse en la injusticia de algunos muchos o pocos conciudadanos. En tal eventualidad se ilegitima toda la estructura legal. Sea cual fuera, grande o pequeña la ventaja obtenida por un sector social a costa del otro, gracias a la manipulación de su posición en el acceso al poder y al papel que el sistema jurídico les asigna, no podrá llamarse democrática tal situación. Cuestionaría los principios elementales de los derechos humanos tanto como trabaría en lo político, económico y cultural a todo el país.

Es más, esa distorsión resulta siendo una formidable trampa para el desarrollo económico nacional al desequilibrar, malévolamente, el mercado: la situación de los pueblos indígenas peruanos sin derechos y sus expresiones culturales como sinónimo de atraso, de ignorancia, de incapacidad o de "error" ... conlleva la contrapartida de integración, adelanto, conocimientos, certeza y verdad del otro lado. Desequilibrados los actores por tal balanza y sus pesas, el resultado económico deprecia a unos y sobrevalora a otros, no en función de los bienes o servicios realizados, sino de su pertenencia a un pueblo sin derechos o a una población privilegiada. Cuando este desequilibrio actúa en el mercado, el menosprecio se hace "natural", "lógico", "evidente", otorgado por gracia divina del etnocentrismo y por la "naturaleza" de las transacciones. Esta configuración inequitativa de las sociedades formadas por varios pueblos, con condiciones pluriétnicas y con aportes culturales diversos, en lugar de ser una ventaja se torna un lastre. La negación de los pueblos en favor de presentar una sociedad formalmente homogénea tiene un efecto desequilibrante en la economía real de las personas, en su acceso cotidiano a los bienes, en la disposición de su trabajo, en el asiento en el micro... La diferencia se expresa luego, al contratar, al comprar o vender, al emplear el servicio doméstico. No pudiendo escapar a la realidad circundante, todos operamos en ella sin neutralidad posible. El ancla, el atraso propiamente dicho está en el Estado, en el derecho y en la política que lo consiente y alimenta, no en los pueblos ni en las culturas.