

Fundamentos para el reconocimiento del Estado Pluricultural de Derecho en el Perú

Foundations for the recognition of the Pluricultural State of Law in Peru

*Luis Robles Trejo, Félix Julca Guerrero, Elmer Robles Blacido,
Pedro Rímac Méndez y Fabel Robles Espinoza*

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú.

Resumen

El propósito de este artículo es analizar y presentar los fundamentos sociales, culturales y jurídicos para el reconocimiento del Estado pluricultural de Derecho en el Perú. Se parte cuestionando el modelo Estado-nación que impidió una clara lectura de la diversidad sociocultural de nuestro país y no hizo otra cosa que invisibilizar el presente y futuro de los pueblos y comunidades indígenas del Perú. Así, se manejó dos principios básicos de administración: la desigualdad y la exclusión. En este contexto surgieron las luchas sociales reivindicativas y la propuesta del reconocimiento de las ciudadanía multiculturales que habitan y se desarrollan en un estado pluricultural, multilingüe y plurinacional. Por consiguiente, después de la revisión y análisis normativa y la literatura especializada se concluye que, existen fundamentos históricos (presencia de pueblos originarios), sociológico (sociedad multicultural, étnica y cultural); político (organización política pluricultural) y constitucional (reconocimiento constitucional del derecho a la identidad étnica y cultural), los mismos que justifican de forma racional y objetiva la configuración del Estado Pluricultural de Derecho en el Perú.

Palabras clave: Estado-nación, Estado-plurinacional; pueblos indígenas; derecho colectivo.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze and show the social, cultural and legal foundations for the recognition of the pluricultural State of Law in Peru. It starts by questioning the Nation-state model that prevented a clear reading of the socio-cultural diversity of our country and did nothing but make the present and future of the indigenous peoples and communities of Peru invisible. Thus, two basic principles of administration were handled: inequality and exclusion. In this context, the social struggles for demands and the proposal for the recognition of multicultural citizenships that inhabit and develop in a multicultural, multilingual and multinational state arose. Therefore, after the normative review and analysis and the specialized literature, it is concluded that there are historical foundations (presence of native peoples), sociological (multicultural, ethnic and cultural society); political (multicultural political organization) and constitutional (constitutional recognition of the right to ethnic and cultural identity), the same ones that rationally and objectively justify the configuration of the Pluricultural State of Law in Peru.

Keywords: Nation-state, plurinational-state; Indigenous communities; collective law.

©Los autores. Este artículo es publicado por la Revista *Llalliq* de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), que permite: Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, Adaptar — remezclar, transformar y construir a partir del material para cualquier propósito, incluso comercialmente.

Introducción

Uno de los principales problemas que la república no ha podido solucionar en 200 años de vida independiente es la consolidación de Estado peruano. Por ello, constituye un reto en el bicentenario plantear una alternativa de modelo o diseño de Estado fundado en la riqueza de la diversidad cultural, étnica y lingüística, realidad plural que nos define como sociedad múltiple (véase Julca y Nivin, 2020). El reconocimiento de un Estado Pluricultural de Derecho (EPD) en el Perú, es particularmente importante en una coyuntura de consolidación democrática y de reforma constitucional, para tratar de reconciliar la institucionalidad legal con la sociedad plural. En tal sentido, no puede haber una verdadera construcción del sistema democrático sin el obligado reconocimiento de un diseño pluricultural de Estado.

En este marco, la necesidad de una nueva Constitución requiere que se reconozcan, crean, actualicen, muchas de las instituciones que actualmente se encuentran bajo sospecha por su inutilidad o incongruencia con nuestra realidad plural. Por lo que, el resurgimiento del debate constitucional acerca de la reforma constitucional, pone nuevamente sobre la mesa la necesidad de discutir, pero sobre todo profundizar sobre implicaciones que tendrían el reconocimiento del Estado Pluricultural de Derecho. Pero, el tratamiento jurídico-político de los pueblos originarios de su cultura, de sus saberes y conocimientos, de sus formas de vida propias, de sus derechos, históricamente, ha sido invisibilizado, tratando de ocultar su existencial o asumiendo políticas asimilacionistas.

En esa perspectiva, el Estado Colonial, creó la “república de españoles y la república de indios” (Cotler, 2019). Al respecto, Roldan (s.f.) señala:

Esta nueva formación económico-social, la misma que en un principio intentó llegar a un cierto nivel de mestizaje en lo económico, político, social, étnico y cultural, rompe estos pequeños vínculos con la cultura nativa y pasa a desarrollarse en contra y a espaldas de la misma. (p. 104)

Esto implica que, se creó un modelo de estado a la medida del colonialismo. Ese aparato jurídico, esa inspiración, es recibida por el Estado Republicano.

El modelo de Estado fundado por la Republica, en término de Ballón (2004), se configuró sobre la base de la cultura jurídica de la ideología del Estado - Nación y el monismo legal, asociados a la teoría del monopolio estatal. El ideal de construir naciones culturalmente homogéneas fue parte del proyecto asimilacionista que los legisladores de esa época institucionalizaron. Se identificaba nación con la idea de un solo pueblo, una sola cultura, idioma e identidad, regido por una sola ley y sistema de justicia (Chuecas, s.f.). Ello, es muestra que el Estado republicano peruano ha venido excluyendo históricamente a quienes son diferentes, a quienes tienen una cultura distinta a la hegemónica, haciéndolos invisibles o convirtiéndolos en objetos de sus políticas públicas.

En tal sentido, no se trata de concebir estas diferencias, esta multiculturalidad al margen del contexto jurídico-social o como un hecho aislado, sino todo lo contrario, asumirlo con criterios objetivos y racionales. Esto nos debe llevar, necesariamente, a orientarnos en las condiciones y concepciones modernas de existencia de los pueblos y de las reivindicaciones que eso implica en el siglo XXI. Por ello, se requiere conocer y reflexionar mejor estos dos siglos de vida republicana y darnos cuenta de sus problemas fundamentales y también de sus posibilidades.

Metodológicamente, a partir de una pesquisa y revisión de las normas, doctrina y jurisprudencia; así como de la literatura especializada en Derecho, sociología jurídica y antropología jurídica, principalmente, se analiza y reflexiona sobre los avances, limitaciones y desafíos del reconocimiento

de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y el reconocimiento del Perú como un Estado-plurinacional donde los otros diferentes estén incluidos bajo los principios de equidad e interculturalidad.

1. Significado del reconocimiento constitucional

El Diccionario de la Real Academia Española (2001), señala que: *reconocer* significa: “darse cuenta que una cosa era ya conocida”. La palabra utilizada entonces resulta importante, por cuanto evidencia que los pueblos y comunidades indígenas, no nacieron a la vida del derecho solo a partir del nacimiento de una Constitución, sino que el legislador los “re-conoce” como preexistentes al Estado. Es decir, el legislador o constituyente no puede crear algo que ya existía, la realidad multicultural como preexistencia al reconocimiento del tipo de Estado Republicano. En esa perspectiva, Gómez (2000) señala que “los constituyentes y legisladores se limitan a un darse cuenta que en sus países coexisten distintos pueblos, diversos en su cultura...” (p. 156). Por ello, la importancia de definir el rol que el Estado a fin de garantizar la existencia en su seno de modos diversos grupos étnicos o minorías y sus diferentes formas de entender el mundo.

En tal virtud, es menester establecer, que a partir de este “re-conocer” un aspecto sustancial: ¿Esta atribución de derechos es un acto declarativo de los constituyentes o un acto constitutivo de derechos? Esta cuestión resulta de capital importancia, tal como lo afirma Gómez (2000):

... toda vez que, de inclinarnos por la *tesis constitutiva*, solo cabe concluir que los derechos de los pueblos indígenas contenidos en la Constitución, nacen a un ordenamiento jurídico solo a partir de la reforma constitucional. Por el contrario, la *tesis declarativa* nos lleva a analizar la voluntad del legislador en cuanto al alcance del reconocimiento formulado: al referir a la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, el legislador “se da cuenta” que tales derechos, pese a su negación durante años, estaban allí. Y por ello declara que preexistían. (p. 168)

En tal razón: ¿Cuál puede ser el alcance de ese reconocimiento? Es evidente que desde el momento en que la Constitución reconoce la identidad étnica y la cultural está confiriendo al Estado el mandato de formular las reglas jurídicas indispensables para que aquel reconocimiento se traduzca en derechos concretos. Aunque esto puede ser materia de legislación, cuyo desarrollo a la hora actual, hay que reconocer que en una mayoría de países es incipiente. En consecuencia, es importante destacar que prácticamente todas las reformas constitucionales recientes han juzgado indispensable incorporar en su propio texto algunas normas esenciales por las que se expresa aquella identidad y pluriculturalidad.

De esta manera, aún en ausencia de legislación los tribunales han podido desarrollar una rica jurisprudencia que ha permitido la afirmación de algunos derechos fundamentales reclamados por los pueblos indígenas, como lo evidencian los numerosos fallos de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales. Por lo que, uno de los desafíos del Estado Democrático Constitucional es la construcción de una cultura jurídica pluralista que permee el comportamiento judicial. Otro desafío es de carácter más global y está vinculado a la cultura política y legal.

2. Fundamentos históricos: Los pueblos originarios

Históricamente, el Perú se ha caracterizado por ser pluricultural, pluriétnico y multilingüe. Sin embargo, dicha diversidad fue negada e invisibilizada por el discrimen producto del pasado colonial. A pesar de ello, el Perú sigue siendo diverso donde actualmente existen y coexisten

alrededor de medio centenar de grupos étnicos que hablan una cantidad similar de lenguas (Julca y Nivin, 2020). Al respecto, Godenzzi (2004) señala:

Desde tiempos antiguos, el territorio ocupado ahora por la nación peruana ha sido un espacio pluriétnico, multicultural y plurilingüe. Si bien en el periodo prehispánico se daba una relativa complementariedad entre pueblos distintos que compartían una matriz cultural común, con la conquista se dio un violento choque que alteró profundamente la forma de leer, interpretar y organizar la realidad y que instauró una marcada jerarquización entre lo propio y lo ajeno. Desde entonces hasta hoy, tal jerarquización se encuentra vigente e impregna tanto las estructuras del Estado como nuestro propio actuar cotidiano. (p. 7)

Esa forma de concebir la relación con lo diferente ha traído consigo diversos modos de explotación, discriminación y exclusión en perjuicio de toda aquella población que tienen una visión distinta de la cultura hegemónica –occidental y europea–. En ese sentido, la histórica discriminación como diría Habermas (1999) se sustenta en la “exclusión y negación del otro”, en el mismo sentido Godenzzi (2004) en hacer invisible su presencia, en la intolerancia y el desprecio. En suma, en un racismo abierto o solapado, que impregna las relaciones sociales, tanto en el plano público como privado.

Así, el reconocimiento EPD se funda en la idea “del derecho a existir de los pueblos” (Gonzales, 2002) y este es el eje central de nuestra argumentación:

Los derechos de los pueblos originarios son derechos históricos; es decir, imprescriptibles, no se extinguen por el paso del tiempo ni la subordinación política a la que puedan estar sometidos. Los pueblos indígenas han vivido bajo el dominio de otros pueblos y fueron éstos los que decidieron cuáles debían ser sus derechos. (Gonzales, 2002, p. 270)

Esto implica que, el derecho de los pueblos originarios no deriva de las normas estatales sino de su propia existencia, de su ser social, no del “ser” jurídico “otorgado” por la legislación nacional. Precisamente lo que se conculca, al eliminar el derecho de los pueblos, es la existencia misma del sujeto, del pueblo como realidad social, tal es el camino seguido por el etnocidio y genocidio, donde el ejecutor de esa conculcación es precisamente el Estado.

De esa forma, el Derecho de los pueblos indígenas está más allá de esa normatividad, pero también atiende a ella en tanto corresponde a la condición contemporánea de existencia. El Estado es una realidad inevitable. De allí, entonces, que se hable de pueblos indígenas peruanos para aludir a la doble condición de los pueblos contemporáneos, son indígenas y son peruanos simultáneamente.

Pero, la existencia misma y presencia de grupos poblacionales autóctonos o minorías étnicas supone una contradicción a los paradigmas fundacionales de nuestros Estados. Ellos, en el mejor de los casos, no supieron que hacer con estos pueblos que estaban allí desde antes, esto debido a que “Los Estados Latinoamericanos, se constituyeron a partir, a imagen y semejanza de los modelos revolucionarios europeos de fines del siglo XVIII e inicios del XIX...” (Guevara, 1999, p. 13). Esto implica que no tomaron en cuenta la realidad social y construyendo un Estado al margen de dicha realidad, que concebían al Perú como un país homogéneo, uniforme y monolítico.

El argumento Clavero (2000), va en ese sentido, al referir que:

El Estado-Nación contemporáneo en América Latina nace a imagen y semejanza de los modelos derivados de las revoluciones burguesas europeas. Así surgió también la cuestionable identificación conceptual entre el Estado y la Nación, aunque el primero es en realidad solo un especial tipo de aparato político y la segunda una comunidad social o cultural específica. (p 78)

En realidad, los criterios que prevalecieron se inspiraron en un criterio subyacente de tono racista, no reconocido retóricamente en los sistemas normativos que garantizaban a todos los ciudadanos la “igualdad ante la ley” por un lado, pero, por otro, aplicados a los pueblos y comunidades indígenas llevaban en todos los casos a la negación de sus derechos como colectividades e incluso de la propia igualdad ante la ley declamada. Distinto, es la posición de aquellos países latinoamericanos como el caso ecuatoriano, boliviano, que han reconocido constitucionalmente su pluralismo cultural constitutivo, son Estados que albergan en su seno una comunidad de naciones culturales específicas, titulares de derechos colectivos en tanto tales, y fundado un Estado Pluricultural de Derecho. Por esa razón es indispensable desentrañar los alcances jurídicos de esa multiculturalidad. Distintos alcances han asignado a esta relación las elaboraciones doctrinarias desde la ciencia del derecho, tal es el caso de Assies y otros (1999), quienes plantean que, el Estado valora el momento de decidir qué datos culturales serán tomados en cuenta por el sistema de control y que datos culturales no serán reconocidos.

En referencia a la cuestión indígena y el derecho penal, los mismos autores (Íbid.) citan a Campos quien sostiene:

Podemos decir que el Estado también se define por el modo de cómo se relaciona con el complejo de culturas. Si solo admite una y determinada cultura oficial (que puede o no coincidir con la cultura mayoritaria), nos hallaremos ante un estado policial y totalitario, poco respetuoso de la diversidad humana. Si, por el contrario, el estado admite y busca el respeto de toda la diversidad cultural, nos hallaremos ante un estado de estructura democrática –por lo menos en este punto- respetuoso de las personas y sus grupos. (citado en Assies y otros, 1999, pp. 505-506)

En esa perspectiva, los Estados de América Latina se habían negado siempre a admitir la existencia de minorías étnicas dentro de sus territorios porque les parecía arriesgado y porque iba en contra del discurso del Estado-nación que pretendía la homogeneidad de la población “nacional”. Recién a mediados de la década de los noventa, y en parte debido a la presión internacional pero también porque los indígenas habían alcanzado un nivel de movilización muy grande y habían sabido formular sus reivindicaciones de manera tal que resultaba prácticamente imposible no responder, los Estados Americanos comenzaron a replantearse al asunto de la diversidad (véase Díaz-Polanco, 2004; Rivera, 2004). Pero, el trasfondo sociológico y político de este problema es el tema de la identidad indígena y la especificidad de su cultura, durante mucho tiempo ignorado por el orden jurídico en que se fundaba el Estado, en ese entendido:

El Estado de Derecho concebido por los países de América Latina en el siglo XIX, se basó en concepciones napoleónicas de unidad del Estado e igualdad de todos los habitantes ante la Ley, conforme a los principios un sólo Estado, una sola Nación, un sólo pueblo, una sola forma de organizar las relaciones sociales, una sola Ley, una sola administración de Justicia. (Clavero, 2000, p. 95)

Dentro de este entorno conceptual, la igualdad de todos los ciudadanos, cualquiera fuera su origen, tenía carácter de axioma. Si bien no se negaba la existencia de realidades sociales diferentes entre los distintos grupos étnicos que cohabitaban en el seno del Estado, estas no podían tener efecto jurídico alguno: todos somos iguales ante la Ley; nadie puede invocar la ignorancia de la Ley; *dura lex sed lex*. En ese sentido, es cierto que se debe reconocer que la unidad cultural que afirmaban las Constituciones decimonónicas respondía a la necesidad política de que el Estado se diera una identidad nacional que en sus épocas tempranas estaba aún por hacerse. Sin embargo:

... esta concepción... rechazaba la especificidad indígena, frente a la cual el orden político y jurídico dominante formulaba una estrategia que según las circunstancias contenía dosis más o menos importantes de llamamientos a la sumisión, la asimilación o el exterminio. (Villoro, 2002, p. 259)

En algunos casos el indígena era considerado como un *salvaje* al que debía hacerse la guerra, en otros era una mano de obra explotable a voluntad, como lo había sido en tiempos del Imperio Español, en otros era un *incapaz jurídico* a quien debía ofrecerse la protección del Estado con miras a prepararlo para integrarse en la sociedad *civilizada*; pero en una mayoría de casos la estrategia del Estado frente al indígena incluía estos tres componentes al mismo tiempo. La vigencia de esta concepción se mantuvo con relativamente pocos cambios hasta alrededor de los años veinte del siglo XX, cuando se desarrollaron las iniciativas *indigenistas*, dotadas de un fuerte sesgo tutelar. En 1948, la Novena Conferencia Internacional Americana aprobaba una Carta de Garantías Sociales en la que se pedía que los: Estados adopten: "...las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada protección..."

Desde entonces, de manera progresiva se ha venido abriendo paso una concepción que reconoce la naturaleza pluricultural y multiétnica de los numerosos Estados que albergan simultáneamente pueblos de origen europeo o mestizo, junto con otros de raíces y cultura indígenas cuya identidad hasta hace poco tiempo era desconocida por el orden político y jurídico dominante. Al respecto, Julca y Nivín (2020) refieren que, frente al modelo homogeneizante y asimilacionista del Estado-nación y las luchas sociales reivindicativas, ha surgido la propuesta del reconocimiento de las ciudadanías multiculturales que habitan y se desarrollan en un Estado pluricultural, multilingüe y plurinacional. La misma OIT en 1989 revisó el Convenio 107 con miras a adoptar una nueva norma, el Convenio 169, al que nos referimos más adelante, el que tiene en cuenta esta evolución. Sin embargo, tal como lo expresan Assies y otros (1999):

El sistema de derecho prevaleciente en nuestros países tiene dificultades para adaptarse al reconocimiento de una realidad social que, hay que admitirlo, posee efectos desestabilizadores sobre las ideas que nos han inculcado en nuestras universidades acerca de la forma como se crea y se aplica el derecho, de arriba hacia abajo a partir del Estado, conforme al esquema desarrollado por el positivismo jurídico. Demostrando hasta ahora que el Derecho no ha tenido respuestas suficientes para expresar la pluriculturalidad. (p. 1999, p. 524)

Al margen de ello, poco se ha reflexionado sobre el desfase existente entre la tan proclamada igualdad jurídica de las Constituciones *napoleónicas* y la realidad cotidiana que nos muestra que existen muy notables desigualdades entre la sociedad europeizada y la indígena. Así, es difícil negar que los mayores índices de pobreza y exclusión social en América Latina y de manera especial en el Perú se encuentran precisamente entre los pueblos indígenas. En rigor, dicha afirmación lo reconocen, inclusive, algunos documentos oficiales, así como numerosos informes de organismos internacionales competentes en derechos humanos abundan en evidencias sobre prácticas discriminatorias, manifestaciones de racismo y a veces hasta de etnocidio en perjuicio de pueblos indígenas. Al respecto, Gómez (2000) afirma:

... sí uno de los problemas que expresa la crisis del Derecho es un distanciamiento con la realidad social y su apego a la letra de la norma, en el caso indígena dicha crisis es doble ante la ausencia de normas o falta de regulaciones. La ficción jurídica de una sociedad homogénea no se puede sostener más. Ahora corresponde al Estado asumir una propuesta de reconstitución para dar cabida a nuevos sujetos de derecho, que han mantenido su legitimidad y han carecido de legalidad. (p. 181)

Desde ese punto de vista, el alemán Habermas (1998), incursiona en la teoría jurídica crítica y propone que: “...reconozcamos que no hay derecho sin validez, pero tampoco hay derecho solo con validez...” (p. 27). Para él, la validez deberá ser la suma concomitante del principio de legalidad y el principio de legitimidad. Ahí donde concurren ambas nacerá la validez. Por lo tanto, desecha la tesis clásica de validez formal Kelseniana. La valoración del ordenamiento jurídico como ordenamiento condicionado en su validez y, por tanto, en su existencia por el principio de efectividad es fundamental para comprender el significado real del derecho en general y del derecho constitucional en particular. En contraste, si se recuerda que el concepto típico con el que nace el Estado Moderno es el de legalidad y la autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite. Por lo tanto, a los particulares les queda el espacio de lo que la ley no les prohíbe.

Veamos qué pasa con nuestro campo de estudio. Pues, no es un secreto que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han “administrado justicia” y esta es una función exclusiva del Estado. Han establecido normas y sanciones, sin tener facultad legislativa reconocida y el hecho de que no hayan sido escritas o formalizadas no les exime de su naturaleza jurídica (véase Peña, 2007; Julca y Nivin, 2020). También han gobernado a sus pueblos a través de un sistema de cargos (. Por lo tanto, históricamente han subsistido en la ilegalidad. A juicio del derecho, los pueblos indígenas no tienen atribuciones para tales actos ilegales realizados por particulares a los que les está expresamente prohibido ejercerlas.

Justamente ese es el meollo del asunto. Las funciones, cada vez más disminuidas, ejercidas por los pueblos indígenas, son de naturaleza pública no simples actos privados, de particulares. Por ello su reconocimiento requiere modificaciones de fondo en el orden jurídico y, sobre todo, su puesta en práctica de la vida en sociedad (Julca y Nivin, 2020). Para ilustrar lo que está en juego con ese reconocimiento, nos atenemos a la reflexión planteada por Clavero (1994) en el sentido de que debemos partir de que el silencio de la ley también es ley y analizar a esta no solo por lo que dice sino por lo que calla. Como se sabe tratándose de pueblos indígenas en América Latina y, de manera especial, en el Perú, hasta hace una década prácticamente la ley lo había callado todo.

En la base del planteamiento indígena está el criterio de precedencia histórica, es decir el señalamiento de que su origen se ubica con anterioridad a la creación misma del Estado. Por ello, resulta muy sugerente el enfoque de Habermas (1998) que sustenta que: “... no es el Derecho el que crea la legitimidad, sino que es la legitimidad la que crea derecho...” (p. 35). Visto así, el derecho indígena al insertarse en el texto constitucional obtiene reconocimiento y no se trataría de creación de derechos nuevos. Este criterio debe destacarse porque el espacio jurídico indígena ha sido objeto de sucesivos despojos en ocasiones a nombre de derechos adquiridos por terceros. Y, en tales situaciones, el derecho deberá prever mecanismos para definir en qué casos hay prevalencia del interés jurídico indígena. En todo caso, este sería un ejemplo de las implicaciones del tardío reconocimiento a los pueblos indígenas y de la responsabilidad que el Estado debería asumir.

En el extremo de quiénes rechazan el derecho indígena está la posición que tiende a considerar una especie de inamovilidad de los principios que sustentan el orden jurídico. Algunos autores afirman que siendo proporcionalmente minoritaria la presencia indígena debe adaptarse al orden jurídico “de las mayorías” expresado en el constitucionalismo vigente. Pero, además el problema no solo es diseñar fórmulas novedosas, que actualmente las hay en las Constituciones de Bolivia y Ecuador o, si debemos cuestionar conceptos y principios que están en la base de nuestra cultura constitucional dominante. Por ejemplo, el reconocimiento a los pueblos indígenas implica otorgarles un status de derecho público como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos. Por lo tanto, el principio de generalidad de la ley no puede tener aplicación. Igual sucede con el concepto de soberanía que en el sentido tradicional, clásico,

se refiere a la soberanía externa, frente a otros países, y que en el caso de los pueblos indígenas implicaría territorialidad, espacio donde se ejerce el poder político, la libre determinación.

El propio caso de las jurisdicciones hasta ahora reconocidas en otros países, no pueden valorarse con la lógica de los principios constitucionales tal y como están porque resulta dando implicación de derecho privado, de justicia entre particulares, a un asunto que debe ubicarse en el derecho público, en el nuevo derecho constitucional de la pluriculturalidad. La complejidad del problema se allana en parte se empieza por asumir que los llamados principios jurídicos fundamentales del Estado Democrático Constitucional deben transformarse. Además, es importante destacar que el proceso de juridicidad del derecho indígena, si bien no tiene un campo suficientemente desarrollado, puede analizarse con las herramientas teóricas del constitucionalismo. Esto, sobre todo si se parte del supuesto histórico y político que ha prevalecido entre los pueblos indígenas en la región y, de manera especial, en el Perú, esto es que sus planteamientos pretenden encontrar un espacio en el marco de los Estados Nacionales.

Desde esa perspectiva, lo expresado encuentra sustento en la Teoría Constitucional, tal como lo afirma Loewenstein (1979, p. 26), la Constitución en su sentido material subyace en la sociedad, y por tanto debe de reflejar sus sentimientos, aspiraciones y relaciones intergrupales – sociales. Además, cuando la Constitución Formal o Escrita, refleja la realidad se convierte en una constitución real y eficaz, en la tipología de Loewenstein, cuando esto sucede estaríamos frente a una Constitución Normativa.

3. Fundamentos sociológico: Pluralidad étnica y cultural

El reconocimiento del Perú como un país multiétnico, multilingüe y pluricultural es debido a la existencia de diversas culturas como los quechuas, aymaras, ashaninkas, awajunes, entre otras, que se distinguen unas de otras. Todas esas culturas tienen diferentes creencias, costumbres, en fin una cosmovisión; lo que hace que el Perú presente una riqueza multicultural. Por lo que, todas las culturas y pueblos existentes, deberían tener el mismo espacio socio-político dentro del Estado Pluricultural de Derecho, que el Estado-Nación les ha negado históricamente.

La diversidad cultural se presenta como un escenario político 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. (Ballón, 2002, p. 173)

Siendo, eso así, una de las fuentes de la diversidad cultural es la coexistencia, dentro de un determinado Estado, de más de una nación o grupos étnicos, donde “Nación” significa: “...una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura común...” (Kymlicka, 1996, p. 26). En consecuencia, la noción de “Nación”, en este sentido sociológico, está estrechamente relacionada a la idea de “pueblo” o de “cultura”; de hecho, ambos conceptos resultan a menudo intercambiables. Pero, “Un país que contiene más de una nación no es, por tanto, una ESTADO-NACION, sino un ESTADO MULTINACIONAL, donde las culturas más pequeñas conforman las ‘minorías nacionales’...” (*Ibid.*). En tal virtud, el Perú se constituye como un país plurinacional conformado por cerca de medio centenar de naciones originarias (Julca y Nivin, 2020).

El problema de los Estados Multinacionales no es propio de los países latinoamericanos, sino que también muchas democracias occidentales son multinacionales. Por ejemplo, los Estados Unidos, Finlandia, Nueva Zelanda, Bélgica, Suiza, Australia, Canadá, entre otros. En consecuencia, el paso del Estado Monocultural al Estado Multicultural es el gran reto de los Estados Democráticos Constitucionales Latinoamericanos. Por lo que, las Constituciones en sus articulados deben estipular expresamente: “El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación” y; consecuentemente, se debiera reconocer al Estado como una “República Pluricultural y Multiétnica”. De esta manera se debiera cambiar formalmente la noción de las naciones homogéneas hacia naciones multiformes. Todo esto requiere plasmarse en articulados específicos logrando determinar qué es lo diverso, qué es lo que está reconociendo, quienes son esos ciudadanos portadores de estos bienes étnicos y culturales particulares. Qué tiene en común, y qué los diferencia como grupos humanos que han desarrollado intergeneracionalmente un sentido de grupo, de deberes y de derechos. Un sentido de identidad que es tan fuerte y respetable como nuestra identidad de género.

Según Bernal y Ballón (2007) en el caso peruano, los artículos 2, inciso 19; 17; 48; 89; 139, inciso 8; y 149 de la Constitución de 1993 tratan el tema de la diversidad cultural del Perú (véase también Julca y Nivin, 2020). Además, hay que considerar los demás artículos vinculados de cierta manera con el mismo tema. Obviamente, todos estos artículos requieren ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, pues se trata de normas que adquieren sentido por su ubicación en el conjunto constitucional y por la manera en que se interrelacionan. En ese sentido:

El multiculturalismo puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. Este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú”. [STC Exp. N°0042-2004-AI/TC, FJ 1]

Tal reconocimiento constitucional no debe ser entendido como una mera declaración formal de principios, como un mandato de buenas intenciones, sin consecuencias jurídicas. Por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un cambio en el manejo concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional.

4. Fundamento político: Organización política pluricultural

Siendo el pueblo el titular de la soberanía del Estado (Jellinek, 1999). El constitucionalismo latinoamericano no había mencionado o no había tomado en cuenta las características culturales de los pueblos, sino recién hasta finales de la década del 80 e inicios del 90, donde se reconoce que dichas características son diversas, tal como lo afirma González (2002): “Las Naciones... tienen una composición pluricultural sustentado originalmente en los pueblos originarios...” (p. 270). Así, según este autor, las naciones latinoamericanas, el pueblo latinoamericano, la sociedad latinoamericana y la población existente en el territorio latinoamericano, con base en este reconocimiento, es culturalmente heterogéneo. Este reconocimiento jurídico no refleja sino lo que ha sido una constante sociológica: la existencia de culturas diferentes en nuestra historia. De esta manera, los Estados latinoamericanos, entendidos como una sociedad políticamente organizada, son pluriculturales. Este es el fundamento constitucional para el reconocimiento de

los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En consecuencia, el reconocimiento de la nación como pluricultural, significa que, siendo el titular de la soberanía del Estado, es culturalmente heterogéneo.

Históricamente, los pueblos indígenas u originarios se han configurado socioculturalmente como colectividades y no como individuos. Ellos a través del tiempo, a pesar de los procesos de colonización (negación, invisibilización y condena a su desaparición) han seguido viviendo como colectividades, conservando y manteniendo sus tradiciones, usos, costumbres, lenguas, formas de organización social y administración de justicia propias (Julca y Nivin, 2020). Con ello se consolidan las bases constitucionales para el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ampliándose el ámbito de protección del principio de igualdad jurídica no solo a los que son en lo social y en lo económico diferentes; sino también en lo cultural. Esta es la razón para hablar ahora de la inauguración de un proceso de construcción novedosa de un nuevo Estado, del Estado Pluricultural de Derecho.

5. Fundamento constitucional: Reconocimiento del derecho a la identidad étnica y cultural

Según la Constitución Política, el Perú es un país pluricultural, criollo, andino, amazónico, afrodescendiente y donde han confluído comunidades migrantes de todo el mundo. La Constitución Política reconoce en el artículo 2º, numeral 19: “A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”, lo que conlleva a la tarea de reconocimiento y protección de la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

El artículo 2, inciso 19,2 reconoce a cada persona (peruano o no) el derecho a su identidad étnica y cultural. Por consiguiente, en el Perú, esta identidad étnica y cultural pasa a ser un derecho humano fundamental. Ahora bien, la Constitución va más allá y, como consecuencia de este reconocimiento universal, obliga al Estado a proteger y a reconocer que el ser de la propia nación peruana es étnica y culturalmente plural. De esta manera, aun cuando diversa, la identidad de cada peruano constituye un aporte para la formación en conjunto de la nación. De esto, se deduce, a su vez, que el Estado peruano, como organización que conduce y determina el marco jurídico para el funcionamiento de la nación, cuando menos formalmente, lo hace a partir del reconocimiento expreso de que actúa sobre una realidad no unitaria ni cultural, ni lingüística, ni étnicamente. (Bernales y Ballón, 2007, pp. 32-33)

Si esto es así, el principio-derecho de igualdad y no-discriminación, prescrito en el artículo 2.2 de la Constitución que es, uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento, dispone que no puede realizarse en desmedro de la realidad pluricultural de la nación, razón por la cual nadie puede ser discriminado, como dice el texto de la Constitución, por motivo de origen, raza, sexo, condición económica o de cualquier otra índole. Al respecto el Tribunal Constitucional, refiere lo siguiente:

Sobre el derecho a la identidad étnica, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural” (STC Exp. N° 0006-2008-PI/TC, FJ 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho ‘supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]’. (Häberle, 2000, p. 34)

En consecuencia, dicho mandato constitucional reconoce el derecho de a la identidad étnica y cultural, pero como atributo individual, sino su ejercicio colectivo, así lo expresa el Tribunal Constitucional:

La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. Por un lado, se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de “(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico”; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie (STC Exp. N° 00006-2008-AI FJ 19).

En tal sentido, el de suma importancia asumir que en materia constitucional no existe una jerarquización o superioridad de los derechos constitucionales o fundamentales. Sin embargo, existen derechos que, debido a un contexto determinado, despiertan mayor interés en la comunidad. Es el caso, que sucede con el derecho a la identidad étnica y cultural, pues el reclamo de los grupos minoritarios, comunidades campesina y nativas en suma pueblos originarios por un reconocimiento a sus diversas particulares manifestaciones culturales implica que dicha prerrogativa sea reestudiada, dejando de lado prejuicios y concepciones positivista y occidentales, a fin de establecer su real contenido y su alcance.

Conclusiones

El problema de la configuración del Estado Pluricultural de Derecho en el Perú es muestra del problema de las minorías étnicas, de los pueblos originarios que, históricamente, fueron excluidos y marginados del proyecto político del Estado-Nación, que los concibió como objeto de las políticas públicas mas no como sujetos de las mismas: Por ello, la necesidad de incluirlos, protegerlos y desarrollarlos en el nuevo proyecto político, en el nuevo pacto social, que debe fundarse en el principio del derecho de existir de los pueblos.

Desde la perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea debe de repensarse; considerando que somos una sociedad multiétnica, pluricultural y multilingüe; a fin de reconciliar la institucionalidad legal con la sociedad plural. En este marco, el Estado constitucional que reconoce el componente multicultural de su sociedad deja atrás las políticas de asimilación, integración forzosa e, incluso, de desaparición física y desculturización que caracterizaron los siglos pasados y asume el reconocimiento de los derechos de las minorías, de los pueblos originarios basados en el principio de igualdad y no discriminación.

Existen fundamentos históricos (presencia de pueblos originarios), sociológico (sociedad multicultural, étnica y cultural); político (organización política pluricultural) y constitucional (reconocimiento constitucional del derecho a la identidad étnica y cultural), los mismos que justifican de forma racional y objetiva la configuración del Estado Pluricultural de Derecho en el Perú.

Referencias bibliográficas

- Assies, W. y otros (1999). *El resto de la diversidad; pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*. Colegio de Michoacán.
- Ballón, F. (2002). Reforma constitucional y pueblos indígenas. En R. Zariquiey (ed.). *Actas del V Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe: Realidad multilingüe y desafío intercultural. Ciudadanía, cultura y educación*. (pp. 173-182). Cooperación Técnica Alemana, Ministerio de Educación y PUCP.
- Ballón, F. (2004). *Derechos de los Pueblos Indígenas*. Defensoría del Pueblo.
- Bernales, E. y Ballón, F. (2007). La pluralidad cultural en la Constitución peruana de 1993 frente a las perspectivas de la reforma judicial y al derecho pena. En J. Hurtado (dir.). *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal*. PCUP y Universidad de Friburgo. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_06.pdf
- Chuecas, A. (s.f.). *El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú*. Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP). [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/\\$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf)
- Clavero, B. (1994). *Derecho Indígena y cultura Constitucional*. Siglo XXI.
- Clavero, B. (2000). *Ama Lluncken, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino para América*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Cotler, J. (2019). *Clases, Estado y Nación*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Díaz-Polanco, H. (2004). Reconocimiento y distribución. En R. Hernández, S. Paz y M. Sierra (coord.). *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN: neoindigenismo, legalidad e identidad*. (pp. 333-356). CIESAS.
- Donoso, A. (2004). Comunicación, identidad y participación social en la educación intercultural bilingüe. *Revista Yachaykuna*, 5, 6-38. <http://icci.native-web.org/yachaikuna/>
- Godenzzi, J. (2004). Globalización, Multilingüismo y Educación: El caso del Perú. *Revista Aportes Andinos*, 11, 1-11. <https://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/50.pdf>
- Gómez, M. (1995). *Lectura Comentada del convenio 169 de la OIT, Bajo el Título "Derechos Indígenas"*. 2da. edic. INI.
- Gómez, M. (2000). Derecho Indígena y Constitucionalidad. En M. Castro (ed.). *Actas del II Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio*. Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá.
- González, J. (2002a). Debate Nacional sobre el Derecho Indígena. En J. González (Coord.). *Constitución y Derechos Indígenas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.
- González, J. (2002b). *Constitución y Derechos Indígenas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM

- Guevara, A. (1999). *Las Causas Estructurales de la Pluralidad Legal en el Perú*. Instituto Riva Agüero-Facultad de Derecho de la PUCP.
- Häberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Trotta.
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Paidós.
- Jellinek, G. (1999). La Naturaleza de la Soberanía. En C. Blancas y otros (edic.). *Derecho Constitucional General*. Tomo I. Fondo Editorial de la PUCP.
- Julca, F. y Nivin, L. (2020). El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú: avances y desafíos. En F. Julca y U. Aniceto (eds.). *El Derecho en el Perú: Dilemas y prácticas jurídicas*. (pp. 197-227). Colegio de Abogados de Áncash y Killa editorial.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Paidós.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Organización de Estado Americanos (1948). *Novena Conferencia Internacional Americana*. Washington. http://www.oas.org/es/acerca/nuestras_direcciones.asp
- Peña, A. (2007). Las sanciones en el derecho y justicia penales en los aymaras del sur andino. En J. Hurtado (Dir.). *Derecho penal y pluralidad cultural*. (pp. 41-71). Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo.
- Real Academia Española (2001). *Diccionario de la Lengua Española*, 22^{va} edic.
- Rivera, S. (2004). La noción de Derecho o las paradojas de la modernidad poscolonial: indígenas y mujeres en Bolivia. *Revista Aportes Andinos*, 11, 1-15.
- Roldán, J. (s.f). *Perú, Mito y realidad*. S.e.
- Villoro, L. (2002). El Estado-Nación y las Autonomías Indígenas. En J. González (edic.). *Constitución y Derechos Indígenas*. IIJ-UNAM.

Fecha de recepción: 03-08-2021

Fecha de aceptación: 04-10-2021

Correspondencia:

Luis Robles Trejo

lroblest@unasam.edu.pe