

HACIA UN RECONOCIMIENTO PLENO DE LAS RONDAS CAMPESINAS Y EL PLURALISMO LEGAL

Publicado en: Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes. No 59-60 Edición Especial, Vol. 1 (2002) Sicuani, Cusco: Instituto de Pastoral Andina (pp.31-81)

Raquel Yrigoyen Fajardo [2]

raquelyf@alertanet.org

Introducción[1]

El objetivo de este texto es explicar la naturaleza de institución comunitaria andina que tienen las rondas campesinas, a fin de sustentar sus demandas de reconocimiento constitucional y legal. Este análisis parte de una interpretación pluralista de la Carta constitucional de 1993 y del Convenio 169 de la OIT, con el objeto de enriquecer el debate sobre la reforma constitucional en curso.

Las Rondas Campesinas constituyen una forma extendida de institución comunal andina que ejerce funciones de gobierno local, justicia, desarrollo local, interlocución con el Estado y articulación supra-local. Las Rondas demandan pleno reconocimiento constitucional y legal para el ejercicio de funciones jurisdiccionales y de autoridad comunal local, en el marco de un modelo de Estado pluricultural y democrático. Estas demandas chocan contra una interpretación monista -que reduce la producción del derecho a ciertos órganos estatales- y restrictiva -que interpreta de modo estrecho los derechos culturales-. Sin embargo, cabe respaldarlas si se analizan las mismas desde una perspectiva pluralista, que admite la coexistencia de diversos sistemas culturales y legales en un mismo espacio geopolítico, articulados democráticamente.

En el Perú existe una situación de pluralismo cultural, lingüístico y legal[3], como ahora lo reconoce la Constitución política de 1993 y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) -ratificado por el Estado peruano. Históricamente, la falta de respeto del pluralismo cultural y legal se ha traducido en diversas formas de marginación y represión de la diferencia, incluyendo la ilegalización de los sistemas normativos indígenas y campesinos y de otros colectivos, la criminalización de prácticas culturales distintas a los referentes del derecho oficial, y la represión de autoridades indígenas y comunales que administran justicia de acuerdo a sus normas, valores y principios.

El reconocimiento constitucional de la diversidad cultural y el pluralismo legal por la Carta de 1993 y el Convenio 169 de la OIT plantea nuevos retos teóricos y políticos. Tal reconocimiento cuestiona los binomios Estado-Nación y Estado-Derecho, obligando a un replanteamiento de la relación Estado-derecho-sociedad. Ello supone trabajar en el plano del desarrollo normativo, la implementación institucional y la cultura legal. Sólo asumiendo plenamente dicho reconocimiento se podrá empezar a construir un modelo de Estado Democrático y Pluricultural de Derecho. Aquí anotamos algunos de tales retos, máxime si se debate una nueva reforma constitucional.

I. Las Rondas Campesinas.

1. Sobre el Origen y funciones de las Rondas Campesinas[4]

Las Rondas Campesinas[5] surgen en la sierra norte del país en la segunda mitad de los setentas, pasada la reforma Agraria, en un contexto social y cultural de población andina pero sin propiedad comunal de la tierra. En las provincias del centro de Cajamarca (Chota, Hualgayoc-Bambamarca, Cutervo), algunos hacendados habían fragmentado las tierras con anterioridad a la Reforma Agraria generando un patrón extendido de minifundio, por lo que la Reforma sólo reconoció algunas comunidades campesinas donde todavía quedaban haciendas y pudo expropiar dichas tierras. [6] Si se visita las zonas donde surgieron las rondas o se lee

los trabajos al respecto, se puede apreciar la existencia de una identidad cultural propia con instituciones andinas[7] para el matrimonio (*robadita, servinacuy*), las contraprestaciones de fuerza de trabajo para la construcción de casas (*pararaico*), la producción y el trabajo comunal (*ayni, minga*), el pago a la tierra, las celebraciones rituales familiares y colectivas. Como en otros lugares del país, donde la población andina ha perdido la propiedad colectiva de la tierra, sin embargo, todavía la reproducción de la vida social material y cultural están marcadas por la lógica de la reciprocidad andina.[8]

La Reforma Agraria produjo una transformación del poder y la autoridad en las zonas rurales. El poder tradicional de las haciendas fue quebrado y sustituido por un importante funcionariado estatal y las autoridades comunales, donde se reconocieron comunidades campesinas. Pero, pasado el impulso de la Reforma Agraria se produjo también el abandono estatal del campo y la agudización de la pobreza. En el norte, al abandono estatal, en ausencia de las haciendas y escasez de autoridades comunales, le siguió la agudización de los problemas de seguridad, como el robo por bandas organizadas[9] y entre vecinos, que hizo evidente la necesidad de respuestas de carácter supra-familiar entre la población minifundista. Ante esa necesidad colectiva de protección, surgió como respuesta una nueva forma organizativa, las autodenominadas “rondas campesinas”. Al inicio llamaban “rondas” a los grupos de vigilancia nocturna, pero luego las rondas se convirtieron en un sistema de autoridad comunal propio. La población de base cultural andina, pero carente de un sistema de autoridad comunal propia, encontró en las rondas la forma de organizarse comunalmente en torno a una asamblea en la que participa toda la población de la estancia o aldea y un comité directivo elegido democráticamente.

A partir del éxito obtenido en el control del abigeato, las RC empezaron a cumplir otras tareas. Las asambleas permitieron un espacio privilegiado para presentar y discutir todo tipo de conflictos y problemas, y tomar decisiones consensuadas.[10] Las rondas ampliaron sus funciones hacia tareas de desarrollo comunal, gobierno local e interlocución con el Estado. La práctica de resolución de conflictos y problemas vía asambleas, el apoyo mutuo para rondar y realizar obras comunitarias, la apertura de nuevos espacios de comunicación y reciprocidad, las celebraciones colectivas por los aniversarios de rondas y la reinención de la “identidad rondera” sentaron las bases para la recreación de la “comunalidad”.[11] Las rondas se convirtieron así en una nueva forma de autoridad comunal andina que ejerce su autoridad dentro de su ámbito territorial (comunidad, aldea, caserío) en coordinación con las rondas vecinas de su zona, distrito o provincia, en los casos o problemas que lo ameriten.

2. La Justicia Campesina

Las rondas pasaron de ver casos de seguridad a la resolución de todo tipo de conflictos y problemas, teniendo como trasfondo la lógica de la reciprocidad andina y la búsqueda de la armonía comunal. Casos que eran ventilados durante años y con mucho gasto de dinero y tiempo por parte los campesinos en las instancias judiciales, con las rondas los resolvían en horas, en el lugar de los hechos (especialmente si se trata de problemas de tierras), con todas las partes involucradas y con presencia de la comunidad, garante del cumplimiento de los acuerdos. Igualmente, las RC han visto problemas y conflictos nunca atendidos por el Estado, como robos menores, demandas por alimentos cuando no hay pruebas formales de filiación, conflicto de familias, maltrato de mujeres, denuncias por amenazas o daños de brujerías, entre otros. En los problemas de familia, tierras y otros conflictos tratan de atender los intereses de ambas partes con el objetivo de que las víctimas reciban alguna forma de reparación o compensación y que los infractores “se reintegren a la comunidad”. Siempre cierran los arreglos con una “acta de arreglo” o “acta de esclarecimiento del problema” o acuerdo de algún tipo, en el que estampan su firma o huella digital tanto las personas directamente implicadas como sus familiares cercanos (como un mecanismo de prevención de conflictos) y las autoridades ronderas presentes. Cuando el problema es grave e involucra varias estancias también están presentes autoridades de las mismas que igualmente ponen su firma y sello.

Las RC aplican una lógica restitutiva en los casos de robo, abigeato o daños obligando a los abigeos o agentes dañinos a devolver lo robado y reparar el daño. A los infractores tanto de hechos dañinos como a los que incumplen acuerdos, aplican como sanciones trabajar

durante el día en alguna obra comunal y rondar durante la noche pasándolos de base en base cada 24 horas (como en Jaén) o cada tres días (Huaraz). Entre las penas que aplican también hay algunas formas de castigo físico aprobadas en asambleas, que los ronderos llaman “hacer física” (ejercicios como “hacer ranas” y otros) y “castigo de masas” (alguna forma de castigo físico aplicado por los familiares o las mujeres) [12], que ha sido reemplazado cada vez más por trabajo comunal y ronda. Expresamente rechazan en sus reglamentos “la tortura”, la desaparición y pena de muerte.[13] El objetivo central de la justicia rondera sigue siendo la reparación de las víctimas y la reintegración del ofensor, su “arrepentimiento” por los daños causados, que “comprenda su error” y no continúe realizando daños: *“tiene que rondar para que vea como sufrimos de noche rondando, para comprenda nuestro sacrificio, y él no siga en su error”*. En casi todas las estancias las rondas se jactan de que *“los peores abigeos se han convertido en los mejores ronderos”*.

Expansión de las Rondas

El efecto demostración de la eficacia de las RC en el combate del robo y la solución de otros problemas comunales dio lugar a una rápida extensión del modelo entre fines de los setenta y la década del ochenta, cubriendo muchos departamentos del país e involucrando unos 400 mil comités locales[14]. De hecho, el movimiento rondero constituyó el movimiento campesino más dinámico del país entre mediados y fines de los ochenta. Al expandirse la forma de organización rondera a lugares donde había comunidades campesinas, como Piura, Huaraz, y luego Cuzco, Puno, y regiones de la selva las RC se constituyen en el órgano de justicia de las comunidades campesinas, obligándolas a dinamizarse. Pero además, la coordinación de rondas de diversas comunidades y estancias ha posibilitado la creación de instancias supracomunales de justicia. A inicios de los noventa el gobierno de Fujimori dio decretos de militarización de las rondas aun en zonas donde no había violencia política, con la consiguiente represión de las rondas que no aceptaban militarizarse. Al caer el régimen de Fujimori empieza a haber una nueva recuperación.

La recreación de una nueva identidad comunal andina.

La organización colectiva en general, pero particularmente la justicia rondera ha permitido a la población organizada en rondas crear una **identidad “campesino-rondera”** y tener orgullo de ella, como no se veía antes: *“somos campesinos de poncho y llanque, pero nuestra justicia es verdadera y no como en la ciudad, que apoyan las malas injusticias y al inocente lo hacen caer”* (dirigente rondero de Chota). Esta recreación o reinvenición de la identidad se basa en elementos andinos típicos como la reciprocidad, la importancia de los lazos familiares y comunitarios, ciertas instituciones y valores, así como en elementos nuevos como la participación democrática universal, el concepto del control de las “masas”, el “asambleísmo”. La cultura legal y política rondera tiene como conceptos clave la discusión y votación en asambleas, la elección anual de cargos, la revocación de corruptos en cualquier momento. Ahí radica la legitimidad y la fuerza de la organización rondera, las cuales se alimentan recíprocamente. Hacia afuera reclaman participación y ser tenidos en cuenta, sin subordinación *“ya no tenemos que sacarnos el sombrero y agachar la cabeza ante cada autoridad”*.

Relación con autoridades estatales

En el ámbito comunal (estancia, aldea), por lo general las Rondas han integrado como parte de su estructura de autoridades al Teniente Gobernador, quien es un campesino más, pero nombrado como representante del Ejecutivo, al agente municipal y al juez de paz. Cuando las RC son la autoridad comunal (estancia, caserío, aldea), todas las autoridades se someten a la asamblea comunal, donde se toman las decisiones más importantes. Por lo general, es la asamblea la que elige a las autoridades locales mencionadas, designación que luego recibe formalización oficial.

Los problemas de las RC suelen empezar cuando se sale del ámbito comunal. En general, los jueces y fiscales consideran que la actuación rondera está fuera del marco legal y que no tienen competencia para administrar justicia, detener a abigeos ni aplicar sanciones. En gran parte de casos, las denuncias contra ronderos son hechas por los abigeos (o sus familiares) pero las autoridades judiciales les dan curso por su cultura legal *monista* y por

sentirse amenazados por esta nueva forma de justicia que pone en tela de juicio su actuación. Cientos de dirigentes ronderos han sido perseguidos y procesados por delito contra la libertad individual, secuestro, lesiones, delito contra la administración de justicia, entre otros, especialmente a inicios de los noventa. Sumándose a ello la militarización de las rondas a partir del Decreto 002-93 de Fujimori.

Tipos de rondas

Actualmente hay tres fenómenos sociales que se autodenominan *Rondas Campesinas autónomas*(RC): 1) En estancias o caseríos donde no hay comunidades campesinas así reconocidas, las RC constituyen *la autoridad comunal* para el gobierno local, la administración de justicia, el desarrollo local, la representación y la interlocución con el Estado (funciones que cumplen las comunidades campesinas), 2) donde hay comunidades campesinas (CC) o nativas (CN), las RC son el órgano de seguridad y justicia de las mismas (existiendo comunidades CC y CN que no tienen rondas), y 3) En el nivel zonal, distrital o provincial, las RC son instancias u organizaciones supra-comunales para atender problemas de justicia y organización.^[15] No estoy incluyendo los Comités de Autodefensa en tanto sus objetivos eran más bien de carácter transitorio, vinculado a la estrategia contrainsurgente y dependientes del Ejército.

Las rondas de CC y CN, al ser órganos de las mismas no requieren de reconocimiento constitucional ni legal específico pues gozan de la personalidad jurídica y reconocimiento de las mismas. Las rondas que requieren reconocimiento legal son aquellas que constituyen la forma autoridad comunal andina donde no hay propiedad colectiva de la tierra y por ende no se ha reconocido comunidades campesinas, pero que sociológicamente tienen una identidad colectiva andina.

3. La lucha por la legalidad

Luego de una década de existencia y mucha lucha, en 1986 se dio la ley 24571 que reconoce a las *Rondas campesinas pacíficas, democráticas y autónomas* como organizaciones destinadas al servicio de la comunidad, el desarrollo y la paz social, teniendo además como objetivos la defensa de sus tierras, el cuidado de su ganado y demás bienes. Y establece que su estatuto y reglamento se rigen por las normas que establecen la Constitución y el código civil para las comunidades campesinas. La ley 24571, al indicar que las rondas deben regularse por las normas que rigen a las comunidades campesinas, si bien no las convierte en comunidades campesinas, sí reconoce la naturaleza comunal de las rondas. La Constitución, al referirse a las comunidades campesinas, garantiza su autonomía organizativa.

La emisión de la ley 24571 permitió reducir en gran modo la represión policial y judicial que sufrían las autoridades ronderas. Sin embargo, dado que menciona que las autoridades políticas deben acreditar a los miembros de las RC, dichas autoridades, pertenecientes al partido de gobierno (APRA), sólo acreditaban a RC vinculadas al mismo, fomentando el divisionismo entre las RC. En 1987, el Gobierno de Alan García emitió el Decreto Supremo 012, del Sector Interior, buscando corporativizar y subordinar a las RC ante la policía. Este decreto tuvo un rechazo unánime por parte de las RC, así como de los Obispos de las regiones con mayor presencia rondera, Monseñor Dammert y Mons. Cantuarias de Cajamarca y Piura, respectivamente, y no pudo ser aplicado. Inclusive algunas rondas interpusieron acciones de amparo contra dicho decreto.^[16]

Como la ley no otorga funciones jurisdiccionales expresas a las RC, continuaron los casos de ronderos procesados por los presuntos delitos ya mencionados (usurpación de funciones, privación de libertad, abuso de autoridad, coacciones, etc.). Como ejemplo, entre 1992 y 1993 había más de 100 órdenes de captura contra dirigentes ronderos de Bambamarca, Cajamarca. Y cuando se produjo una ola de secuestros en Lima, la capital, se cambió la tipificación y penalidad del delito de secuestro, sobrecriminalizándolo. Ya no se requería el móvil económico en el tipo, bastaba alguna forma de restricción de la libertad, y la pena de prisión fue elevada drásticamente. En el caso particular de Bambamarca, para seguir con este ejemplo, muchos dirigentes fueron detenidos, otros huyeron o se escondieron. Ello, entre otros factores, acarrió el debilitamiento de la organización. Entonces nació la demanda de una reforma constitucional que expresamente les dotara de función jurisdiccional. La represión de

las rondas se agudizó con el Decreto 002 de militarización de las rondas expedido por el Gobierno de Fujimori a inicios de 1993, que las obligaba a someterse al reglamento de organización y funciones de los Comités de Autodefensa, subordinados a los mandos militares. Las Rondas que se resistieron a la militarización no fueron reconocidas por los prefectos (como el caso de Bambamarca) y fueron perseguidas judicialmente por terrorismo, usurpación de funciones y otros delitos (como en San Marcos, Cajamarca, o las Rondas del Callejón de Huaylas, Huaraz). La demanda de reconocimiento constitucional fue expresada por dirigentes ronderos en diferentes encuentros y su articulación y difusión contó con el apoyo de diversos sectores, entre ellos ONGs de derechos humanos, la Iglesia Católica y la Mesa de Pluralidad Jurídica y Derecho étnicos.[\[17\]](#)

II. Análisis del modelo pluralista reconocido en la Constitución de 1993 y el Convenio 169 de la OIT.

1. Contexto de la reforma:

En la **última década del s. XX** destacan dos tendencias tanto en el ámbito internacional como nacional. De una parte, surge un nuevo modelo de gestión de la multiculturalidad que podríamos llamar **pluralista**. Se da en el contexto del cuestionamiento internacional a los Quinientos años del “Descubrimiento/ Invasión”, la adopción del Convenio 169 de la OIT, movimientos de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas, y las reformas constitucionales en más de una quincena de países en Latinoamérica.[\[18\]](#) Lo central de estos cambios es que cuestionan los binomios Estado-Nación y Estado-derecho. Se quiebra la idea de que el Estado representa una nación homogénea, y pasa a reconocerse la diversidad cultural, lingüística y legal. Al cuestionarse el monopolio de la producción jurídica por el Estado, se admiten diversos grados de pluralismo legal, reconociéndose a los Pueblos y comunidades Indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades, y formas de justicia.[\[19\]](#) La otra tendencia internacional es el modelo socio-económico llamado “neoliberal” que se basa en promover mecanismos de desregulación para facilitar las transacciones internacionales, librándolas a las reglas de la competencia y el mercado. Se abandona la idea de un estado proteccionista, de bienestar.

Ambas tendencias tienen un correlato en Perú. La reforma del Código Penal de 1991 (art. 15), algunos artículos de la Constitución de 1993 (art. 2, 19 y 149), y la ratificación del Convenio 169 de la OIT, reflejan dichos cambios y la adopción –aunque contradictoria con otras normas- de derechos de los pueblos indígenas, el reconocimiento de la diversidad cultural y el pluralismo legal. Pero, simultáneamente, el Gobierno introduce un modelo “neoliberal” en la reforma constitucional y en las políticas socio-económicas, así como mecanismos autoritarios de manejo de la cosa pública. En esa línea, la Constitución abandona la noción de “territorios” y elimina la inalienabilidad de las tierras comunales, que todas las Constituciones habían reconocido desde 1920. Ello se dio para facilitar la compra de tierras por las empresas transnacionales (interesadas en explotar nuevamente productos primarios) y supuestamente para favorecer el acceso al crédito bancario a través de la hipoteca de la tierra[\[20\]](#).

Como las reformas legales se dan en un contexto políticamente autoritario y de utilización de la población indígena/campesina para el combate anti-terrorista, el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, el pluralismo cultural y legal, se queda en el papel, no se implementa institucionalmente, y ni siquiera se difunde, a diferencia de las reformas neoliberales, que sí tuvieron eficacia instrumental.

No obstante la falta de implementación de las reformas de carácter pluralista y su coexistencia con normas contradictorias, ellas son parte de la normativa nacional y tienen fuerza vinculante, como la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural y el pluralismo legal. En un nuevo contexto democrático requieren ser interpretadas y aplicadas desde una perspectiva pluralista y progresiva. Ahora que se discute una nueva reforma constitucional debe buscarse el afianzamiento de los avances realizados y la superación de las contradicciones y limitaciones existentes.

2. Análisis del Reconocimiento del Carácter Pluricultural de la Nación

En una fórmula inspirada en la Constitución Colombiana de 1991, la Constitución de 1993, en su Art. 2,19, incorpora un punto de quiebre respecto del concepto monocultural de Estado-Nación mediante el cual el Estado reconoce que la nación tiene una composición multicultural y multiétnica. El reconocimiento de los Pueblos Indígenas como sujetos políticos (y no como meros objetos de políticas de asimilación o integración) que hace el Convenio 169 de la OIT, permite que se supere la visión de que el Estado sólo representa a un pueblo y una cultura.

Textualmente, el Art. 2,19 de la Constitución, dice:

“Toda persona tiene derecho: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación”.

La Constitución instituye el derecho *individual* a la identidad diferenciada, y el derecho *colectivo* de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir respeto y protección del Estado. Como titulares del derecho colectivo aparecen los grupos étnicos y otros colectivos culturales, al margen de su estatuto legal.^[21] Por los verbos utilizados, “reconocer” y “proteger”, el Estado no sólo admite que exista la diversidad étnica y cultural, sino que se obliga a proteger la misma. Esta obligación del Estado cubre funciones negativas, como evitar la criminalización de la diferencia cultural, y funciones proactivas destinadas al desarrollo de las diversas culturas y etnias. De este marco se desprende una nueva configuración institucional de carácter pluricultural destinada al fomento de los diferentes grupos étnicos y culturales, así como de sus propias expresiones culturales, lingüísticas, formas de organización, instituciones, costumbres, y sistemas normativos. En correspondencia con el reconocimiento de la pluralidad cultural, la Constitución también oficializa los idiomas indígenas y reconoce derechos específicos a las comunidades campesinas y nativas.^[22] Igualmente, reconoce el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial (justicia campesina e indígena).

Otra consecuencia del reconocimiento constitucional de la diversidad cultural es que al estar garantizada como derecho carece de sustento legal el uso del sistema penal para lograr la desaparición de tal diversidad. Igualmente carece de sustento legal la represión de las personas que no se integran a la pauta cultural dominante. El respeto de la diversidad cultural tiene como efecto directo la descriminalización de los hechos culturales que podrían configurar hechos punibles, como formas tempranas de unión conyugal, manejo ritual y social de plantas que están en la lista de sustancias psicoactivas, tratamiento de la salud no convencional, aplicación del derecho y la justicia campesina/indígena, y hechos vinculados a la creencia en brujería y hechos sobrenaturales. Esto se compatibiliza con el Art. 15 del Código Penal de 1991.

Por la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el Estado además reconoce una serie de derechos a los Pueblos Indígenas (PI), a ser ejercidos en el plano interno (autonomía interna) y en el plano externo (derechos de consulta y participación en los asuntos públicos que les puedan afectar). De ese modo, los PI dejar de ser objetos de políticas que dictan terceros y pasan a ser sujetos políticos.

3. El reconocimiento del Pluralismo Legal en el Perú

Las dos normas fundamentales que consagran un modelo de pluralismo legal interno son la Carta Constitucional de 1993 y el Convenio 169 de la OIT, las cuales deben interpretarse conjuntamente. Cabe anotar que como criterio interpretativo debe utilizarse el Art. 35 del Convenio, el cual establece que priman las normas (o incluso acuerdos nacionales –políticos-) que otorgan más derechos o ventajas a los PI.

El **Art. 149** de la Constitución de 1993 señala:

*“Las autoridades de las Comunidades campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el **derecho consuetudinario** siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de*

dicha **jurisdicción especial** con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

El Convenio 169 de la OIT establece, entre otras disposiciones:

Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar **sus costumbres e instituciones propias** siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse **procedimientos** para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Art.9,1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, **deberán respetarse los métodos** a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.”

Objeto de reconocimiento.

Lo primero que se desprende del texto constitucional y el Convenio 169 de la OIT es que hay un reconocimiento de tres contenidos mínimos: a) el derecho indígena/comunal, que la Constitución y el Convenio llaman *derecho consuetudinario*. No se trata del reconocimiento de un *corpus* fijo de normas, sino de la potestad normativa o reguladora de los pueblos indígenas y comunidades; b) la función jurisdiccional especial (JE), *i.e.*, la potestad de impartir o administrar justicia. Ello incluye la validez y eficacia de las decisiones de la JE de modo autónomo, y c) el sistema institucional o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones de autogobierno, incluidos los mecanismos de designación, cambio y legitimación de autoridades propias.

Antes de esta reforma constitucional sólo se definía como *ley* a la emanada por los órganos estatales, y lo demás era considerado como *costumbre*. Las costumbres, como una fuente secundaria del derecho, sólo eran admisibles a falta de ley (estatal) y nunca en contra de ella (*contra legem*), en cuyo caso podían constituir delito. Al reconocerse funciones jurisdiccionales a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas siguiendo su propio derecho y aplicado por sus propias autoridades, se admite explícitamente la existencia de órganos distintos al poder judicial, legislativo y ejecutivo para la producción del derecho y la violencia legítima. Se reconoce entonces el llamado *derecho consuetudinario* no sólo como fuente del derecho (estatal), sino como un derecho propio que se aplica incluso contra la ley estatal, sólo bajo el techo de los derechos humanos. Este tema fue explícitamente debatido en el Congreso Constituyente: que el reconocimiento del pluralismo legal implicaba la aplicación del *derecho consuetudinario* aún en contra de la ley, y por eso es que esta norma merecía estatuto constitucional y no sólo legal.[\[23\]](#)

En este sentido se pronuncian los constitucionalistas Bernal y Rubio. El reconocimiento de la jurisdicción especial “*permite el ejercicio de la función jurisdiccional por un órgano u organización distintos al Poder Judicial, limitándose el principio de la unidad y exclusividad del Poder Judicial para dicha función, consagrado en el inc. 1 del Art. 139*” (Bernal, 1999: 682). Por lo tanto, cuando las autoridades indígenas o comunales ejercen estas funciones jurisdiccionales los tribunales ordinarios deben inhibirse de intervenir, so pena de actuar inconstitucionalmente, anota Rubio[\[24\]](#).

La Jurisdicción Especial (JE), como sistema de resolución de conflictos indígena/comunal que actúa de acuerdo a su propio derecho y marco cultural, tiene las facultades y competencia que los pueblos y comunidades implicados quieran otorgarle. El reconocimiento legal (vía la Constitución y el Convenio 169) de la JE tiene como objeto evitar la colisión que ocurría entre el derecho estatal y los derechos indígenas/comunales. Por lo tanto, desde una mirada externa, el reconocimiento de la JE, incluye mínimamente las potestades que tiene cualquier jurisdicción: *Notio*, *Iudicium*, *Imperium* o *coercio*. [\[25\]](#) Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*Notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*Iudicium*), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas

sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (*Coercio o Imperium*).

Los actos de coerción personal derivados del ejercicio de la función jurisdiccional especial (dentro de su territorio y siguiendo su propio derecho) no constituyen, por definición, usurpación de funciones de la jurisdicción ordinaria, o delito de secuestro, privación ilegal de la libertad ni ninguna otra forma delictiva, como no lo son la captura, trabajo comunitario, prisión, embargo, impedimento de salida que sufren las personas por orden legítima de la jurisdicción ordinaria. Se trata, por propio reconocimiento constitucional, del ejercicio de un derecho, del derecho de los pueblos y comunidades de ejercer funciones jurisdiccionales. El ejercicio de un derecho no puede constituir por tanto la comisión de un delito pues no sólo no está prohibido, sino que su ejercicio está legitimado y protegido. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional de Colombia ha respaldado estas facultades de la jurisdicción especial.^[26] Ello incluye claramente no sólo potestades coercitivas generales sino también potestades punitivas específicas las cuales ya no están en manos de la jurisdicción penal ordinaria sino de la jurisdicción especial o tradicional (San Martín, 1999, 90-91).

Sujeto titular del derecho

Interpretando sistemáticamente el Convenio 169 y la Constitución de 1993, los sujetos titulares del derecho de contar con una jurisdicción especial son los pueblos indígenas y las comunidades andinas y amazónicas.

La Constitución menciona tres formas de organización comunal que pueden ejercer funciones jurisdiccionales: las Comunidades Campesinas (CC), las Comunidades Nativas (CN) y las Rondas Campesinas (RC). A las dos primeras la Constitución les reconoce además personalidad jurídica, tierras colectivas y una serie de derechos históricos. Dichas figuras jurídicas fueron creadas por leyes de la Reforma Agraria a principios de los setenta. El término Comunidades Campesinas reemplazó al *decomunidades indígenas*, utilizado desde la Constitución de 1920, y alude a los colectivos indígenas fundamentalmente asentados en la serranía. Con el proceso de reforma agraria se expropiaron haciendas y se constituyeron CC en muchas de ellas, iniciándose un registro masivo de CC. Con la ley de Comunidades Nativas se buscaba proteger a los pueblos amazónicos, especialmente frente a la creciente invasión de colonos. Las RC fueron constituidas por iniciativa propia de los campesinos en la segunda mitad de los 70, justamente donde no se habían constituido CC, cubriendo demandas de "comunalidad": funciones de seguridad y administración de justicia, gobierno local, e interlocución con el Estado. La ley 24571 de 1986, les dio reconocimiento como "organizaciones al servicio de la comunidad" y las homologó parcialmente a las CC. Por la redacción del artículo 149 ("con apoyo de") se producen problemas interpretativos sobre el alcance de las atribuciones de las RC. La ambigüedad en la redacción del texto^[27] y la falta de una interpretación progresiva y sistemática ha generado la desprotección de las RC.

El concepto de "Pueblos Indígenas" que utiliza el Convenio 169 de la OIT es más amplio que el de "comunidades" que utiliza la Constitución y otorga más derechos y ventajas a dichos pueblos, debiendo interpretarse la Constitución a la luz del principio pro-indígena (art. 35 del Convenio 169). La Constitución otorga facultades jurisdiccionales a tres figuras legales específicas, en cambio, el Convenio las otorga a los Pueblos Indígenas. Para la definición de los mismos ha de tenerse en cuenta la auto-identificación, más allá del estatuto legal del colectivo indígena en cuestión. ^[28] Ello implica, en primer lugar, que pueden gozar de dicho derecho (a la jurisdicción especial) no sólo los colectivos nominados por la carta constitucional, sino todos los colectivos que se autodefinen como indígenas, con base en el derecho de autodefinition que consagra el Convenio 169 (Art. 1, inc. 2). Cabe recordar que en el Perú el término "indígena" fue exitosamente sustituido por el de "campesino". Este término es utilizado como un identificador socio-cultural y no sólo socio-económico. En segundo lugar, con base en el concepto de "pueblos", debe considerarse que gozan de dicho derecho no sólo instancias comunales, sino también organizaciones de nivel supra-comunal (grupos étnicos extensos, federaciones o los llamados "pueblos no contactados"). Las propias Rondas Campesinas consideran que les es aplicable el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas.^[29] En

síntesis, gozan del derecho de tener una jurisdicción especial: además de los entes comunales mencionados por la Constitución, otros entes comunales no mencionados por ella (o mencionados deficientemente como en el caso de las Rondas Campesinas), y organizaciones supracomunales.

Competencias.

Competencia territorial.

El texto constitucional tiene como eje de la Jurisdicción Especial la competencia territorial. Es decir, que la JE tiene competencia respecto de los hechos o casos que se presentan dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas.^[30] Y la eficacia de dichas decisiones es de alcance nacional.^[31] Para dar contenido al concepto de “ámbito territorial” es importante utilizar el Convenio 169 de la OIT que define el territorio como “*la totalidad del habitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera*” (Art. 13, 2) e incluye dentro de los derechos territoriales inclusive “*las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia*” (Art. 14, 1). El ámbito territorial no equivale entonces a tierras de *propiedad legal* del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera. Esto es importante porque en el Perú no todas las comunidades tienen tierras tituladas o perfectamente delimitadas, y actualmente la Constitución permite la venta de tierras comunales sin que por ello desaparezca la comunidad como ente colectivo sujeto de derechos. Las rondas campesinas de estancias y aldeas tampoco tienen tierras de propiedad común pero sí tienen espacios delimitados de actuación de acuerdo al límite de la estancia, aldea o caserío (que es el espacio de las familias empadronadas y que participan en las asambleas). Lo importante es que se trate del espacio sobre el cual interactúan de alguna manera y por ende es ahí donde se aplica el derecho y la justicia indígena/comunal/rondera. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia al establecer el precedente de que el término *territorio* no solamente se refiere a la tierra de propiedad legalmente reconocida, sino a la habitualmente ocupada por una comunidad indígena^[32] o a “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales” (Sentencia T-384 de 1994).^[33]

Competencia material.

Dentro del ámbito territorial propio (del pueblo indígena, comunidad o ronda), la jurisdicción especial tiene competencia para conocer todas las materias que juzgue conveniente, de acuerdo a su propio derecho, *i.e.* a su potestad normativa. Ni la Constitución ni el Convenio establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de hechos que puede conocer el derecho indígena. Y donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, recortar o reducir. Esta amplitud es coherente con el hecho de que la jurisdicción especial se aplica de conformidad con el *derecho consuetudinario*, que tiene su propio modo de clasificar y reconstruir los hechos sociales desde sus propios valores y categorías, que no necesariamente corresponden a las categorías del derecho oficial. Esta amplitud se condice con el Convenio 169, que ilustrativamente menciona en sus diversos artículos materias referidas a la propiedad y manejo de la tierra, los métodos de persecución de delitos, la forma de organización social, política y económica.

Antes del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial, formalmente, las faltas penales y los casos de menor cuantía civil eran de competencia de los jueces de paz, y los delitos y casos de mayor cuantía civil eran competencia de los jueces de instancia, de acuerdo a su especialidad. A partir de la Carta del 93 y la ratificación del Convenio 169, la jurisdicción especial es la competente para ver todo tipo de casos dentro del ámbito territorial comunal, estén o no tipificados por el derecho oficial, sean leves o graves, o sean calificados como penales o civiles por el derecho oficial, ya que dicha jurisdicción especial no se rige por la ley estatal, sino por su propio derecho. Si bien todavía algunos autores consideran que las materias que puede conocer la jurisdicción especial no pueden interferir con las que son de competencia de los jueces de paz y otras autoridades judiciales^[34], una lectura más

comprehensiva del Art. 149 ha ganado terreno en la doctrina nacional (Bernaes, 1999, Rubio, 1999, San Martín 1999, Peña 1994, Yrigoyen 1994, 1995). Si la jurisdicción especial sólo pudiese conocer lo que no es de competencia de la jurisdicción ordinaria, entonces prácticamente no podría conocer ninguna materia ya que cualquier asunto puede caer en la competencia de los jueces de paz (faltas y casos no graves) o de los jueces de instancia (delitos y casos de mayor cuantía). Esta era la situación anterior a la de la reforma del 93 y la ratificación del Convenio 169, que ponía en la ilegalidad la justicia indígena y comunal. Justamente por ello es que se dio el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial, ya que de otro modo ésta no podría actuar sin violar la ley. El constitucionalista Marcial Rubio aclara este punto al analizar el alcance del Art. 149 de la Constitución de 1993, en concordancia con la voluntad del legislador: "*La función jurisdiccional será ejercida de conformidad con el derecho consuetudinario. Quiere decir esto que aplicarán las costumbres del lugar (...). Podrán aplicar todo tipo de costumbre: las que llenan los vacíos de la ley y las que secundan la ley porque son llamadas por ella (...) pero también las que van contra la ley (tradicionalmente prohibidas en nuestro derecho), y que son precisamente aquéllas para las que sirve esta autorización.*" (Rubio, 1999: 200).

El penalista César San Martín también coincide con este punto de vista al señalar que la jurisdicción especial (a la que también llama *tradicional*) constituye una excepción a la jurisdicción ordinaria, y en tal caso es la jurisdicción ordinaria la que no debe intervenir.^[35] En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, reconociendo competencia a la JE inclusive en casos de homicidios (Sánchez et. al., 2000, p. 132). Una reducción externa de las materias que pudiese conocer la jurisdicción especial iría en contra del reconocimiento constitucional y afectaría el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. En todo caso, es la propia jurisdicción especial la que podría, si así lo viese conveniente, delegar materias o casos para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, o pedir el apoyo de la fuerza pública. La carencia de argumentos jurídicos para fundamentar una posición limitativa de las competencias jurisdiccionales de los pueblos indígenas refleja la pervivencia de la concepción colonial de que los *indios* sólo son competentes para conocer casos pequeños o marginales, sin afectar la ley (estatal).

Competencia personal.

Para la definición del ámbito de competencia personal que está bajo la jurisdicción especial ha de tenerse en cuenta varios criterios. Los pueblos/comunidades indígenas tienen derecho a tener su propia JE debido a su identidad cultural diferenciada, y a su derecho a desarrollarse como colectivo, con control de sus instituciones, dentro de su territorio. Sobre este tema se hacen varias preguntas. En primer lugar, si todas las personas que están dentro del territorio de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas están sometidas a la Jurisdicción Especial o sólo los indígenas. En segundo lugar, si la JE tiene competencia personal extra-territorial respecto de indígenas. En tercero, si la JE es voluntaria u obligatoria para los indígenas. En cuarto, si hay excepciones en el caso de no indígenas.

En primer lugar, los pueblos/comunidades tienen el derecho de ejercer la JE dentro de su territorio, comprendiendo a todas las personas que se encuentren dentro del mismo. Esto es claro en el texto constitucional que prioriza el criterio territorial como delimitador de la JE. Por ende todas las personas que se encuentran dentro del territorio del pueblo/comunidad indígena/campesina están sometidas a dicha JE. Es obvio que habrá materias en las que el titular de la JE no considere intervenir (ejem. cuando los hechos no afecten a una persona o un bien de protección pública del colectivo), aunque los hechos se realicen dentro de su territorio. Esta competencia del ente colectivo sobre los sujetos que se encuentran dentro de su territorio es coherente con la lógica de funcionamiento de cualquier sistema jurídico. Cabe tener en cuenta, además, que históricamente se ha mellado a los pueblos indígenas al restarles poder frente a colonos o extraños, quienes causando daños dentro de las comunidades han huido sin reparar los mismos. La Constitución no busca repetir, sino superar dicha situación. Al tratarse de una potestad de los pueblos/comunidades, compete a tal sujeto colectivo determinar en qué casos va a intervenir o no; *i.e.* No se trata de una atribución de los individuos el elegir la jurisdicción a la que quieren someterse en caso de materias de interés público de dicha JE. Ello no significa, sin embargo, que dicha jurisdicción pueda cometer

arbitrariedades, pues siempre queda el recurso, para indígenas/comuneros como para no-indígenas, de cuestionar actos de la JE que pudiesen atentar contra sus derechos humanos, pero no la competencia jurisdiccional misma en tanto se encuentren dentro del territorio indígena/comunal y la JE considere de su competencia intervenir.

El segundo fundamento es cultural. Es decir, las personas tienen derecho a ser sometidas al sistema jurídico de cuyos supuestos culturales participan. Esto está expresado por el Convenio 169 de la OIT en el art. 9,2, que señala el derecho de los pueblos indígenas (PI) de aplicar sus propios métodos para la persecución de delitos cometidos por sus miembros (Art. 9,2). De una parte ello establece el derecho de los miembros de PI ante el Estado de ser juzgados por sus propios métodos y no por el derecho estatal. Este derecho podría significar que la JE tenga una aplicación extra-territorial para poder encargarse de los miembros de PI que tuviesen conflictos aún fuera de su territorio, siempre que sea de interés de la JE intervenir y no afecte intereses de terceros no indígenas (salvo que éstos acepten someter el caso a la JE).

Ahora, dado que el ejercicio de la JE es una atribución de los PI como colectivos y no de los individuos, no es facultativo para las personas en tanto individuos, y por lo tanto no están en condiciones de huir de su sistema cuando no les “conviene” reparar una falta, trabajar o cumplir una sanción. En todo caso, al ser la jurisdicción especial potestativa de los pueblos indígenas, tales –los pueblos- sí están en la facultad de considerar qué casos juzgan directamente o, incluso, en cuáles piden colaboración de la fuerza pública o la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana es consistente en este punto, al sostener que no son los individuos sino la comunidad o pueblo el que tiene la potestad de jurisdicción, fallando que sus miembros no pueden escaparse de ella cuando les conviene (para huir de una sanción). La JE incluso tiene el derecho de contar con el auxilio de la fuerza pública cuando algunas personas pretendan escaparse de la justicia indígena sin reparar daños causados dentro de la misma[36].

También con base en el criterio cultural, algunos no-indígenas podrían alegar no ser juzgados por el sistema indígena sino por el estatal, dado que no participan de dicha cultura. Como he mencionado líneas arriba, en principio, la competencia de la JE es sobre todas las personas que se encuentran en su territorio si afectan bienes de interés de la JE. Ello no impide que la JE desarrolle criterios para atender situaciones de personas extrañas que no conocen las normas de la comunidad así como formas de colaboración con la jurisdicción ordinaria. Pero es una atribución de la propia JE, no un motivo para el extrañamiento del sujeto de la JE.[37]

Sistematicidad

La inclusión de la Jurisdicción Especial en la Constitución de 1993 (Art. 149) no ha sido tan sistemática como en su homóloga colombiana. En la Constitución colombiana de 1991, fuente de la peruana, claramente se establece dos tipos de jurisdicción: a) la jurisdicción ordinaria (a cargo de los órganos de justicia del Estado) y b) la jurisdicción especial (a cargo de los pueblos indígenas). En la Constitución peruana no se hace esa distinción expresa, sólo se denomina *jurisdicción especial* a la de las comunidades campesinas, nativas y rondas, debiendo asumirse por vía interpretativa que la jurisdicción ordinaria sería la ejercida por el Poder Judicial. Igualmente, como se ha dejado sin modificar el Art. 139 referido a las características de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, habrá que hacer una interpretación sistemática y teleológica. Cabe entender que dichas características (unidad y exclusividad) se aplican a la jurisdicción ordinaria, pero no obligan a la jurisdicción especial, la cual únicamente se rige por el principio de respeto de su propio derecho consuetudinario y los derechos humanos, como señala Art. 149 de la Constitución y el Convenio 169 de la OIT. Si la Constitución hubiera querido mantener la idea de una única jurisdicción centralizada en los tribunales, el Art. 149 no tendría sentido o devendría vacío. [38] Tampoco se ha concordado el reconocimiento de las funciones jurisdiccionales, normativas (por el reconocimiento del *derecho consuetudinario*) y ejecutivas (por el reconocimiento de la aplicación de su derecho y justicia por sus propias autoridades) con la redacción de otros apartados de la Constitución. Igualmente falta adecuar normativamente el conjunto de derechos reconocidos en el Convenio

169 de la OIT y que algunos sentidos amplían los márgenes de actuación del derecho indígena y la JE.

Límite/Marco: Los Derechos Humanos

El Art. 149 de la Constitución y el Art. 8,2 del Convenio sólo establecen como límite de la JE la no violación de derechos fundamentales ni humanos. De este modo, quienes pretenden decir que la jurisdicción especial debe estar subordinada a la jurisdicción ordinaria, o que no puede interferir con ella, o que debe estar controlada o reducida, están haciendo una interpretación que no se condice con el texto ni el espíritu del Convenio 169, la Constitución, ni los principios de interpretación sistemática, teleológica y progresiva.

Incluso en los casos de Colombia y Bolivia, en los que la fórmula constitucional limita el reconocimiento de la jurisdicción especial (Colombia) o justicia indígena (Bolivia) al respeto de la Constitución y las leyes, no se espera que la misma no interfiera con la justicia ordinaria o la ley, tal como literalmente dice su Carta. La Corte Constitucional colombiana ha dejado sentado que si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar lo que ella llama los *mínimos fundamentales*: el derecho a la vida (no matar), integridad física (no torturar), libertad (no esclavizar) y ciertos principios del debido proceso (previsibilidad), adecuados a su cultura.^[39] Líneas arriba he argumentado que el ejercicio de funciones jurisdiccionales, con las restricciones de derechos que pueda implicar (detenciones, investigaciones, sanciones, algunas formas de coerción personal, etc.), al ser legítimas y legales, no implican la comisión de delitos o violación de derechos humanos *per se*. Si una medida es violatoria de derechos humanos debe ser analizada en sí misma, pero no lo es el mero hecho del ejercicio de la jurisdicción especial por las autoridades indígenas/comunitarias.

Interpretación Intercultural de los derechos humanos.

Teniendo en cuenta que el Estado reconoce constitucionalmente el carácter pluricultural de la Nación con el correspondiente derecho a la diversidad cultural (Art. 2,19) y, además, el pluralismo legal (Art. 149) con el correspondiente derecho a la jurisdicción especial, la definición e interpretación de los derechos humanos no puede quedar en manos de una sola orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violentar el derecho a la diversidad y el reconocimiento del pluralismo. Los derechos humanos deben ser definidos e interpretados con base en el diálogo intercultural. En primera instancia cualquier presunta vulneración de los mismos debe ser tratada al interior de la JE. Y en ningún caso puede considerarse que el mero ejercicio de la jurisdicción especial, cuando ella corresponda, constituye una violación de DH -dado que su ejercicio constituye un derecho constitucional-.

En casos de presunto conflicto entre la JE y los derechos humanos no existe ninguna disposición legal que obligue que todo caso deba pasar a la jurisdicción ordinaria. El Convenio 169 de la OIT señala que deberán establecerse **procedimientos adecuados** para resolver posibles conflictos entre derecho consuetudinario y derechos humanos (Art. 8,2). Estos procedimientos aún no existen, deben crearse en consulta con los pueblos indígenas (Art. 6 del Convenio), y garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho mismo, para honrar el reconocimiento constitucional del derecho a la diversidad (Art. 2,19 de la Carta). Una propuesta podría ser la conformación de tribunales mixtos o escabinados compuestos por jueces estatales y autoridades comunitarias/indígenas/ronderas que resuelvan mediante reglas de equidad los presuntos conflictos entre JE y derechos humanos (y no con base en un solo derecho: el estatal o el *derecho consuetudinario*), tratando de entender las diferentes posiciones (desde su propio marco cultural) y promover arreglos para prevenir la violencia (atendiendo las demandas y necesidades de todas las partes).^[40] El objetivo es que los pueblos y las autoridades indígenas/comunitarias no queden como simples espectadoras de un ejercicio siempre ajeno del poder jurisdiccional y sometidas pasivamente a la interpretación de los jueces ordinarios, sino que se constituyan verdaderamente en autoridades jurisdiccionales con todas las potestades que la Constitución les ha reconocido. La construcción de un Estado Pluricultural debe partir del respeto a la igual dignidad de los diferentes y basarse en el diálogo, la negociación. En este sentido se pronuncia Will Kymlicka, uno de los máximos exponentes de

la teoría de la ciudadanía multicultural, al sostener que en situaciones de multiculturalidad con presencia de pueblos indígenas, minorías nacionales o culturas societales con un nivel de autogobierno, el sometimiento de los mismos a un marco de derechos humanos no significa necesariamente que deban responder a una ley nacional ni a sus tribunales, sino que podrían crearse tribunales con participación equitativa tanto de la jurisdicción federal (nacional estatal) como de dichos pueblos indígenas.[\[41\]](#)

La Coordinación

La Constitución del 93 establece que debe haber una ley de *coordinación* entre la JE y los juzgados de paz y el sistema de justicia nacional. [\[42\]](#) Esta fórmula se inspira en la Constitución de Colombia de 1991. Las demás Constituciones que reconocen el derecho indígena/comunal también incorporan fórmulas semejantes (Bolivia 1994, Ecuador 1998, Venezuela 1999). En primer lugar, se trata de una ley de “coordinación” y no de “reglamentación” como algunos han entendido erróneamente. Y la vigencia de la jurisdicción especial no está supeditada a esta ley, como lo sostienen varios juristas (Rubio 1999, Bernales 1999, Yrigoyen 1994, 1995), y ha esclarecido reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, cuya Constitución es fuente de la peruana.[\[43\]](#) En segundo lugar, cabe subrayar que la palabra que usa la Constitución es coordinar, lo cual establece una relación horizontal y no de control, revisión o alguna forma de subordinación. Actualmente hay un *modus operandi* que pasa en algunos casos por la subordinación, la confrontación y la violencia, y en otros por una suerte de “convivencia pactada” de dejar hacer y pasar. Lo que se busca es establecer un sistema de coordinación para la relación armónica y pacífica entre la JE y la jurisdicción ordinaria en condiciones democráticas y no de subordinación. Entre las necesidades de coordinación se encuentran el establecimiento de reglas que permitan resolver conflictos de competencia, mecanismos de cooperación y auxilio mutuo, entre otros. En tercer lugar, y dentro de una lógica democrática de diálogo intercultural, la ley también debería establecer los procedimientos para resolver presuntos conflictos entre derechos humanos y JE. Pero esta función de coordinación no otorga por anticipado una potestad a las autoridades de la jurisdicción ordinaria de controlar o supervigilar a las autoridades de la jurisdicción especial, ni aún bajo el argumento de supervigilar que la JE respete los derechos humanos, pues constituiría una interferencia ilegal y una presunción de culpabilidad.[\[44\]](#) En cuarto lugar, si bien la Constitución señala que la ley de coordinación es entre la jurisdicción especial y la ordinaria (los juzgados de paz y las demás instancias del sistema nacional de justicia) ello no necesariamente agota las relaciones de la JE. En este sentido, la ley también tendría que regular mecanismos adecuados de coordinación directa con otros entes públicos como la Policía, el Ministerio Público, los gobiernos locales, los Registros Públicos (por ejemplo para registrar decisiones de la jurisdicción especial que modifican registros de la propiedad o el estado civil). En quinto lugar, la ley debe hacer una adecuación normativa entre la Constitución, el Convenio 169 de la OIT (suscrito con posterioridad) y el resto de la normativa nacional, así como desarrollar aspectos que son deficientes o no claros en la Constitución. Lo que de ninguna manera puede hacer la ley es recortar o restringir derechos; sí puede ampliarlos o desarrollarlos. Por ejemplo, en la ley debería ampliarse los sujetos titulares de ejercer la JE teniendo en Cuenta el Convenio 169, que en este caso es más amplio que la Constitución.

III. Problemas de implementación institucional

El reconocimiento constitucional de la justicia comunal/indígena todavía sigue siendo un discurso inaplicado, por varios motivos. Una razón fundamental ha sido la política gubernamental durante la década pasada. El gobierno implementó un modelo de instrumentalización militar de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas dentro de la estrategia contrainsurgente, por lo cual no podía, simultáneamente, promover su autonomía. Dentro de un modelo de control social total, el gobierno deliberadamente estableció mecanismos de control de las organizaciones indígenas/campesinas aún en zonas donde no había violencia política, buscando acallar toda organización autónoma y las protestas contra su política económica. Por ende, tampoco estuvo interesado en difundir y menos implementar los derechos indígenas consagrados en la Constitución y el Convenio 169. El gobierno

consideraba peligroso el ejercicio de las funciones jurisdiccionales autónomas, como ilustra la comunicación del Vice-Ministro del Interior, Edgardo Solís Cano, al Vice Ministro de Justicia, Hernán Nopo: “Conocemos el **peligro** que implica el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de Autoridades Comunales y Nativas, apoyados por Rondas Campesinas, sin embargo es **factible concederle atribuciones para ciertos actos privados y algunas faltas leves** codificadas en la ley”.^[45] (subrayado nuestro).

Otro motivo complementario es la resistencia de la cultura judicial monista. A pesar de que la reforma constitucional tiene más de 8 años, al igual que la ratificación del Convenio 169 de la OIT, la judicatura no ha utilizado prácticamente dichas normas para la protección de la actividad jurisdiccional campesina/indígena. Hay un gran desconocimiento al respecto así como una fuerte resistencia para aceptar el pluralismo legal. Durante la época de la violencia política se utilizó incluso la denuncia por terrorismo para perseguir la justicia campesina.^[46] En la mayor parte de casos los jueces simplemente no aplican el precepto constitucional y menos el Convenio 169 de la OIT, ^[47] y en otros han ensayado algunas argumentaciones para dicha inaplicación (que se necesita una ley reglamentaria, que la detención de abigeos constituye violación del derecho humano a la libertad individual, que los campesinos/ronderos sólo pueden intervenir en casos menores y como apoyo a la justicia, pero no pretender sustituirla, entre otros “argumentos”).

Como balance a la fecha, no sólo la Judicatura no ha aplicado el art. 149 de la Constitución, tampoco el Parlamento ha emitido normas de desarrollo Constitucional consultadas, en un marco caracterizado por la cooptación de las instituciones por el Ejecutivo (hasta la salida de Fujimori en el 2000). Igualmente hubo una falta de articulación de propuestas desde la sociedad civil, y escaso desarrollo del tema desde la Academia. La cultura jurídica dominante todavía está fincada en el monismo legal y no ha sido capaz de desarrollar una doctrina constitucional pluralista.

IV. Retos pendientes

La vigencia efectiva del pluralismo legal y el ejercicio autónomo de funciones jurisdiccionales por las autoridades indígenas y campesinas, requieren de adecuación normativa, implementación institucional, un desarrollo teórico del pluralismo, y profundos cambios en la cultura legal y política. Pero estos cambios a su vez necesitan de un marco político democrático, un modelo de desarrollo social con participación de los pueblos indígenas, y el destierro del racismo y la ideología de *la inferioridad de los indios*.

1. Sobre la adecuación normativa

Tanto la Carta de 1993 (arts. 2,19 y 149), como el Convenio 169 de la OIT sientan las bases jurídicas para el pleno reconocimiento del pluralismo legal en el marco de un modelo de Estado pluricultural. Sin embargo, dichas normas no están exentas de contradicciones. Y, más aún, las normas secundarias (leyes, códigos, reglamentos), muchas de las cuales han sido emitidas antes de la reforma constitucional o sin tenerla en cuenta. Aquí cabe, o reformas legales y constitucionales para salvar las inconsistencias, o una interpretación sistemática que aplique el principio de la unidad constitucional y el principio pro-pueblos indígenas que consagra el Convenio 169 (art. 35).

En la Constitución de 1993 se aprecian dos tipos de inconsistencias, una de carácter político global y otra de carácter técnico-jurídico. La primera se refiere a la contradicción entre el modelo pluralista (por el cual se reconoce la diversidad cultural y, el derecho y la jurisdicción indígena), de una parte, y de otra, el modelo neoliberal de restricción de derechos sociales (como la negación del derecho a *territorios* por parte de las comunidades, la alienabilidad de las tierras comunales y su posible reversión al Estado bajo la figura del abandono), un esquema centralista de gobierno, márgenes estrechos de participación política, sin consideración de la multiculturalidad, y restricción de garantías y ejercicio de derechos.

La otra inconsistencia está vinculada a la técnica legislativa. El artículo 149 ha sido introducido de manera asistemática y pareciera estar en contradicción con otros artículos de la Carta, como los artículos 138, 139, 142, que deberían ser revisados en una reforma constitucional. El art. 138 debería indicar que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce a través de la jurisdicción ordinaria, por el Poder Judicial, y a través de la jurisdicción especial, por las autoridades indígenas y comunales”, y no reducirlo a la primera afirmación pues de ese modo niega la jurisdicción especial. El art. 139 debería modificar el concepto de “unidad y exclusividad de la función jurisdiccional” y, en todo caso, sujetar dichos principios a la jurisdicción ordinaria. También debería modificar las excepciones. El llamado fuero militar propiamente es una competencia específica pero no una jurisdicción, en tanto se somete en última instancia a la jurisdicción ordinaria, en cambio el arbitraje y los medios alternativos, en tanto pueden no ser revisados por la jurisdicción ordinaria sí constituyen una excepción. Lo es también la jurisdicción especial indígena/comunal, la electoral y la del Tribunal Constitucional. El artículo 142 debe añadir, ex profeso, que “no son revisables por la jurisdicción ordinaria las decisiones de la jurisdicción especial”. Y, en todo caso, debe añadirse un “procedimiento especial para resolver los posibles conflictos entre las decisiones de la jurisdicción especial y los derechos humanos”. Así mismo, todo el sistema de garantías debe ser readecuado a la existencia de la jurisdicción especial, en tanto, por ejemplo, no sólo los jueces de la jurisdicción ordinaria pueden ordenar detenciones sino también las autoridades de la jurisdicción especial.

De otra parte, dados los problemas de interpretación que hay en materia de rondas campesinas y su deficiente reconocimiento normativo, debería incluirse claramente en la Constitución el reconocimiento del ejercicio de funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas que constituyen la autoridad comunal del lugar, donde no hay comunidades campesinas o nativas. Igualmente, dada su naturaleza de institución comunal andina, debería incluirse el reconocimiento de los derechos que corresponden a las comunidades campesinas y pueblos indígenas en lo que les sea aplicable, como lo demandan las propias rondas en su propuesta de reconocimiento legal.

Debe haber una adecuación normativa del Convenio 169 de la OIT tanto en el nivel constitucional como en el de las normas secundarias. Este Convenio reconoce derechos a los pueblos indígenas que no han sido suficientemente constitucionalizados, como el derecho al territorio (arts. 13 y ss), la autonomía interna (2,b), la consulta (art. 6) y la participación en los planes y programas nacionales que los puedan afectar (art. 7). El mismo concepto de Pueblos Indígenas, que es más amplio que el de comunidades, debe ser incorporado en la Constitución, que ahora sólo reconoce personalidad jurídica a dos formas de organización comunal (comunidades campesinas y nativas), dejando sin reconocimiento a otras figuras comunales como las rondas campesinas, así como a grupos étnicos extensos, pueblos no contactados, organizaciones supracomunales, entre otras. Debe constitucionalizarse también, como principio de interpretación de normas, el principio pro-pueblos indígenas que consagra el art. 35 del Convenio 169. Igualmente merecen ser constitucionalizados otros derechos relacionados a la administración de justicia en caso de que los indígenas/campesinos estuviesen ante la la jurisdicción ordinaria. Entre ellos: a) el derecho de no ser perseguido por la práctica de la propia cultura, ya normado en el art. 15 del Código Penal. Ello, además, es una consecuencia del reconocimiento al derecho de la diversidad cultural (art. 2,19); b) el derecho a la propia jurisdicción especial (a fin de que los jueces reenvíen los casos a la jurisdicción especial o no acepten procesos presentados ante la jurisdicción ordinaria de modo malicioso); y, en el supuesto de que competa a la jurisdicción ordinaria procesar a indígenas, c) el derecho de que se tome en cuenta la cultura y costumbres de los mismos en los procesos legales (art. 10,2), y d) el derecho de recibir penas alternativas a la prisión (art. 10,2 del Convenio 169).

En un segundo momento es necesario hacer la adecuación normativa de la legislación secundaria para que quede plasmado el modelo pluralista en todo el cuerpo legal (códigos, leyes, reglamentos, etc.). Hay normas inconstitucionales que deben ser derogadas, como las que militarizan las rondas campesinas y las comunidades indígenas/campesinas. A su vez, faltan normas de desarrollo constitucional que amplíen y hagan efectivos estos nuevos derechos. El derecho de autonomía interna obligaría a modificaciones sustantivas en el Código Municipal, a fin de reconocer el gobierno interno de los pueblos/comunidades

indígenas/campesinas. La instrumentación del derecho de participación obligaría a modificaciones en normas sobre procesos electorales, gobierno local, descentralización. Para todos estos efectos es imprescindible la consulta a los propios pueblos indígenas, comunidades y organizaciones campesinas, para que dejen de ser *objetos* de políticas y pasen a ser *sujetos* políticos.

Igualmente debe consultarse la Ley de Coordinación (entre la jurisdicción especial, la ordinaria y otros entes del Estado). Si bien hay algunas prácticas de coordinación entre autoridades comunales y estatales, no se han institucionalizado mecanismos basados en el una concepción democrática y pluricultural. Como parte de un proceso de consulta nacional se debería preguntar por los mecanismos y problemas actualmente existentes, así como respecto de las propuestas que tienen los pueblos/comunidades indígenas/campesinas y las autoridades estatales sobre esta materia. En muchos casos, las autoridades comunales señalan que ellas mandan oficios o muestran actas de arreglo a los jueces y fiscales y estos no las toman en cuenta para archivar denuncias o procesos judiciales, por el contrario, las utilizan para criminalizarlos (por secuestro, usurpación de funciones, entre otros delitos). De otra parte, en algunos casos la policía envía oficios "obligando" a las autoridades ronderas a detener personas, pero cuando ellas lo hacen por su cuenta las procesan por secuestro. Tampoco los registros públicos le dan la validez a una decisión tomada al interior de una comunidad si no está notariada o no proviene de un juez de la jurisdicción ordinaria. Es decir, se requieren mecanismos claros de coordinación y cooperación democrática entre la jurisdicción especial de una parte y, de otra, el sistema de justicia nacional, la policía, la fiscalía, los registros públicos, las autoridades municipales y el Ejecutivo.

Falta igualmente diseñar procedimientos consensuados para resolver casos de presunta violación de DH por parte de la jurisdicción especial, tal como señala el Convenio 169 de la OIT (8,2). No hay fundamento para pensar que esto le corresponda de oficio a la jurisdicción ordinaria porque no tiene supremacía constitucional sobre la jurisdicción especial. Además, en tanto la Constitución garantiza el derecho a la diversidad cultural y el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades comunales, tales procedimientos deben garantizar una interpretación intercultural de los hechos y el derecho, y la participación de las autoridades indígenas/ comunales en la definición e interpretación de los derechos humanos. De ello se desprende la necesidad de construir un concepto intercultural de los derechos humanos porque no puede ser sólo una orientación cultural la que que monopolice la interpretación los derechos humanos, en tanto todas las culturas tienen reconocimiento constitucional (art. 2,19). Tampoco pueden ser sólo los jueces de la jurisdicción ordinaria los que establezcan si se han violado o no los derechos humanos, ya que los derechos humanos no son privativos de la justicia estatal ni de la cultura occidental. Estos procedimientos deberían tratar de tender puentes interculturales, y promover arreglos antes que la mera punición. Dichos procedimientos deberían garantizar que tome en cuenta las percepciones culturales, y los derechos y necesidades de todas las partes a fin de poder arribar a acuerdos que consideren estas distintas percepciones de la realidad y derechos.[\[48\]](#)

No obstante la falta de estas normas, por los principios de interpretación mencionados (el principio de unidad constitucional y el principio pro-indígena que consagra el art. 35 del Convenio 169), la judicatura y los funcionarios públicos están obligados a interpretar las normas -aún contradictorias o incompletas- dando primacía a los derechos consagrados en la Constitución y los que más favorezcan a los pueblos indígenas. La judicatura no puede dejar de aplicar la justicia ante vacíos o incoherencias de la legislación.

2. Implementación Institucional

Aún sin las normas de desarrollo constitucional, hay muchos derechos consagrados en la Constitución y el Convenio 169 que son de aplicación inmediata y requieren de implementación institucional. Los funcionarios, de su parte, deben aplicar el Convenio 169 y la Constitución por encima de sus reglamentos o las normas de menor rango que regulan sus funciones.

El derecho a la jurisdicción especial puede hacerse efectivo sin necesidad de reformas normativas incluso. Bastaría la voluntad política de la judicatura y los funcionarios públicos. Aquí, el Ministerio Público debería instruir a los fiscales para rechazar de plano denuncias contra autoridades de la jurisdicción especial por usurpación de funciones, secuestro u otras basadas en el mero hecho del ejercicio de la función jurisdiccional especial (y no en la violación de derechos humanos). Igualmente, la policía debería ser instruida para no ejercer la fuerza contra autoridades comunitarias por el mismo motivo. La judicatura no debería abrir procesos penales contra las referidas autoridades por los motivos expuestos. Es más, debería archivar todos los procesos en curso contra autoridades indígenas/campesinas/ronderas referidas al mero ejercicio de la JE. La Judicatura se debería inhibir cada vez que le presenta un caso que compete a la JE y comunicar del mismo a la JE, para ver si ésta manifiesta su intención de conocer dicho caso o si ya lo resolvió. Se debería facilitar el ejercicio del derecho a la reparación judicial en todos los casos de autoridades comunales condenadas o detenidas por el sólo hecho de haber administrado justicia, en ejercicio de su atribución constitucional.

Como en Colombia lo hizo la Corte Constitucional, en el Perú la judicatura podría desarrollar criterios interpretativos de la Constitución que desarrollen el derecho a la jurisdicción especial, la diversidad cultural, la consulta, el uso de los idiomas indígenas, entre otros.

En los casos de indígenas cuya competencia le tocara a la jurisdicción ordinaria, ésta debería considerar la cultura y costumbres (art. 45 del Código Penal-CP), y eximir de pena cuando se trate de hechos punibles basados en la cultura de los actores (art. 15 CP). Así mismo, en cumplimiento del art. 2,19 de la Constitución y de los arts. 12 y 28 del Convenio 169, debería preguntar por el idioma materno de los procesados y garantizar la presencia de un intérprete y defensa profesional idónea. Para garantizar una comprensión adecuada de la cultura, jueces y fiscales deberían convocar de oficio peritos antropológicos y/o miembros de las comunidades para que les expliquen sus costumbres, y no esperar que lo haga la defensa. Finalmente, en el caso de condenar, los jueces deberían aplicar preferentemente penas alternativas a la prisión como lo establece el art. 10 del Convenio 169. Todos estos derechos son de aplicación inmediata.

Los abogados defensores deberían tener formación respecto de la realidad y derechos de los indígenas y ejercer esta defensa eficientemente.

La Defensoría del Pueblo podría interponer acciones de garantía para proteger la libertad de autoridades comunales detenidas o procesadas por el mero hecho de administrar justicia según el art. 149 de la Constitución. Igualmente podría interponer acciones de cumplimiento para que se efectivicen los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT y en la propia Constitución referidos al respeto del derecho indígena.

De otra parte, ninguna autoridad militar debería obligar o presionar a las comunidades indígenas/campesinas y rondas campesinas para que se militarizaran o subordinaran de alguna manera a la policía o fuerzas armadas, bajo responsabilidad. Ninguna autoridad política debería aplicar normas de rango inferior al constitucional. Durante el régimen pasado, las autoridades políticas se negaron a acreditar a las rondas campesinas autónomas, como lo ordenaba la ley 24571, y por el contrario acataron una norma de rango inferior dada por el gobierno de Fujimori, el DS 002 de 1993, que obligaba a las RC, inconstitucional e ilegalmente, a adecuar su organización y funciones al reglamento de los Comités de Autodefensa Civil. Y, en este caso las instituciones de control deberían activarse, como la Defensoría del Pueblo.

La administración pública en general y todas las instancias vinculadas a la justicia en particular (policía, cárceles, registros públicos) deberían procurar la implementación institucional del derecho de hablar en el propio idioma, ya sea mediante la presencia de intérpretes o personal bilingüe (art. 2,19 de la Carta). Igualmente se debería garantizar el derecho de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas y sus miembros de contar con asesoría legal eficiente y por profesionales que conozcan los derechos indígenas, su cultura, y preferentemente, hablen sus idiomas (art. 12 del Convenio 169 de la OIT).

Por la ratificación del Convenio 169 el gobierno está obligado a desarrollar una acción coordinada y sistemática para la protección de los derechos indígenas, con la **participación** de los pueblos indígenas (art. 2,1). El ejecutivo podría implementar este derecho mediante la creación de una instancia en la que participen representantes de dichos pueblos, en primer lugar, para diseñar un modelo de consulta y someter el diseño mismo a una consulta amplia - que pueda llegar no sólo a los niveles de representación de segundo nivel sino de base-. Junto al proceso de democratización que vive el país sería importante desatar un proceso de Consulta Nacional sobre los derechos de consulta y participación, a fin de institucionalizar canales de participación efectiva de la población indígena/campesina en todos los temas que les afecte. Entre éstos, la ley de coordinación entre la jurisdicción especial y la ordinaria.

3. Desarrollo teórico y cambios en la cultura legal y política

Para la implementación institucional de los derechos ya reconocidos o para la proposición de reformas normativas que signifiquen un verdadero desarrollo de dichos derechos -y no una limitación-, es necesario un profundo cambio en la cultura legal y política.

En primer lugar, debe superarse el modelo político autoritario de tratar a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas como objetos de políticas antes que como sujetos autónomos y a su vez partícipes en la vida nacional. Esta es la cara paternalista o tutelar de una ideología de la inferioridad indígena que los presenta como incapaces de saber lo que ellos mismos quieren o de poder determinarse y resolver los problemas y conflictos que se presenten dentro de su territorio. Esta ideología debe desaparecer. Un mecanismo efectivo para ello sería la implementación del derecho de consulta y participación. Los mecanismos para implementar este derecho, a su vez, deben ser consultados.

En segundo lugar, es necesario un impresionante esfuerzo teórico y político para desarrollar una doctrina legal pluralista que permee la enseñanza universitaria, la jurisprudencia y el quehacer político. Esta doctrina pluralista debe hacer frente a la concepción monista que sostiene que sólo es posible un derecho dentro de un Estado. Igualmente es urgente un desarrollo teórico del Estado pluricultural. Es necesario desterrar la identidad Estado-nación basada en la premisa de que hay una sola cultura y una sola concepción de lo bueno y lo moralmente aceptable en el país. Falta desarrollar la fundamentación del derecho al uso y desarrollo de los idiomas indígenas, para fortalecer su propio desarrollo cultural, y, de otro lado, el uso del castellano como un mecanismo para garantizar la participación en la vida nacional, no de "integración" a la cultura hegemónica.

Es necesario hacer un esfuerzo de desarrollo doctrinario sobre la jurisdicción especial, el derecho indígena o consuetudinario, los mecanismos de articulación democráticos en un modelo de justicia plural. A la fecha, muy pocos constitucionalistas o penalistas se han pronunciado sobre el tema y no hay trabajos profundos al respecto. Todavía el sentido común legal piensa en clave de monismo jurídico y monoculturalidad. Es vital recuperar los aportes propios de las diferentes formas de derecho y justicia indígenas/campesinas para construir modelos teóricos que den cuenta del pluralismo legal existente en el país.

Es necesario construir un modelo de Justicia Plural que articule la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción especial y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, dentro de un marco coherente, y sin sometimientto de la jurisdicción indígena a la ordinaria. Igualmente debe desarrollarse una concepción intercultural de los derechos humanos como *marco* del pluralismo legal, antes que como *"límite"*. Ello implica el abandono de la idea de "salvajes" o "peligrosos" que se asigna a los indígenas/campesinos.

También es necesario hacer un esfuerzo para construir categorías interdisciplinarias que permitan el desarrollo del pluralismo y el derecho a la diversidad. Algunos de estos temas están vinculados al desarrollo teórico de las ciencias sociales en su conjunto. Un ejemplo es el tema de la identidad cultural y la definición de *pueblo indígena*. Estas definiciones tienen incidencia en las reformas legales, las políticas institucionales y la interpretación jurisprudencial. El tema

de la identidad cultural es importante porque es uno de los fundamentos del pluralismo legal, aunque no el único. Como dice Esther Sánchez (2000), el indígena es “un ser en devenir”. En cambio, el concepto normativo de los pueblos indígenas, si bien acepta la autodefinición, presupone una suerte fijación, continuidad histórica o “conservación” -incluso parcial- de estructuras del pasado. En el Perú, por ejemplo, se debate si a quienes se autodenominan campesinos -y no indígenas- les son aplicables los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. Como decía líneas arriba, hay colectivos que se autodenominan “campesinos”, en algunos casos étnicamente mestizos, pero que tienen una identidad diferenciada con su propia cultura legal e instituciones, como es el caso de las Rondas Campesinas en algunas regiones. Y si bien dichas organizaciones reclaman se les aplique el Convenio 169, algunos académicos las descalifican de la aplicación del Convenio 169 sobre Indígenas porque no han “conservado” los rasgos de otras poblaciones indígenas. Un ejemplo interesante de un encaramiento progresivo en esta materia es el caso de los “Métis” de Canadá. Los Métis son población mestiza pero con una identidad cultural propia, y ha logrado que se le reconozca, a nivel constitucional, la aplicación de los derechos que corresponden a los pueblos indígenas. El legislador tuvo en cuenta el criterio de la autoidentificación como *cultura distinta* (no necesariamente aborígen, dadas sus raíces mestizas) y la aceptación por el grupo.[\[49\]](#)

Finalmente, un desafío insoslayable para la vigencia del pluralismo es el destierro del racismo y la ideología de la inferioridad indígena. Muchas limitaciones que se ponen al ejercicio de la justicia indígena/comunal (y se aprecian en la interpretación judicial y los proyectos de ley) no tienen sustento legal sino ideológico: la idea de que los indígenas son incapaces para resolver casos graves o complejos. Es por ello que se busca limitar la jurisdicción especial a casos intra-comunitarios, sólo entre indígenas, de menor gravedad o cuantía, y cuando se trata de situaciones conciliables, o que tocan bienes de libre disposición. Los indígenas/campesinos en el Perú, como en otros países, han demostrado increíble capacidad de resistencia y creatividad -a pesar de su condición subordinada- para resolver conflictos de diversas materias, ámbitos (trans-comunales, y no sólo intra-comunales, entre propios y extraños), y gravedad, mediante mecanismos consensuales pero también coercitivos.

4. Condiciones macro del Pluralismo

Hay condiciones para la vigencia del pluralismo legal que van más allá del plano jurídico y se engarzan con el marco político y social global. Un modelo jurídico pluralista requiere de un modelo político democrático donde se respeten las diferentes formas de expresión social, cultural y jurídica. Ello supone fortalecer dos frentes. De una parte, construir un modelo de autonomía interna que permita el desarrollo de la propia cultura. Y de otra, el desarrollo de mecanismos de participación externa en los diferentes niveles de toma de decisiones (regional, nacional), que permita la articulación democrática de los diferentes pueblos, grupos y culturas.

Otra condición clave para la vigencia de un modelo plural, es un modelo de desarrollo económico social que no convierta a los pueblos/comunidades indígenas y sus miembros en ciudadanos de segunda clase, explotados económicamente, marginados políticamente y discriminados socialmente. Mientras los pueblos y comunidades indígenas/campesinos sigan estando por debajo del nivel de pobreza, sin acceso a la participación en la vida política nacional, instrumentalizados militarmente cada vez que hay un conflicto interno o externo, y sometidos a la expoliación de transnacionales, el desarrollo integral de dichos pueblos estará seriamente comprometido. En ese caso, el reconocimiento legal del pluralismo y el derecho a la diversidad cultural sólo tendrán un significado simbólico, sin eficacia instrumental.

Aquí se ubican los desafíos más profundos del pluralismo, cómo hacer coherente no sólo el discurso legal al interior de la teoría jurídica, sino también con las políticas socio-económicas, la práctica política y la cultura cotidiana.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS y fuentes electrónicas

ALERTANET- Portal de Derecho y Sociedad/ Portal on Law & Society. www.derechosociedad.com

América Indígena (1999) Revista. Vol. LVIII N° 1-2, correspondiente al año 1998. Pluralismo Jurídico y Derechos Indígenas en América Latina. México: Instituto Nacional Indigenista, Instituto Indigenista Interamericano.

Bernales, Enrique (1999): La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima: Constitución y Sociedad ICS.

Borja, Emiliano (2001): Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena. Valencia: Tirant lo Blanch.

Borrows, John y Leonard Rotman (1998): Aboriginal Legal Issues. Markham, Ontario: Butterworths.

Castro, Milka (editora) (2000): XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio. Arica: Universidad de Chile y Univ. de Tarapacá. 3 vols.

Clavero, Bartolomé Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

(1998): "De los Ecos a las voces, de las leyes indigenistas a los derechos indígenas". En: Lagarreta, José (dir.) Derechos de los Pueblos Indígenas. Victoria: Servicio de Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.

Congreso Constituyente Democrático (1993): Actas del Debate. 29a."P" Sesión permanente (vespertina) 20-7-1993 (referentes a los artículos 88 y 89, sobre tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas) <http://www.congreso.gob.pe/>

Dammert Bellido, José (1989) "Decenio Rondero" En: Páginas # 98, Lima.

(1988) "Sobre las Rondas Campesinas: Un reglamento incalificable". En Páginas # 91. Lima.

(1983) Veinticinco años al servicio de la Iglesia. Selección de textos. Lima: CEP.

Golte Jurgen (1980) Reciprocidad e intercambio en los Andes. Lima: IEP.

Hurtado Pozo, José (1995): "Impunidad de personas con patrones culturales distintos". Revista Derecho N°35, Lima: Facultad de Derecho, PUCP.

Kymlicka, Will (1996): Ciudadanía Multicultural. Barcelona: Paidós.

Lovatón, David et al. (1999): Justicia de Paz. El otro Poder Judicial. Lima: IDL y UE.

Manrique, Nelson (1988): Yawar Mayu- Sociedades terratenientes serranas (1879-1910) Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos y DESCO.

Marzal, Manuel (1986) Historia de la Antropología Indigenista: México y Perú. Lima: PUCP.

Mesa de Pluralidad Jurídica y Derechos Étnicos (1994): *Pluralidad Cultural y Derechos Étnicos. Propuesta de reforma constitucional- 1993*. En: Desfaciendo Entuertos, N°3-4, 1994.

Rojas, Telmo (1980) "Estructura económica, socialización e ideología minifundista. El caso de Chota y Bambamarca." En: DEIS, Obispado de Cajamarca, # 15.

Rubio Correa, Marcial (1999): Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Lima: PUCP.

Sánchez Botero, Esther (1998): Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia. Santa Fe de Bogotá: UNC y UNIJUS,

Sánchez, Esther e Isabel C. Jaramillo (2000): La Jurisdicción Especial Indígena. Santa Fe de Bogotá.

San Martín, César (1999): Derecho Procesal Penal. Vol. I. Lima: Ed. Grijley.

Santos, Boaventura de Sousa (1998) La Globalización del Derecho. Bogotá: ILSA.

(1994): *Entrevista*. En: Desfaciendo Entuertos. N°3-4 Octubre. pp. 27 -31.

(1991): Estado, Derecho y Luchas Sociales. Bogotá: ILSA.

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

Yrigoyen Fajardo, Raquel

(2000a) "Tratamiento Judicial de la Diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú". En: XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio. Arica: Universidad de Chile y Univ. de Tarapacá. (272-285).

- (2000b) *“Un balance de la post-reforma: Constitución Pluralista, Judicatura Monista”* En: Institute of Latin American Studies, University of London. Abril, 2000.
- (1999a) Pautas de Coordinación entre el derecho Indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack.
- (1999b) *“Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)”*. En: Revista Pena y Estado # 4. Buenos Aires: Editorial el Puerto.
- (1998) Yrigoyen, Raquel: *“Un caso de Pluralidad Jurídica en el Perú: Las rondas campesinas de Cajamarca”* En: Domínguez, José Luis et al. (editor): La Joven Sociología Jurídica en España. Aportaciones para una consolidación. Oñati: International Institute for the Sociology of Law.
- (1996) *“Control Penal y Diversidad Étnico-cultural”*. En: Diego, María et al (coord.): Conflicto Social y Sistema Penal. Salamanca: COLEX y Universidad de Salamanca.
- (1995) De la Criminalización de la diferencia cultural a la legitimación de un orden pluralista (Perú, Países Andinos). Tesis. Master en Sistema Penal y Problemas Sociales. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- (1995b) Constitución, Jurisdicción Indígena y Derecho Consuetudinario. Lima: CEAS y Desfaciendo Entuertos.
- (1994) *“Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana: alcances, límites, consecuencias y retos.”* En: Desfaciendo Entuertos # 3-4 Octubre 1994, pp. 19-26.
- (1993) Las Rondas Campesinas de Cajamarca. Una aproximación desde la antropología jurídica. Lima: PUCP, Facultad de Derecho.
- (1992) *Pluralidad Jurídica y Propuestas de Reforma Constitucional*. En: Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos. Cajamarca: CEAS, Obispado de Cajamarca y CAJ.

[1] Este texto recoge la Ponencia presentada en la reunión entre congresistas y ronderos organizada por la Defensoría del Pueblo “Hacia una Ley de Rondas Campesinas”. Lima: 2 de abril de 2002. Reseña ideas de la tesis doctoral en curso “Estado Pluricultural y poder punitivo en los países andinos (el caso peruano)” de Raquel Yrigoyen F. (Univ. Barcelona).

[2] Abogada, con Post-grado en Estudios Antropológicos (PUC), Especialización en Derecho Indígena (UNAM-USAC), Master en Sistema Penal y Problemas Sociales, y candidata a Doctora en Derecho (U. Barcelona).

[3] Hay una situación de pluralismo legal cuando en un mismo espacio social o geopolítico (como el de un Estado) co-existen varios sistemas normativos (Santos, 1993 y 94). Lo mismo pasa con el tema de la lengua o la religión.

[4] Tomo las ideas centrales de Yrigoyen (1993) y (1998). Ver también: Starn (1999), Gitlitz (1998) y Espinoza (1995).

[5] Cabe aclarar que las Rondas Campesinas autónomas (RC) que surgieron a fines de 1976 en la sierra norte del país, constituyen un fenómeno totalmente distinto a los Comités de Autodefensa (CAD) creados a partir de los ochenta en la sierra centro-sur, en el marco de la estrategia contrainsurgente, bajo dependencia de las fuerzas armadas, si bien algunos de los Comités surgieron antes o al margen de la acción militar y se desarrollaron con una cierta autonomía de ellas (Degregori et al 1996).

[6] Gitlitz y Rojas (1986).

[7] Ver las obras de Mons. José Dammert, Obispo de Cajamarca por más de 25 años: (1983), (1988), (1989), Rojas, Telmo (1980), Yrigoyen (1993).

[8] Como prueban los estudios para otras zonas, aún sin propiedad colectiva de la tierra, la población andina ha sabido reproducir sus relaciones de parentesco y reciprocidad en contextos de haciendas y minifundio. Manrique (1988) y Golte (1980).

[9] Las bandas estaban vinculadas a la nueva burguesía comercial de la costa formada por ex-gamonales, en componenda con camioneros, camales, policías y otras autoridades estatales (Gitlitz y Rojas, 1986).

[10] Si se asiste o lee las actas de asambleas y reuniones de rondas tanto ordinarias como extraordinarias, se puede ver que tocan temas muy diversos a parte de los casos de robos o

conflictos. También discuten sobre la construcción de escuelas y obras comunales, la fiscalización de “profesores faltones” o autoridades corruptas, la recolección de fondos para ayudar a ronderos enfermos, la ayuda a comités de otras bases, la organización de comisiones para entrevistarse con autoridades municipales y gubernamentales, agendas para cursos de capacitación, entre otros.

[11] De hecho, los campesinos ronderos hablan de “mi comunidad” y, si bien no comparten tierras comunales, sí son miembros de numerosas redes de parentesco y reciprocidad. En estos casos, la organización rondera es “la” organización comunal, y ha logrado desarrollar las funciones sociales que cumple la organización comunitaria en el caso de las comunidades campesinas.

[12] Entre éstos: baños en agua fría, ejercicios físicos, “callejón oscuro”, o “pencazos” (golpes con ramas de aloe).

[13] Starn encontró que algunas rondas de Piura aplicaban 4 azotes en casos graves, pero sostiene que no ha encontrado casos de mutilaciones, ni castigos cuyo grado de aflicción sea comparable con las torturas sufridas en sede policial o la cárcel. (Starn, 1999).

[14] Cálculo de Starn para los noventa (1999, p. 18).

[15] En lugares como Huaraz o Piura, las rondas articulan comunidades y también caseríos o estancias vecinas.

[16] Informe verbal del Presidente de las Rondas Campesinas de Jaén (Cajamarca). Chocas, marzo 2001.

[17] La fórmula propuesta por la Mesa incluía el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la nación y el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a autoridades de comunidades campesinas, nativas, rondas campesinas y grupos vecinales, atendiendo la realidad de pluralismo legal del país. Mesa de Pluralidad Jurídica y Derechos Étnicos (1993) en Desfaciendo Entuertos # 1 (1994).

[18] Van Coott (1999).

[19] En los casos de Ecuador y Bolivia el movimiento indígena es fuerte y se hizo sentir en las reformas constitucionales. En el caso de Colombia (1991), si bien la población indígena es pequeña, se estableció un cupo de congresistas indígenas para dicha reforma, lo mismo que ocurrió en Venezuela (1999). En el caso peruano, la reforma constitucional de 1993 se planteó en un contexto autoritario que no permitió un debate público suficiente, no obstante los esfuerzos de algunos grupos, ni se pudieron expresar ampliamente los sectores sociales interesados.

[20] Ver diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático (1993).

[21] Bajo la categoría sociológica de grupo étnico podría comprenderse a los pueblos indígenas. Y en el caso de otros colectivos culturales cabría incluir a aquellos que tienen una expresión institucional -tomando la acepción de “cultura societal” que utiliza Will Kymlicka (1996)- hasta colectivos que carecen de dicha expresión institucional pero que tienen una identidad cultural propia.

[22] La Constitución de 1933 supera la Constitución de 1979 con relación al reconocimiento del pluralismo legal pero, por la introducción de políticas neoliberales, restringe el derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales que consagraban las constituciones anteriores. Aparte, reduce el ámbito en el que los idiomas aborígenes son oficiales a las zonas en las que se hablan.

[23] Originalmente el tema fue presentado ante el CCD por Fernando de Trazegnies, invitado para sustentar el reconocimiento del pluralismo legal “(...) He escuchado algunas opiniones que dicen que no se requiere de una norma constitucional, sino que bastaría que se incorpore en el Código Penal, en la Ley de Comunidades Nativas, etcétera. Creo que debe ser en la Constitución, porque **tiene que poder ser aplicada eventualmente contra la ley**. Y esto me parece un punto muy importante. Creo que no es solamente una norma que va a ser supletoria dentro del marco de la ley occidental. Tiene que poder ser aplicada en algunos casos (...) contra la ley.” (Diario de Debates CCD, 12.4.1993). Este planteamiento fue rechazado por Chirinos Sotos y otros congresistas, pero en la reunión de la Comisión de Constitución, a pesar de la resistencia de la congresista Martha Chávez, finalmente primó el criterio de que era necesario reconocer funciones jurisdiccionales a las autoridades comunales, con todo el poder que ello implicaba, y que por ende esta norma debía estar en la Constitución. Y se estableció que debería haber una coordinación con el sistema de justicia nacional. “El señor MARCENARO FRERS.- (...) si no tuviera la función jurisdiccional no tendría ningún poder; es decir

si justamente la finalidad es de que esta institución tan propia, tan peruana [las comunidades], pueda funcionar tiene que tener la facultad jurisdiccional de lo contrario no tendría ningún valor; entonces, no es solamente un problema de coordinación con el sistema judicial común, sino que tenga el poder necesario para poder hacer justicia en los casos.” (Diario de Debates CCD, 23.6.1993).

[24] “También entendemos que cuando exista un proceso de este tipo, **los tribunales ordinarios deberán inhibirse**, aún cuando puedan actuar de oficio, pues de no hacerlo estarían actuando inconstitucionalmente contra este artículo (149)”. Rubio (1999: 208). (resaltado mio).

[25] Ver: Sánchez Botero y Jaramillo (2000, pp 130-131), quienes a su vez citan la Enciclopedia Jurídica Omeba en su definición de Jurisdicción. Tomo XVII, p. 538-9, SA. Buenos Aires. Las autoras explican que la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en reiterada jurisprudencia el carácter de Jurisdicción que tienen los pueblos indígenas, con todas las potestades mencionadas. Tomo de estas autoras las ideas que siguen.

[26] “Esto implica que los pueblos indígenas pueden tener personas encargadas de conducir a los renuentes ante las autoridades judiciales de la comunidad, [tener] sitios de reclusión o castigo, y también que pueden imponer penas restrictivas de la libertad y tener personas que vigilen el cumplimiento de las penas de cualquier tipo. Además de los límites que se derivan de los derechos humanos, la Corte no ha señalado otros. Por el contrario, ha avalado la actuación de los indígenas en este aspecto. Véase Sentencias SR-349 de 1996, T-523 de 1997, y SU-510 de 1998.” (Sánchez et al. 1999, p. 143). “En el caso de los pueblos indígenas, el derecho de administrar justicia también incluye el derecho de utilizar la fuerza física, teniendo como límite la protección del derecho a la vida e integridad corporal”. Al respecto, la Corte, mediante “sentencia T-349 de 1996... protegió la sanción del cepo... (y) la sentencia T-523 de 1997 ... protegió la sanción del “fuate”... bajo la consideración de que no constituían trato cruel inhumano ni degradante”. (Sánchez, 1999, p. 142). Esta facultad también incluye el derecho de “impedir la entrada o permanencia en su territorio de personas indeseadas (derecho de exclusión de su territorio)” (Sentencias T-257 de 1993, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998), entre otros tipos de medidas y sanciones (Sánchez et al., 2000, p. 119).

[27] De las Actas del Congreso Constituyente Democrático (23 de junio de 1993) se desprende, de una parte, el desconocimiento de la realidad rondera por los congresistas, y de otra, la intención de otorgar funciones jurisdiccionales a autoridades que tuviesen respaldo comunal y que no fuesen transitorias. Ambas situaciones son ilustradas por la opinión de Fernando de Trazegnies, invitado a tocar el tema de la jurisdicción especial ante los congresistas. Sobre las rondas dijo “no es que me oponga a ellos, **sinosimplemente no conozco como funcionan (...).** Yo diría que todos aquellos que ejercen autoridad a nivel pequeño, autoridad con función delegada del pueblo, **lo cierto es que el pueblo reconoce como autoridad, y yo creo que debería de tener esa función jurisdiccional ...**” (12 de abril de 1993, subrayado nuestro). Si los congresistas hubieran tenido en cuenta que la mayor parte de RC justamente surgieron donde no había formalmente CC y que aquellas cumplen las funciones de éstas, la redacción del texto constitucional podría haber sido más amplio con relación a las RC.

[28] El art. 1, inc. 1, literal b) del Convenio 169 establece que el mismo se aplica “a los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, **cualquiera que sea su situación jurídica**, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.” (sn).

[29] Así lo han expresado en sus propuestas de ley de desarrollo constitucional del art. 149, en el Encuentro regional de Bambamarca (Octubre 2000) y en el Encuentro Nacional (Chocas, 10-12 de marzo del 2001). Ver proyectos en: Alertanet - Portal de Derecho y Sociedad www.derechoysociedad.org, Forum II (<http://geocities.com/alertanet/foros2b.html>).

[30] La Corte Constitucional de Colombia ha sustentado el mismo criterio: “En la sentencia ST-496 de 1996 (...) se afirma que uno de los elementos de este fuero es (...) de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio (...)”. (Sánchez et al. 1999, p. 132).

[31] “Por otro ha indicado que la validez de las decisiones de la autoridades indígenas en todo el territorio nacional (por ejemplo) ordenando a la policía nacional llevar al territorio indígena

respectivo a las personas que han escapado de las autoridades indígenas, para que la pena impuesta se cumpla en territorio indígena. Véase Sentencia ST-349 de 1996. (Sánchez et al., 2000, p. 133).

[32] “Así por ejemplo en la sentencia T-254 de 1994, a pesar de que la comunidad indígena no había legalizado aún la propiedad sobre la tierra ocupada, la Corte consideró procedente el ejercicio de las facultades jurisdiccionales dentro del territorio en el que estaba asentada la comunidad.” (Sánchez et al., 2000, p. 133).

[33] Sánchez et al. (2000, p. 133).

[34] “[...] no compartimos la interpretación [...] respecto de las facultades amplias que tendrían las autoridades comunales para intervenir sobre cualquier materia, dado que ello sería desconocer las funciones y atribuciones del juez de paz y de otras autoridades judiciales que podrían ser competentes sobre los distintos conflictos que se presenten.” Lovatón, David et al. (1999, p. 169).

[35] “Las infracciones penales son de conocimiento de **la jurisdicción ordinaria**, que es la básica o común. **Esta jurisdicción conoce todos los procesos que no estén expresamente atribuidos a las otras**, cuyos campos de actuación han de estar casuísticamente señalados y constituyen excepción. Desde este punto de vista se tiene, como ya se anotó, tres jurisdicciones especiales; en primer lugar, la jurisdicción tutelar [menores]. En segundo lugar, la jurisdicción militar [...]. En tercer lugar, **la jurisdicción tradicional**, dedicada a la **aplicación del derecho penal consuetudinario** para las conductas penales que determina la ley, cometidas por los integrantes de las Comunidades Campesinas y Nativas en su ámbito territorial” (San Martín, p. 90-91). (negrita nuestra).

[36] En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia. Para garantizar la potestad coactiva de la jurisdicción especial indígena (*ius imperium*) ha ordenado a la policía colombiana colaborar con las autoridades indígenas para capturar a quienes salieron del territorio indígena tratando de evadir el cumplimiento de una sanción: Sentencia ST-349 de 1996. Ver: Sánchez Botero et al. (2000, p. 142).

[37] Este punto es materia de discusión en la jurisprudencia colombiana, así como en otros países y se busca tener en cuenta si los extraños conocían o no las costumbres indígenas. En términos prácticos, las comunidades aplican algunas reglas a extraños, especialmente en lo que se refiere a reparación de daños, pero no otras que dependen de la participación en la cultura de la comunidad. La pertenencia cultural es un criterio importante para el juzgamiento de cualquier persona, de un pueblo indígena o no, pero ello no debe utilizarse como pretexto para que los extraños busquen eximirse de su responsabilidad ante hechos o daños causados en pueblos/ comunidades indígenas/campesinas como ha ocurrido históricamente.

[38] Los Constitucionalistas Rubio (1999) y Bernal (1999) dan cuenta de la falta de técnica legislativa y coherencia en la redacción del art. 139, y la necesidad de una interpretación sistemática.

[39] Ver: Sánchez Botero (1998), y Sánchez et al. (2000).

[40] En otros trabajos he planteado esta propuesta (Yrigoyen 1994, 1995 y 1999). La conformación de estos tribunales mixtos no excluye el apoyo de peritos antropológicos o comunitarios. Una propuesta semejante ha sido planteada por las Rondas Campesinas en su Encuentro Regional (2000) y Nacional (2001).

[41] Kymlicka cuestiona el supuesto que los pueblos indios tengan que someterse a la Constitución o a tribunales federales, compuestos exclusivamente por jueces no indios. Sugiere que se podría “acordar la creación de un tribunal bilateral de derechos humanos (...), en el cual ambas partes [estuviesen] equitativamente representadas”. (Kymlicka, 1996: 232-3)

[42] Planteo algunos contenidos posibles de una ley de Coordinación en Yrigoyen (1994) y (1999).

[43] “El derecho a administrar justicia dentro de su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (...) se trata de un derecho de aplicación inmediata y que por tanto no requiere una reglamentación del Estado colombiano para ser reconocido”. Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-254 de 1994, C-139 de 1996, C-349 de 1996, T-496 de 1996 y T-23 de 1997. (Sánchez et al., p.118).

[44] Lovatón et al. (1999:169) interpretan la necesidad de coordinación como una obligación de intervención: “Desde el punto de vista constitucional, entonces, el juez de paz está en la obligación, también de coordinar con las demás autoridades para la aplicación de los usos y

costumbres de la comunidad en concordancia con los derechos humanos.” La “coordinación” no otorga un derecho a la jurisdicción ordinaria (jueces de paz o de instancia) para *controlar* la jurisdicción especial, ya que ésta no está sometida a aquella. En todo caso, según el Convenio 169, deberían establecerse procedimientos especiales para solucionar presuntos conflictos entre las decisiones de la JE y los derechos humanos, pero sin que constituyan una forma de subordinación colonial.

[45] Ministerio del Interior, Oficio N° 129-97-IN-DVM/C A. Lima, 02/4/1997. Asunto: Administración de Justicia Indígena”. Ref. Ofc. 111-97-JUS-VM de 20Mar). (Copia Informativa de AIDSESEP).

[46] Un caso paradigmático es el de las Rondas Campesinas de la Comunidad de Chalhuayacu en Huari, Ancash, reseñado en otro trabajo (Yrigoyen 2000a).

[47] En otro artículo analizo la omisión de los jueces de considerar el art. 149, incluso cuando ha sido alegado por la defensa. Ver Yrigoyen (2000a)

[48] Líneas arriba he sustentado una propuesta respecto de este tema, que podría ser la creación de tribunales mixtos conformados por jueces estatales y autoridades comunales (Yrigoyen 1994, 1995, 1999). La propuesta de las Rondas Campesinas también va en este sentido (Bambamarca 2000 y Chocas 2001).

[49] En 1982 se hizo una enmienda a la Constitución del Canadá a fin de que incluyera a los “Métis” entre los pueblos aborígenes del Canadá y les reconociera derechos que corresponden a dichos pueblos (Sección 35,2), no obstante no ser un pueblo indígena propiamente, sino una colectividad constituida a partir del mestizaje de miembros de las Primeras Naciones, Inuit y europeos. El criterio utilizado es que los Métis mismos consideran que tienen una identidad cultural propia y distinta al resto, que no es ni indígena, ni occidental. (Borrows y Rotman, 1998: 465-497).