

LINEAMIENTOS PARA UNA AGENDA PÚBLICA EN DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

LINEAMIENTOS PARA UNA AGENDA PÚBLICA EN DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS



LINEAMIENTOS PARA UNA AGENDA PÚBLICA
EN DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

LINEAMIENTOS PARA UNA AGENDA PÚBLICA EN DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS



Comisión Andina
de Juristas



Konrad
Adenauer
Stiftung

Comisión Andina de Juristas

Lineamientos para una agenda pública en derechos de los pueblos indígenas /
Comisión Andina de Juristas.-- Lima: CAJ, 2011

140 p.

ISBN: 978-612-4028-26-7

DERECHOS INDÍGENAS / PUEBLOS INDÍGENAS / POLÍTICA GUBERNAMENTAL / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHOS A LA TIERRA / CONSULTA PREVIA / PARTICIPACIÓN POLÍTICA / BOLIVIA / COLOMBIA / ECUADOR / PERÚ / VENEZUELA

Lineamientos para una agenda pública en derechos de los pueblos indígenas

© Comisión Andina de Juristas

Los Sauces 285, Lima 27

Teléfono: (51-1) 440-7907

Fax: (51-1) 202-7199

www.cajpe.org.pe

© Konrad Adenauer Stiftung e.V.

General Miguel Iglesias 630, Lima 18

Teléfono: (51-1) 208-9300

Fax: (51-1) 242-1371

www.kas.de/peru/es/

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-15990

ISBN: 978-612-4028-26-7

Primera edición

1000 ejemplares

Lima, diciembre de 2011

Impreso en WR Impresores

Jr. José Gálvez 1670, Lince

Corrección de estilo: Cecilia Heraud Pérez

Diseño y diagramación: Gisella Scheuch Pool

CONTENIDO

Presentación	7
1. Los derechos de los pueblos indígenas: los retos vigentes	9
2. Derecho a la administración de justicia propia	17
2.1. Ejercicio actual del derecho a la administración de justicia y principales conflictos con el Estado y particulares	17
2.2. Reconocimiento constitucional, legal y jurisprudencial del derecho a la administración de justicia.....	25
2.2.1. La Constitución de 1993	25
2.2.1.1. Excepción al principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.....	26
2.2.1.2. Instancia facultada para administrar justicia.....	27
2.2.1.3. Competencia facultativa	29
2.2.1.4. Competencia territorial.....	30
2.2.1.5. Competencia personal	31
2.2.1.6. Competencia material.....	32
2.2.1.7. Competencia de acuerdo a la cuantía.....	33
2.2.1.8. Procedimiento	33
2.2.1.9. El límite de los derechos fundamentales	34
2.2.1.10. La Ley de Coordinación.....	35
2.2.2. El Acuerdo Plenario	37
2.3. Principales demandas de los participantes en los talleres	38
2.4. Experiencias de otros países andinos.....	40
2.4.1. Reconocimiento constitucional en Colombia	40
2.4.1.1. La Constitución de 1991	40
2.4.1.2. Las sentencias de la Corte Constitucional	42
2.4.2. Reconocimiento constitucional en Bolivia	54

2.4.3. Reconocimiento constitucional en Venezuela.....	58
2.4.4. Reconocimiento constitucional en Ecuador	59
2.4.5. Las Leyes de Deslinde Jurisdiccional de Venezuela y Bolivia	61
2.4.6. Los Códigos Procesales Penales de Paraguay y Oaxaca	76
2.5. Propuestas y desafíos para implementar el derecho a la administración de justicia en el Perú	79
3. Derecho a la participación política	83
3.1. Identidad Indígena y Derechos Políticos	83
3.1.1. Participación: como individuos y como pueblos	83
3.1.2. Dificultades para la participación política.....	85
3.1.3. La representación política de los indígenas andinos.....	89
3.1.4. La representación política de los indígenas amazónicos	92
3.2. Panorama normativo	93
3.3. Experiencias de la legislación comparada	94
3.4. Principales demandas de los participantes en los talleres	96
3.5. Propuestas y desafíos para implementar el derecho a la participación política de los pueblos indígenas	99
4. Derecho a la consulta previa.....	103
4.1. Antecedentes teóricos.....	103
4.2. La tradicional ausencia de consulta.....	104
4.3. Las sentencias del Tribunal Constitucional.....	107
4.4. La Ley 29785 y los desafíos para su implementación.....	112
4.5. El caso de la Región San Martín.....	117
4.6. Principales demandas de los participantes en los talleres	118
4.7. Apreciación de la legislación comparada. La experiencia colombiana	119
4.8. La consulta previa a nivel de los organismos internacionales	122
4.9. Propuestas y desafíos para implementar el derecho a la consulta previa	124
Reflexiones finales	127
Bibliografía	133

PRESENTACIÓN

Los pueblos indígenas peruanos son un grupo vulnerable que enfrenta una serie de situaciones que colocan en entredicho la efectividad de sus derechos y/o los ubican en una posición de desventaja frente al resto de la población peruana y de sometimiento a la arbitrariedad de algunas autoridades.

La tendencia gubernamental en el Perú no ha considerado como tema prioritario la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Lo mismo podría decirse en lo que se refiere a las políticas del Estado y las agendas de los partidos políticos, salvo algunas lejanas preocupaciones en los años treinta. De hecho, una buena parte de la conflictividad social que enfrenta el país en la actualidad se ha generado por la ausencia de diálogo y falta de atención a las demandas indígenas.

En efecto, hay una serie de temas pendientes en relación con los derechos de los pueblos indígenas, en específico con el derecho a la justicia propia, la participación política y el derecho a la consulta. Todos estos derechos tienen reconocimiento constitucional en el ordenamiento peruano (de manera expresa y a través del Convenio N° 169 de la OIT de rango constitucional) e imponen una serie de obligaciones para el Estado.

En este contexto, la Comisión Andina de Juristas (CAJ) y la Fundación Konrad Adenauer (KAS) han priorizado dentro de su agenda de trabajo la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, tanto a nivel de la Región Andina como en el Perú. Con este objetivo, ambas instituciones establecieron una alianza de trabajo a partir del 2007 para llevar a delante un proyecto que incorpore la interculturalidad dentro de la formación en Derechos Humanos para dirigentes indígenas. Este proyecto se ha ejecutado en las regiones de Cusco y Junín.

A partir de esta primera experiencia positiva, en el 2011 la fundación KAS y la CAJ iniciaron el Proyecto “Derechos de los pueblos indígenas y participación política en el Perú”. Este Proyecto tuvo como objetivo

delinear lineamientos para las políticas públicas estatales respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Con ese fin se realizaron cuatro actividades de recojo de información con líderes de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas en las Regiones de Cajamarca, Madre de Dios, San Martín y Puno. Adicionalmente se han programado cuatro reuniones de trabajo con funcionarios estatales del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial en la ciudad de Lima y un taller con los principales partidos políticos nacionales. Los resultados de estas actividades fueron presentados y debatidos en un encuentro internacional llevado a cabo en Lima, al que se invitó a funcionarios estatales y líderes indígenas de Bolivia, Ecuador y Colombia.

Como producto de todas estas actividades, se ha recogido información actual de la situación de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú y en particular sobre los derechos a la justicia propia, a la consulta previa y a la participación política. Estos tres derechos han sido priorizados por la CAJ y la Fundación Konrad Adenauer debido a su importancia en la coyuntura actual del país.

Además de la información recogida en los talleres y reuniones de trabajo, se ha realizado una revisión de la bibliografía, normas y jurisprudencia existentes en la materia, tanto a nivel del Perú como de los países andinos. Con estos insumos se ha elaborado el texto que presentamos a continuación.

Esta publicación señala algunas reflexiones respecto a la situación actual, el contenido y las perspectivas de aplicación de los derechos priorizados por el proyecto. Esperamos aportar a la construcción de políticas públicas del gobierno actual dirigidas a los pueblos indígenas y también a que los partidos políticos puedan discutir estos temas como parte de su agenda prioritaria. Asimismo ambas instituciones tienen contemplado continuar con estas líneas de trabajo durante el año 2012, para seguir aportando con la elaboración de políticas públicas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

La investigación fue realizada por el equipo de la CAJ conformado por Mirva Aranda y Dora Ramos, bajo la coordinación de Eddie Córdor, con la asesoría temática de Horst Schoenbohm.

La redacción del texto final estuvo a cargo del consultor Wilfredo Ardito Vega, a quien agradecemos por su colaboración.

Enrique Bernales Ballesteros

Director Ejecutivo
Comisión Andina de Juristas

1. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: LOS RETOS VIGENTES

En el Perú actual, aunque se admite oficialmente que somos un país multicultural y pluriétnico, esta valoración suele reducirse a lo turístico o folklórico. Al mismo tiempo, dentro de los sectores dominantes, la existencia de culturas y pueblos indígenas suele ser considerada un problema serio para el desarrollo y la prosperidad del país, o aun su viabilidad. Incluso dentro de la población indígena, ha existido una presión muy fuerte por la asimilación hacia la cultura mayoritaria. En este contexto, se ha hecho muy difícil que se implementen políticas públicas para promover los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Si bien se trata de una responsabilidad que primordialmente corresponde al Estado, también deben reconocerse las dificultades que ha tenido hasta el momento el surgimiento de un movimiento indígena similar en magnitud y organización a los que existen en Ecuador o Bolivia. En la región andina del Perú, no se percibe ninguna movilización social masiva con reivindicaciones propiamente indígenas, como serían el derecho al idioma, a la vestimenta, al nombre o a realizar ceremonias tradicionales. Llama la atención que no existan demandas al respecto porque, efectivamente, el idioma o la vestimenta continúan siendo factores de discriminación para muchos indígenas.

Las protestas que se realizan en la zona andina, para pedir que se construya una carretera o para oponerse a la actividad minera contaminante, se vinculan más a buscar el desarrollo y también son realizadas por campesinos que no tienen origen indígena en otros lugares del país. En suma, las movilizaciones no están ligadas a exigir el respeto por la identidad, sino a buscar el desarrollo.

De igual forma, no se perciben movimientos políticos indígenas que busquen llegar al poder para, desde allí, promover el respeto por la identidad y los valores indígenas.

Sin embargo, existe un elemento común a los indígenas peruanos (andinos y amazónicos) y los demás indígenas latinoamericanos y es la defensa del medio ambiente y los recursos naturales. El problema es que en el Perú, aun en este caso, normalmente se trata de demandas particulares, sin una visión nacional, que en la región andina aparecen además desligadas de todo componente étnico.

De hecho, para muchos observadores externos resulta desconcertante que en el Perú parezca invisibilizado de nuestro inconsciente colectivo el marcado componente indígena de nuestro país. La mayoría de peruanos, indígenas o no, prefiere solamente evitar el término, y muchos llegan a sostener que en el Perú “no hay indígenas” o restringen esta caracterización a los indígenas amazónicos.

Como se sabe, según el artículo 1 del Convenio 169, son indígenas quienes descienden de los primeros pobladores del Perú, es decir, los descendientes de quienes se encontraban en el territorio peruano cuando se produjo la Conquista. El mismo artículo precisa que deben existir algunos elementos objetivos, como las instituciones de carácter político, social, económico o cultural, que los distinguan de otros habitantes de un país, pero también un elemento subjetivo que es identificarse como indígenas. Este último elemento se vuelve el más polémico en el caso de los indígenas andinos¹.

En la región amazónica casi todos los pueblos indígenas, cuyo contacto con la sociedad dominante ha sido más reciente y más esporádico, tienen clara esta identidad. Solamente algunos pueblos, como los cocamas, han preferido mantener una identidad mestiza o ribereña para evitar la discriminación.

Sin embargo, en la región andina el panorama es muy diferente: los indígenas de las zonas rurales, que son mucho más numerosos que los indígenas amazónicos, prefieren autodenominarse como campesinos, que es la designación oficial que estableció el gobierno de Velasco Alvarado luego de la Reforma Agraria. La palabra campesino está presente en la legislación aprobada desde entonces y en las Constituciones de 1979 y 1993. Debido a que “campesino” denota una actividad económica, una persona puede

1 Probablemente, por desconocimiento de la realidad peruana, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT insistió en enfatizar que se aplique el criterio de la autoidentificación en relación a los indígenas del Perú (Informe de febrero del 2010).

dejar de serlo y muchos lo hacen intencionalmente para obtener mejores oportunidades cuando migran a las ciudades².

En cuanto a los indígenas que se trasladan a zonas urbanas, asumen que ya no son campesinos (lo cual es lógico, porque han cambiado de actividad) ni indígenas. Lo más frecuente es que asuman una identidad de acuerdo al departamento/región, la provincia o el distrito en donde viven. Como ocurre con la actividad económica, la identidad basada en el lugar de residencia puede ser modificada y no implica necesariamente la vinculación a patrones culturales. Esta aceptación de una nueva identidad es mucho más marcada en quienes nacen en las ciudades, para los cuales prácticamente la reflexión sobre su condición de indígena es inexistente.

Abrumadoramente, dentro de la población indígena andina, continúa asumiéndose que el término indígena es peyorativo, asociándolo a una etapa atrasada de desarrollo cultural³. Por lo tanto, uno avanza cuando logra “dejar de ser indígena”, es decir, cuando estudia hasta lograr ejercer una profesión, cuando habla sin acento andino el castellano o posee bienes importantes. Los elementos externos son también importantes para ser “menos indígena”: vivir en la ciudad, llevar vestimenta occidental, tener apellido castellano (con mayor razón si son los dos apellidos) y el nombre en inglés.

Ni siquiera las posibles ventajas de la aplicación del Convenio 169 o de la Ley de Consulta Previa motivan a muchos andinos a aceptar este término⁴. Hay quienes inclusive han planteado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Organización Internacional del Trabajo deberían rectificar el término para no pretender que los indígenas acepten una expresión tan

2 El Estado peruano carece de políticas de incentivo hacia los agricultores, como existen en los países desarrollados. Quien vive en el campo se expone a los peores servicios de salud y educación y a serias dificultades para lograr que sus más elementales derechos se cumplan. Por ello es que existe una fuerte presión sobre los campesinos para migrar.

3 Varios universitarios pertenecientes a sectores populares sostuvieron que indígena era una persona pobre, sin educación, que rechaza la cultura occidental y que vive en una tribu (Testimonio recogido el 16 de noviembre del 2011).

4 “Por más que me digan, nunca aceptaré que soy indígena”, declara un indígena cusqueño saliendo de un encuentro sobre la Ley de Consulta Previa. El territorio de su comunidad ha sido otorgado en concesión a una empresa minera (experiencia personal del autor, 6 de setiembre del 2011).

ofensiva⁵. En otros casos, se llega a sostener que los actuales habitantes de las zonas rurales no son indígenas⁶.

En la región andina, solamente el pueblo aymara tiene clara conciencia de su identidad y esto ha llevado a que los quechua hablantes que están en contacto con ellos, especialmente en Puno, se asuman como “quechuas”. Sin embargo, curiosamente, el Gobierno Regional de Puno ha reconocido a los uros que viven en el lago Titicaca como “pueblo originario”, reflejando la creencia general existente en esta región de que ellos serían los únicos indígenas.

Ahora bien, algunos antropólogos, especialmente extranjeros, al analizar la realidad peruana suelen hacer referencia a un “pueblo indígena quechua” y llegan a llamar “quechuas” a sus integrantes. Nosotros creemos que esta es una apreciación inexacta, motivada por tratar de encontrar una identidad aunque no exista, aplicando al Perú la terminología y categorías que pueden ser válidas en otros países.

En el Perú, el quechua es un idioma, hablado en regiones muy diversas debido a la acción de las misiones católicas durante la Colonia. Como se sabe, los españoles forzaron a integrantes de diversos pueblos a convivir en las reducciones, que constituyen el antecedente de las comunidades campesinas, y a hablar una lengua común. La extensión del idioma quechua en nuestro país no tiene un correlato étnico.

Sin embargo, debemos reconocer que en países como Bolivia y Ecuador, esta situación no ha impedido que se constituya un “pueblo quechua” o “quichua”, con sus propias reivindicaciones. De esta manera, la población de origen indígena, perteneciente a grupos que en tiempos incaicos eran considerados periféricos, ha asumido una identidad en base al idioma que

5 Testimonio de una integrante de la Academia de la Lengua Quechua del Cusco, quien poco antes había participado en una ceremonia ritual andina. La resistencia de la población es tan grande que consideramos que equivale a reconocerse como “pueblos retrasados” o “pueblos primitivos”. En el año 2008, la Municipalidad de Jesús Nazareno (Ayacucho) aprobó una Ordenanza contra la discriminación, según el modelo aprobado por la Municipalidad de Huamanga. Sin embargo, se decidió retirar del texto como grupos vulnerables a los indígenas, bajo el argumento que era una palabra ofensiva y que en esa jurisdicción ayacuchana “no había indígenas”.

6 Expresión de un funcionario del Gobierno Regional de Apurímac en el año 2008. Él sostenía que los campesinos no eran los primeros habitantes, sino que provenían de otro lugar y que los primeros habitantes “ya habían desaparecido”. Con frecuencia se usa también el argumento del mestizaje para negar la existencia de los indígenas. “No puede haber ya indígenas, porque todos tenemos de todo en el Perú”, es una recurrente argumentación.

los evangelizadores promovieron y esto tiene consecuencias políticas muy importantes⁷. Sin embargo, en el Perú no creemos que pueda identificarse el manejo de un mismo idioma con una identidad étnica ni menos aún un sentido de nación⁸.

Evidentemente, una situación adicional que podría complejizar el panorama de identificar a los pueblos indígenas en el Perú es el alto grado de mestizaje que vive nuestra sociedad. Probablemente, apenas el 10% de los peruanos no tiene ascendientes indígenas. Por lo tanto, extender la categoría de pueblos indígenas a todos los que reconozcan que descienden de los primeros habitantes del Perú, implicaría diluir la problemática de los indígenas que se encuentran discriminados, cuyos recursos naturales se encuentran amenazados y que viven excluidos de la mayoría de servicios públicos.

Por otro lado, existen también sectores minoritarios en las zonas andinas que culturalmente viven como los demás campesinos, compartiendo el mismo idioma y la misma cosmovisión, pero cuyos rasgos físicos son claramente europeos.

En términos prácticos, el hecho que la Ley de Consulta Previa y las normas y sentencias internacionales hayan tomado el término indígena, puede generar, por un lado, que la mayoría de indígenas peruanos no se beneficie de sus disposiciones, o que solamente una minoría más oportunista (aunque indígenas al fin y al cabo) en verdad alejada de los problemas de la mayoría de indígenas, se asuma como tal.

Por otro lado, en líneas generales, creemos que una seria dificultad para el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú es la fragmentación de sus demandas. La mayor parte de comunidades realizan planteamientos solamente para sus problemas específicos, sin reconocer que muchas veces se trata de problemas de carácter nacional que sólo podrán

7 Es muy interesante el fenómeno de los indígenas amazónicos que hablan quechua en la zona del Napo, el Pastaza y Lamas, donde estuvieron presentes las misiones en tiempos coloniales. Probablemente se trata de la población quechua hablante con mayor conciencia de su identidad como indígenas.

8 Si así lo asumiéramos, pensaríamos que habría un “pueblo castellano” en el Perú o que los peruanos de habla castellana tienen un sentimiento nacional que los identifica con los colombianos o chilenos. El manejo de un determinado idioma puede vincularse con una identidad nacional (Quebec, Flandes) o no necesariamente (Suiza, Paraguay).

ser enfrentados con políticas públicas, lo cual implica la organización y la visión política⁹.

De igual manera, aquellas organizaciones o instituciones que se preocupan por situaciones como la justicia indígena, la educación bilingüe, el derecho al idioma o el derecho al medio ambiente, deberían asumir que todas estas problemáticas son parte de una situación más amplia, que es el lugar que ocupan los pueblos indígenas en nuestra sociedad.

No existe el pleno reconocimiento de relaciones de equidad entre los diversos pueblos que habitan el Perú, lo cual es explicable, porque ni siquiera tenemos todavía una política pública para promover relaciones de equidad entre los ciudadanos. Sin embargo, la ausencia de identidad como pueblos es también un factor fundamental para evidenciar esta ausencia de políticas.

Por lo tanto, no solamente estamos hablando de la responsabilidad del Estado, sino también de un reto para la propia población excluida. Durante décadas, la respuesta predominante de vastos sectores de la población indígena ha sido optar por la asimilación, llegando a prácticas de “desindigenización”. Esto no ha generado una mayor equidad en la sociedad peruana ni que se enfrenten los problemas de discriminación que los indígenas, se reconozcan o no como tales, siguen sufriendo.

Durante varios meses, la Comisión Andina de Juristas ha buscado escuchar las inquietudes de los indígenas peruanos respecto a sus derechos colectivos. En talleres realizados en San Martín, Madre de Dios, Puno y Cajamarca, los dirigentes indígenas convocados señalaron cuáles eran sus principales demandas, especialmente sobre el derecho a la propia jurisdicción, el derecho a la participación y el derecho a la consulta previa. Podrá apreciarse que se incluyó a los campesinos cajamarquinos, pese a que muchos autores dudan de su identidad indígena. Se tomó en cuenta para hacerlo que en buena medida sus problemas son muy similares a los indígenas que se reconocen como tales y poseen un sentido de comunalidad, tal como lo ha señalado la Corte Suprema en su Acuerdo Plenario del año 2009.

9 Esta ausencia de visión a largo plazo puede ser fácilmente manipulada: el gobierno de Fujimori tuvo mucho respaldo de la población indígena porque proporcionaba donaciones de alimentos, anunciaba la construcción de carreteras o diferentes obras concretas. Se trataba del mismo gobierno que había eliminado el régimen de protección de tierras comunales y había dispuesto la esterilización de miles de mujeres indígenas, pero esto pasaba a segundo plano.

En este texto estamos presentando las inquietudes que aparecieron en los talleres realizados en las cuatro regiones, así como una reflexión mayor respecto a los diversos temas, unida a las preocupaciones respecto a su implementación. Creemos que la llegada de un nuevo gobierno es un momento adecuado para expresar estas reflexiones, en la mira de trazar las políticas públicas que se hacen necesarias.

2. DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PROPIA

2.1. EJERCICIO ACTUAL DEL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PRINCIPALES CONFLICTOS CON EL ESTADO Y PARTICULARES

En las zonas rurales del Perú existen serias barreras económicas, culturales y lingüísticas para el acceso a la justicia estatal por parte de los indígenas, a lo cual se suman problemas de discriminación e indocumentación.

Al mismo tiempo, sin embargo, la población indígena posee diversos mecanismos comunitarios de administración de justicia. En algunos casos, estos se mantienen debido a la ausencia de los servicios del Estado, pero también reflejan concepciones culturales propias y, finalmente, expresan que la justicia estatal tiene muchos problemas de eficacia: aunque esté presente, sus exagerados formalismos llevan a que muchas veces no se logre una verdadera solución, especialmente en las zonas rurales.

En la actualidad, los diversos mecanismos han sido reconocidos por el Estado peruano, pero su existencia genera todavía una serie de debates, especialmente en cuanto a los límites que pueden tener y los problemas de violaciones a los derechos humanos.

Las comunidades campesinas

En primer lugar, tenemos la administración de justicia que se ejerce en aproximadamente 6,000 comunidades campesinas, ubicadas en 22 de las 24 regiones del Perú¹⁰. Como se sabe, en tiempos coloniales, los indígenas fueron obligados a vivir en pueblos de indios o reducciones, siendo considerado

10 Figallo, 2007, p. 32. Véase también Brandt y Franco, 2006, p. 36.

el artífice de ese proceso el Virrey Francisco de Toledo, a través de las Ordenanzas promulgadas en 1572¹¹.

Los habitantes de las reducciones estaban bajo la autoridad de los caciques o caciques, a través de un sistema de gobierno indirecto¹². Existían también otras autoridades que formaban el llamado cabildo y eran elegidas periódicamente¹³. Las autoridades indígenas administraban justicia en los conflictos internos, aunque los casos de mayor gravedad eran resueltos por los jueces españoles¹⁴. Éstos tenían la última decisión respecto a las controversias que se suscitaban sobre las decisiones que tomaran las autoridades indígenas y atendían posibles litigios entre los caciques o entre las reducciones y los españoles.

Luego de la Independencia, en 1824 las comunidades indígenas fueron disueltas por el gobierno de Bolívar, y paulatinamente se vieron anexadas a las haciendas donde el terrateniente administraba justicia en su calidad de Juez de Paz. Sin embargo, las comunidades y sus autoridades subsistieron aún sin reconocimiento legal¹⁵.

Desde la Constitución de 1920 (artículo 58) comenzó el proceso de reconocimiento y titulación de las comunidades indígenas, que prosiguió en la Constitución de 1933 (artículos 207 a 212) y se consolidó, finalmente, con la Reforma Agraria iniciada en 1969, mediante el Decreto Ley 17716.

A partir de ese año, la tierra de las haciendas andinas fue entregada a las comunidades campesinas, como se llamó desde el gobierno de Velasco a las comunidades indígenas. Las comunidades debieron asumir la estructura dispuesta en el Estatuto de Comunidades Campesinas, que señalaba como autoridades a un Presidente, una Junta Directiva y una Asamblea General, según las características de una asociación civil sin fines de lucro¹⁶.

Dentro de la administración interna de justicia de las comunidades campesinas existen normas tradicionales no escritas y normas que emanan

11 Ardito, 2011, p. 52.

12 Guevara 2009, p. 309.

13 Leyes de Indias, Título III, Ley XV. Véase también Diez, 2007, p. 109.

14 Libro VI, Título VII, Ley xiii. "Que declara la jurisdicción de los caciques. La jurisdicción criminal, que los caciques han de tener en los Indios de sus Pueblos, no se ha de entender en causas criminales, en q hubiera pena de muerte, mutilación de miembro u otro castigo atroz, quedando siempre reservada para Nos, y nuestras Audiencias, y Gobernadores la jurisdicción suprema, assi en lo civil, como en lo criminal, y el hacer justicia, donde ellos no la hizieren".

15 Castillo, p. 35. Véase también Ardito, 2011, p. 53.

16 Decreto Supremo 037-70-AG, promulgado en 1970. Véase Ardito, 2011, p. 103.

de acuerdos establecidos en las asambleas comúnmente transcritas a los Libros de Actas¹⁷. Las normas tradicionales predominan en las relaciones familiares, las relaciones entre vecinos o las actividades laborales.

El primer mecanismo para enfrentar conflictos dentro de una comunidad campesina es la negociación directa, donde los padres tienen un rol muy importante, abogando por las partes¹⁸. Este mecanismo se emplea especialmente en conflictos de carácter familiar. Dependiendo de la religión de los involucrados, intervienen también los padrinos del bautizo o matrimonio¹⁹ o los pastores evangélicos²⁰.

Cuando falla la negociación directa o se trata de un problema muy grave, los campesinos acuden a las autoridades comunales que resuelven sus problemas procurando armonizar los intereses individuales con los intereses colectivos, para que las partes lleguen a una solución armoniosa realizando, en lo posible, concesiones mutuas. Al resolver estos conflictos se debe armonizar la relación de los intereses individuales y familiares con los intereses comunales²¹. Las autoridades comunales deben intervenir para impedir que los conflictos se incrementen en perjuicio de todos los comuneros²². Se hace necesario aplicar reglas conocidas por todos, estén escritas o no.

Debemos precisar que las autoridades comunales no aplican un "Derecho Andino" con normas específicas ni tampoco un estatuto a manera de un código interno, sino que intervienen de acuerdo a las circunstancias concretas de cada conflicto, tomando en cuenta los antecedentes de los involucrados y los efectos concretos de las decisiones. Los estatutos tienen más un valor referencial²³.

Salvo que las partes soliciten privacidad, como ocurre en algunos asuntos familiares, la participación de la comunidad es muy importante para que las decisiones reflejen los valores colectivos y, si se produce una sanción, ésta tenga un efecto de advertencia hacia los demás comuneros²⁴.

17 Brandt, 1987, pp. 131-2.

18 Brandt y Franco muestran la misma situación en el Perú y el Ecuador, 2007, pp. 100-1.

19 Peña, 2002, p. 350.

20 Escribens et al., p. 108. Los sacerdotes católicos son mucho más escasos y no se encuentran de manera permanente en una misma comunidad.

21 Burneo ilustra esta regulación pp. 163-4.

22 Diez, citado por Burneo, p. 163.

23 Ardito, 2011, p. 89.

24 Ardito, 2011, p. 286.

Normalmente se busca enfrentar los problemas mediante arreglos entre los involucrados, pero cuando existe una persona que ha cometido una infracción, se pueden aplicar sanciones como multas o servicios comunitarios²⁵. En casos excepcionales puede disponerse la reclusión por un tiempo breve en el calabozo, normalmente para personas que han participado en una pelea estando ebrios. La sanción más grave es la expulsión de la comunidad que se aplica para personas cuya conducta ha sido sumamente perjudicial para toda la población, como homicidas o violadores. En estos últimos casos, junto con la expulsión el responsable es denunciado ante la justicia estatal²⁶.

Pese a los frecuentes estereotipos existentes en las ciudades al respecto, son más bien aisladas las sanciones que implican violaciones a los derechos humanos como los castigos físicos. Mucho más frecuente y menos visible, es que en la administración de justicia de las comunidades campesinas se vulnera el derecho a la igualdad por la condición de subordinación que viven las mujeres.

Debe señalarse que la Asamblea Comunal es predominantemente una instancia masculina, donde muy pocas mujeres son representadas, salvo que sean viudas, madres solteras o que el esposo esté ausente²⁷. En las Asambleas, difícilmente intervienen, porque consideran que no lo harán adecuadamente²⁸ o no son escuchadas, pese a que en algunos casos, las mujeres son más que los varones porque éstos han fallecido o están ausentes²⁹. Tampoco ocupan los cargos comunales³⁰.

Una consecuencia de la ausencia de la mujer en el ejercicio de la administración de justicia es que, en los casos de violencia familiar, la tendencia de las autoridades comunales es pretender restablecer las relaciones de pareja sin enfrentar el problema real, y muchas veces se interviene solamente en casos muy graves o cuando las peleas se producen en público³¹.

25 Brandt, 1987, p. 150.

26 Brandt relata un caso en 1987, p. 153. Núñez señala un caso en el que no se llega a expulsar al infractor, pero se le aísla en la vida cotidiana generando que reflexione sobre su conducta y se dé cuenta de lo que le ocurriría si es expulsado (p. 125). También Escibens et al, p. 104. En muchos casos, la decisión de expulsar a una persona termina afectando a su familia.

27 Urrutia, p. 280; Franco y González, p. 107.

28 Escibens et al, p. 101.

29 Urrutia, p. 276; Franco y González, p. 113.

30 Algunas comunidades están aceptando que una mujer pueda ocupar el cargo de tesorera (Franco y González, p. 91).

31 Franco y González, pp. 96-97.

Sin embargo, las mujeres viven una situación de desigualdad³², debido a su dependencia económica, su bajo nivel educativo, su desconocimiento del castellano y también la interiorización de su supuesta inferioridad.

Al mismo tiempo, debe señalarse con preocupación, que la violencia familiar podría estar extendiéndose en las zonas rurales como una reacción a la mayor participación social y mayor autonomía de las mujeres, lejos de su rol tradicional de mayor sumisión³³.

En muchas comunidades campesinas, además, la población acude a los Jueces de Paz e inclusive a otras autoridades estatales como la Policía Nacional, los Tenientes Gobernadores o inclusive los Gobernadores, pese a que no tienen atribuciones legales para administrar justicia, pero sí cuentan con la capacidad de coacción³⁴.

Por otro lado, los pueblos indígenas de la Amazonía, se encuentran agrupados en más de 1,000 comunidades nativas, pertenecientes a alrededor de sesenta grupos étnicos³⁵. El Decreto Ley 20653, o Ley de Comunidades Nativas, promulgado en 1974, dispuso reconocer la existencia legal de los asentamientos indígenas ubicados especialmente en torno a las misiones católicas y evangélicas y entregarles títulos de propiedad sobre sus tierras³⁶. Se promovió que los demás indígenas amazónicos también vivieran de acuerdo a este modelo comunitario y sedentario.

En las nuevas comunidades surgieron conflictos anteriormente desconocidos, originados por la convivencia más estrecha y permanente entre los moradores³⁷. Estos conflictos fueron enfrentados por las nuevas autoridades comunales, establecidas de manera similar a lo que ocurrió con las comunidades campesinas.

Estas autoridades administraban justicia según su propio criterio o basándose en las tradiciones más antiguas, creándose así en la práctica un nuevo "derecho consuetudinario".

En las últimas décadas el mayor contacto con la sociedad occidental ha generado la desaparición de las prácticas tradicionales que ocurrían durante el estado nómada, como la muerte de recién nacidos, enfermos y

32 Escribens et al, p. 110.

33 Brandt y Franco 2006, p. 50.

34 Ardito, 2011, p. 61.

35 Los antropólogos no están de acuerdo sobre el número exacto de pueblos indígenas. Algunos señalan que podrían ser hasta 67. Se suele señalar que pertenecen a doce familias lingüísticas (Brandt, 1987, p. 37).

36 Ardito, 2011, p. 106.

37 Brandt, 1987, p. 63.

moribundos. En algunos casos aislados, todavía se producen asesinatos de personas consideradas brujos, responsables de haber generado la muerte de otras personas³⁸.

En algunas comunidades nativas, especialmente en el grupo awajún (aguaruna) ha existido la intención de “ordenar” el derecho consuetudinario a través de estatutos comunales, donde aparece una serie de infracciones y sanciones³⁹. En la redacción de estos documentos muchas veces tuvieron injerencia personas extrañas a las comunidades, como antropólogos o misioneros evangélicos y, en la práctica, los estatutos tienen un carácter más bien referencial, resolviéndose los problemas según las circunstancias concretas de cada caso⁴⁰.

Por otro lado, creemos que entre las autoridades indígenas que administran justicia deben también ser comprendidos numerosos Jueces de Paz que pertenecen a las comunidades andinas y amazónicas⁴¹.

Como se sabe, la Justicia de Paz en las zonas rurales es una institución híbrida, cuyos integrantes son nombrados por el Poder Judicial, pero no son designados por éste, sino elegidos por los habitantes de la comunidad de acuerdo a sus méritos personales y participación en la vida comunal.

Desde la Reforma Agraria, el cargo de Juez de Paz en las zonas andinas dejó de ser ejercido por un hacendado, para pasar a un campesino⁴², lo cual genera relaciones más horizontales y mejor comprensión del idioma y la cultura. Podría decirse que la Justicia de Paz ha sido una entidad cooptada por las comunidades campesinas, al punto que representan a los intereses y valores comunales, más que al propio Poder Judicial⁴³.

38 Más de una docena de supuestos brujos fueron asesinados en la zona del río Parapapura en los primeros meses del año 2011.

39 Brandt cita estatutos provenientes de 1979, es decir, apenas cinco años después de la promulgación de la Ley de Comunidades Nativas.

40 De manera similar a cómo Weber caracteriza a los sistemas legales irracionales sustantivos.

41 No hacemos referencia acá a los Jueces de Paz que actúan en algunas ciudades de la costa, que son abogados y son designados por el Poder Judicial. Ellos no tienen mayor reconocimiento por parte de la población.

42 Casi 2,000 comunidades campesinas que cuentan actualmente con su propio Juzgado de Paz y otros 1,780 Juzgados de Paz tienen bajo su competencia comunidades campesinas y nativas (Instituto de Defensa Legal, 2005, p. 43).

43 Es una situación que también ocurrió con los Tenientes Gobernadores, que originalmente representaban al Poder Ejecutivo en la comunidad, pero en la actualidad se han convertido en voceros de la comunidad ante las autoridades estatales.

En la Amazonía, sin embargo, muchos indígenas sienten mayor distancia respecto a los Jueces de Paz mestizos, puesto que ellos manifiestan un fuerte menosprecio por los indígenas, cuyo idioma y costumbres desconocen. Algunos de ellos pertenecen a pequeños grupos de poder local y ejercen el cargo de manera similar a los antiguos Jueces de Paz hacendados de la sierra. Como consecuencia de estos problemas, varias comunidades nativas pertenecientes a los grupos más numerosos, como los shipibos, los asháninkas y los awajún han pedido y logrado tener sus propios Jueces de Paz⁴⁴.

Es muy frecuente que los Jueces de Paz que actúan en comunidades campesinas y nativas resuelvan casos que no son de su competencia⁴⁵, tanto por la presión de los litigantes, como por lo costoso y distante de las demás instancias del Poder Judicial. También sancionan infracciones que existen dentro de la cultura indígena, pero no para los funcionarios estatales, como la brujería o el adulterio.

Los Jueces de Paz de las comunidades campesinas y nativas toman decisiones según las normas de la comunidad y su propio criterio de justicia. No se encuentran tampoco impedidos para aplicar las normas estatales, sí las conocen y creen que son aplicables, pero no es muy frecuente⁴⁶.

Finalmente, creemos necesario mencionar también a las rondas campesinas, que pese a no haber surgido en un entorno indígena, constituyen un mecanismo comunitario de administración de justicia muy extendido en el Perú.

Las rondas campesinas surgieron a mediados de los años setenta, entre campesinos pobres de Cajamarca que se organizaron para enfrentar el problema del abigeato. Con la disolución de las haciendas se había generado un vacío de poder que amenazaba la seguridad de los pequeños propietarios, en un contexto social donde no había comunidades campesinas⁴⁷. Los

44 Lovatón et al, p. 101.

45 En materia civil, los Jueces de Paz tienen competencia para casos de deudas y conflictos patrimoniales hasta cincuenta unidades de referencia procesal. Si las partes están de acuerdo, pueden resolver, por medio de una conciliación, un conflicto que implique un monto mayor.

Los Jueces de Paz también pueden atender demandas de alimentos, siempre que el vínculo de parentesco sea indubitable y también violencia familiar y faltas, en caso no exista un Juez de Paz Letrado en la zona.

46 Ardito, 2011, p. 84.

47 Starn, 1993, p. 11-12. Al respecto, véase también Brandt y Franco, 2006, p. 85.

ronderos empezaron enfrentando la necesidad de seguridad, pero pronto decidieron ser ellos mismos quienes administraran justicia.

Las rondas campesinas se expandieron en toda la región andina y actualmente están presentes en lugares muy distantes, sea entre los indígenas andinos de Cusco y Puno o entre los migrantes cajamarquinos de la selva de San Martín. Las rondas formadas por las comunidades campesinas, normalmente están sometidas a las autoridades comunales, como si fueran un órgano o un comité. Sin embargo, las más sólidas siguen siendo las de Cajamarca, que no se basan en una comunidad.

Las rondas campesinas actualmente no solamente procesan casos de abigeato, sino numerosos conflictos que el Derecho estatal consideraría de carácter civil o penal, como deudas, pago de alimentos o violencia familiar. Sin embargo, la mayoría de rondas campesinas evita enfrentar casos de homicidio⁴⁸ y prefiere remitirlos al Poder Judicial.

En líneas generales, todos los mecanismos comunitarios de administración de justicia estatal existentes en la población indígena enfrentan los mismos asuntos que el Poder Judicial, salvo problemas relativos a las particularidades culturales (brujería, adulterio), en los que se aprecian valores y principios diferentes a los de la autodenominada cultura occidental. De igual manera, también la forma en que se resuelve un robo o una violación puede expresar valores propios.

Estos mecanismos operan en pequeña escala, en sociedades cuyos integrantes tienen un fuerte sentimiento de identidad y relaciones múltiples, lo cual los lleva a aceptar realizar concesiones, en función de la armonía comunal⁴⁹. Han sido socializados para internalizar sentimientos de lealtad, deber y obediencia hacia el grupo, porque de allí deriva la sobrevivencia de cada uno de sus miembros⁵⁰.

Debe señalarse que, cuando la gravedad de una infracción o la reincidencia del infractor hacen poco probable que se pueda lograr su reinserción, se prefiere que el hecho sea sancionado por la administración de justicia estatal⁵¹. Igualmente, la debilidad organizativa de algunas comunidades hace que los miembros lleven sus casos ante las instancias estatales pues no confían o no tienen respeto por sus dirigentes comunales. En otros casos,

48 Húber y Guerrero, p. 60.

49 AAP, p. 93.

50 Kagitçibasi, p. 20.

51 Ardito, 2011, p. 89.

la persona que tiene más dinero poder económico o social decide ante que instancia acudir, dependiendo de lo que le parezca más conveniente.

Ninguno de estos mecanismos ha expresado rechazo hacia el Estado como tal, sino solamente hacia algunas autoridades corruptas⁵². En el caso de las rondas, por ejemplo, su meta ha sido más bien ser reconocidos por las normas y formas de coordinación con las autoridades. Por otro lado, las comunidades campesinas y nativas, así como los Jueces de Paz, son una creación normativa del propio Estado. Por todo ello, creemos que se les puede aplicar la clasificación de Sally Falk Moore, que se refiere a espacios sociales semiautónomos⁵³.

En caso que los Jueces de Paz y las autoridades comuneras o ronderas coincidan en un mismo espacio geográfico, es posible que se produzcan conflictos de competencia, pero lo más frecuente es que trabajen de manera conjunta estableciéndose, en ocasiones, tácitamente cuáles demandas de justicia serán atendidas por cada instancia.

Debe precisarse que en estos mecanismos el referente étnico no aparece de manera explícita, salvo en las comunidades nativas. Sin embargo, en los últimos años, algunos dirigentes ronderos de Cajamarca están empleando el discurso que serían ellos también un pueblo indígena o un pueblo tribal, con la finalidad de lograr el reconocimiento de su facultad de administrar justicia que contempla el Convenio 169 de la OIT. Estas expresiones tienen un carácter minoritario y la abrumadora mayoría de ronderos simplemente se considera campesinos.

2.2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

2.2.1. La Constitución de 1993

La Constitución de 1993 fue la primera norma peruana que reconoció, en el artículo 2, inciso 19, la pluralidad étnica y cultural de la sociedad peruana y en el mismo artículo también reconoció, como uno de los derechos fundamentales, el derecho a la identidad étnica y cultural.

52 Ardito, 2011, p. 90.

53 Moore, citada por Guevara, 2009, p. 36.

Sin embargo, este reconocimiento no aparece desarrollado como un eje transversal a lo largo del texto constitucional. Por ello, en la misma Constitución se produjeron serios retrocesos en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas, eliminándose la inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas para facilitar que sus tierras fueran adquiridas por terceros. Solamente se destacan otras dos menciones aisladas: la educación bilingüe intercultural⁵⁴ y la jurisdicción comunal.

La jurisdicción comunal se encuentra en el artículo 149, sin mayor relación con los demás artículos relativos a la administración de justicia. Pese a ello, debemos reconocer que de esta manera se produjo un cambio radical en la percepción que el Estado tiene sobre los mecanismos comunitarios de administración de justicia:

Artículo 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer 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.

De esta manera, no solamente se reconoce la jurisdicción comunal, sino la normatividad propia de la población y la institucionalidad, es decir, a las autoridades propias⁵⁵.

Analizaremos el contenido del artículo 149 con más detalle:

2.2.1.1. Excepción al principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

En primer lugar, se señala explícitamente que las autoridades comunales tienen funciones jurisdiccionales, es decir, no solamente resuelven conflictos o tienen funciones conciliadoras. De esta manera, junto con el Poder Judicial, el fuero militar y el fuero arbitral, las autoridades comunales son una instancia reconocida por la Constitución para la administración de justicia.

54 Artículo 17.

55 Bazán, p. 17.

El artículo 149 de la Constitución rompe así con el monopolio que el Estado tenía sobre el ejercicio de la violencia legítima⁵⁶, esto es la facultad de llevar a cabo actos que puedan violentar los derechos de una persona (privándola de su libertad, por ejemplo) por una justificación legal. Esto no quiere decir, naturalmente, que las autoridades indígenas puedan realizar cualquier forma de violencia, sino que deben establecerse parámetros al respecto, como ocurre también con el Estado.

En los demás países latinoamericanos, el reconocimiento de estas atribuciones a los pueblos normalmente reflejaba la existencia de un cambio radical en las relaciones tradicionales de poder, dado el mayor protagonismo de los indígenas en la escena política⁵⁷. En Colombia, Ecuador y Bolivia, los artículos similares al 149 fueron exigidos por los indígenas a través de sus representantes en las Asambleas o Congresos Constituyentes. En el Perú, el artículo 149 fue más bien una iniciativa de las ONGs e instituciones que trabajaban con las organizaciones campesinas y no de la propia población.

Como resultado, durante los últimos 18 años, las organizaciones campesinas y nativas no han promovido la exigibilidad del artículo 149 mediante acciones legales ni han tenido la reglamentación del mismo como una de sus demandas prioritarias⁵⁸. La mayor preocupación por el artículo 149 ha sido de las rondas, que en sentido literal no habían sido consideradas.

2.2.1.2. Instancia facultada para administrar justicia

Esta norma constitucional no reconoce funciones jurisdiccionales a los pueblos indígenas, sino solamente a las comunidades campesinas y nativas. A nosotros nos parece adecuado que el reconocimiento haya sido realizado de esta manera, porque en el Perú los pueblos indígenas no están organizados en cuanto a tales, con autoridades establecidas a nivel de cada pueblo que puedan ejercer la función de administrar justicia, mientras que las comunidades campesinas y nativas tienen una gran vigencia.

56 Yrigoyen, 1999, p. 130.

57 Hoekama, 2005, p. 3.

58 Las acciones de tutela presentadas en Colombia fueron llevando a que la Corte Constitucional diera los lineamientos que permitieron interpretar el mencionado artículo en una serie de situaciones concretas. En Europa muchos grupos minoritarios, tanto inmigrantes como los rom o gitanos, también han presentado sus demandas ante los tribunales nacionales para que se reconozca su derecho a tener prácticas culturales diferentes.

Es posible que algunas federaciones campesinas o nativas puedan asumir la función de revisar algunas decisiones que se han tomado a nivel comunal, pero creemos que para admitir esto debería modificarse el texto constitucional⁵⁹.

Sin embargo, el aspecto de este artículo que más polémica ha generado se refiere al rol de las rondas campesinas: literalmente éstas no aparecen como una instancia a cargo de administrar justicia, sino que son solamente un organismo de “apoyo” a las autoridades comunales. Es decir, que mediante las rondas, solamente es posible ejecutar una medida coactiva, garantizar el cumplimiento de las decisiones o conducir a una persona renuente a acudir al llamado de las autoridades. De esta manera, este artículo reduce a las rondas a una función similar a la Policía Nacional.

El problema es que la mayoría de rondas campesinas no solamente ejercen las funciones mencionadas, sino que efectivamente administran justicia, especialmente en aquellos lugares del Perú donde no están ligadas a comunidades campesinas. De esta forma, en regiones como Cajamarca y San Martín, el artículo 149 colocó a las rondas campesinas en un vacío legal y un imposible jurídico, puesto que no existen las comunidades campesinas que supuestamente deberían apoyar⁶⁰.

Los debates en el Congreso Constituyente Democrático muestran que sus integrantes identificaban a las rondas campesinas con temas de seguridad y no de administración de justicia⁶¹. A nuestro entender, los Constituyentes confundieron a las rondas campesinas con los Comités de Autodefensa y consideraron que sería peligroso otorgar a estos últimos la función de administrar justicia, tomando en cuenta que tenían un carácter estrictamente militar.

Además, los Comités de Autodefensa estaban pensados como una organización temporal que debía existir solamente mientras durase el fenómeno subversivo y hacia fines del año 1993 era visible que este problema estaba declinando, por lo que no tendría sentido otorgarles más funciones. Finalmente, muchos integrantes de Comités de Autodefensa habían sido vinculados a violaciones a los derechos humanos, por lo que era sumamente delicado brindarles la posibilidad de administrar justicia.

59 En el caso de las rondas campesinas, las federaciones o centrales de rondas pueden tener mucha importancia para promover acciones conjuntas.

60 Yrigoyen, 2006, p. 382.

61 Véanse las intervenciones de los congresistas Martha Chávez y Carlos Ferrero, citados por Yrigoyen, 2006, p. 383.

Esta confusión, que todavía subsiste en algunos sectores, entre rondas campesinas y Comités de Autodefensa, llevó a que la administración de justicia por parte de las rondas campesinas no tuviera un adecuado reconocimiento constitucional⁶².

Sólo el Acuerdo Plenario aprobado el 13 de noviembre del 2009 por la Corte Suprema, estableció una interpretación de la Constitución que reconocía la facultad de las rondas de administrar justicia. La Corte señaló que los niveles de comunalidad existentes justificaban que se diera este reconocimiento⁶³.

2.2.1.3. Competencia facultativa

Debe destacarse que la Constitución no establece para las autoridades de las comunidades campesinas o nativas el ejercicio obligatorio de la jurisdicción, pudiendo éstas asumir la jurisdicción o dejarla en manos de los agentes estatales.

De esta forma, en la zona andina es muy frecuente que las autoridades comunales prefieran dedicarse a asuntos económicos o productivos y deleguen la resolución de conflictos en el Juez de Paz, que en realidad es también una autoridad comunal. Muchas rondas campesinas también están dando más prioridad a la problemática ambiental, dejando la administración de justicia en los Jueces de Paz.

En otros países donde no existe la Justicia de Paz en las zonas rurales, se ha planteado con carácter obligatorio acudir a la jurisdicción indígena; pero creemos que en el caso del Perú no sería muy lógico, si las autoridades comunales se sienten poco preparadas para resolver determinados conflictos, debido a su gravedad o porque consideran preferible que la instancia estatal los resuelva.

El carácter facultativo de la jurisdicción comunal también permite que la población pueda sentirse libre para optar por determinados problemas

62 Sin embargo, desde 1993 hasta nuestros días pudo haberse planteado una modificación constitucional que reconociera la facultad de administración de justicia a las rondas campesinas. Lamentablemente, ni las organizaciones ronderas, ni las instituciones que trabajan con las rondas ni la Defensoría del Pueblo promovieron dicha reforma constitucional, que habría evitado que muchos dirigentes ronderos fueran detenidos y procesados.

63 Párrafo 8.

sean vistos por una autoridad estatal. No se plantea, por lo tanto, que los conflictos que se producen dentro de una comunidad campesina o nativa se encuentren a priori fuera de la competencia del Derecho estatal.

En todo caso, la decisión respecto a si las autoridades comunales intervendrán corresponde a ellas mismas⁶⁴.

Sin embargo, ninguno de los habitantes de una comunidad puede rechazar la jurisdicción de sus autoridades, una vez que éstas decidan ejercerla. Esta es la diferencia entre la jurisdicción indígena y la conciliación, donde es necesario que las partes estén de acuerdo para que se lleve a cabo el proceso.

2.2.1.4. Competencia territorial

Se establece con claridad un *límite territorial* para el ejercicio de la administración de justicia por parte de las autoridades comunales. No podría, por lo tanto, plantearse que las autoridades comunales administren justicia frente a un hecho que se produce fuera de su territorio, aunque sea entre sus integrantes.

Esta característica le da un sentido muy importante al territorio de una comunidad, que no solamente debe ser analizado desde el punto de vista del derecho de propiedad reconocido por el Código Civil. El territorio comunal constituye también el espacio donde las autoridades comunales pueden ejercer jurisdicción.

Por eso, el artículo 149 de la Constitución se encuentra claramente en estrecha vinculación con el artículo 89 del mismo texto⁶⁵, que reconoce los derechos territoriales de las comunidades campesinas y nativas, puesto que la seguridad respecto a un territorio es uno de los factores esenciales para que un grupo humano se pueda reproducir y ejercer su identidad⁶⁶.

64 Yrigoyen, p. 185.

65 Por este artículo se elimina la necesidad de contar con la aceptación de los dos tercios de los comuneros y la promulgación de una ley por la cual el Congreso de la República autoriza la venta.

66 Bazán, p. 2. De hecho, en Bolivia, las organizaciones indígenas reivindicaban sus derechos territoriales para, a partir de allí, plantear la existencia de una administración de justicia propia sobre el área que les había sido reconocida. Sin embargo, debemos recordar que durante un siglo y medio los indígenas andinos conservaron mecanismos internos de administración de justicia a pesar de que carecían de propiedad sobre sus tierras.

El artículo 89 también reconoce la autonomía de las comunidades, lo cual implica permitir también su autorregulación.

Paradójicamente, sin embargo, el mismo artículo 89 debilita la protección a las tierras comunales, al facilitar la venta o el embargo de las tierras comunales, que estaban prohibidos o restringidos por las Constituciones anteriores, por lo cual, indirectamente, está afectando las posibilidades de las autoridades comunales de administrar justicia.

De otro lado, aunque la competencia esté restringida al territorio comunal, se entiende que sus decisiones tienen eficacia a nivel nacional y que deben ser respetadas por el resto de la sociedad y por las autoridades estatales.

Como hemos señalado, de ninguna manera la competencia territorial debe interpretarse asumiendo que la Constitución y los derechos humanos no tienen vigencia dentro del territorio de las comunidades campesinas o nativas.

2.2.1.5. Competencia personal

En cuanto a la competencia personal, es decir, las personas que están sujetas a la jurisdicción indígena, el artículo 149 no la restringe a los habitantes de la comunidad ni a los integrantes del mismo grupo étnico, por lo que se aplica a todas las personas que se encuentran dentro del territorio de la comunidad.

Se trata de una importante precisión, puesto que con frecuencia las personas foráneas pueden cometer algún abuso dentro de la comunidad y saben que frente a las instancias estatales tendrán todas las posibilidades de ser favorecidas, debido a que la participación de los campesinos o los indígenas se encuentra bloqueada por las barreras para el acceso a la justicia que han sido señaladas. Esto sucede con maestros, trabajadores o funcionarios de empresas extractivas y los propios abigeos.

Una frecuente crítica respecto a la aplicación de la jurisdicción indígena a las personas foráneas, es que éstas no tienen conocimiento de los patrones culturales de la comunidad, por lo que no deberían ser procesados ni sancionados (se plantearía, por lo tanto, que se les aplique una especie de “error culturalmente condicionado”). En realidad, en la abrumadora mayoría de los casos, estas personas son procesadas por situaciones que también son sancionadas dentro de la cultura occidental (una deuda, un incumplimiento de obligaciones, un robo o una agresión).

Eventualmente, podría producirse un problema en el caso en que la persona foránea sea procesada por una situación que para él no debería generar una condena, como los casos de adulterio o una acusación de brujería.

Al respecto, el Acuerdo Plenario ha señalado que puede juzgarse a una persona foránea cuando ha cometido una infracción que atenta contra los intereses de la comunidad o de uno de sus integrantes y cuando la persona era consciente de que estaba ante un acto prohibido o haya actuado por un móvil egoísta⁶⁷.

2.2.1.6. Competencia material

Respecto a la competencia material, el artículo 149 no establece mayores límites por lo que, eventualmente, una comunidad campesina o nativa podría administrar justicia sobre asuntos que el derecho estatal considera civiles, incluyendo temas de familia o asuntos de materia penal.

De igual manera consideramos que tampoco existe impedimento para que las autoridades comunales intervengan en conflictos que deriven de su propia cultura, como la situación de los convivientes o los entenados. Creemos que también es factible una intervención en aquellos problemas que para una persona occidental no existen pues derivan de otra cosmovisión, como los casos de brujería u otras situaciones de carácter religioso o sobrenatural.

Sin embargo, podemos preguntarnos si una comunidad campesina puede estar facultada para enfrentar delitos como narcotráfico o contrabando, donde el Estado es uno de los principales agraviados.

Una polémica similar suele causar la realización de crímenes como homicidios o violaciones, en los cuales los propios mecanismos comunitarios normalmente no logran generar una solución, por lo que los derivan a las autoridades.

Nosotros creemos que es necesario precisar mediante la ley de coordinación cuál será la competencia específica de las comunidades campesinas y nativas o cuál será la competencia que el Estado se reserva. Al respecto, las autoridades comunales no se opondrían a la intervención estatal, siempre que esta realmente se produzca para resguardar los derechos de las personas afectadas.

67 Acuerdo Plenario, párrafo 10, c.

2.2.1.7. Competencia de acuerdo a la cuantía

Muchos magistrados y abogados consideran que las autoridades comunales solamente están autorizadas para enfrentar asuntos de menor cuantía, pretendiendo reconocerles la misma competencia que a los Jueces de Paz.

Sin embargo, el artículo 149 no establece restricciones en cuanto a la cuantía de los asuntos que pueden atender las autoridades comunales. De esta forma, en materia civil, no se encuentran obligadas a tomar en cuenta el monto del litigio para asumir jurisdicción, como sucede en el caso de la Justicia de Paz o la Justicia de Paz Letrada y en materia penal pueden enfrentar tanto faltas como delitos. Por lo tanto, no existe impedimento constitucional para que las autoridades comunales resuelvan una acusación por homicidio, secuestro o violación.

De la referencia a la coordinación entre la justicia comunal y los Jueces de Paz no puede deducirse que tengan la misma competencia, porque también se menciona a las demás instancias del Poder Judicial.

A nuestro modo de ver, además, no puede pretenderse aplicar entre los campesinos o nativos una diferencia de cuantía basada en el derecho estatal, porque se trata de una elaboración cultural diferente.

2.2.1.8. Procedimiento

Según el artículo 149, las autoridades comunales deberán resolver las controversias que se susciten en su ámbito territorial mediante el derecho consuetudinario.

Ahora bien, en el caso de las comunidades campesinas y nativas, la expresión derecho consuetudinario no debe ser considerada como las tradiciones más antiguas de una población, sino como aquellas normas, procedimientos y sanciones que en la actualidad existen.

Realizamos esta precisión, en primer lugar, porque en realidad la actual estructura de comunidades campesinas y nativas es relativamente reciente⁶⁸.

68 La mayor parte de las comunidades campesinas fueron organizadas tras la Reforma Agraria de 1969, con las precisiones legales del Estatuto de Comunidades Campesinas de 1970 y la Ley 24656 de 1987, mientras que las comunidades nativas recién desde 1974 tienen su actual organización. En cuanto a las rondas campesinas,

En segundo lugar, el derecho consuetudinario evoluciona y aquellos criterios con los cuales un conflicto era resuelto antiguamente pueden haber cambiado radicalmente. Por ejemplo, en el mundo tradicional, las mujeres no tenían mayor intervención y los castigos físicos eran admitidos como la única forma de sanción. Afortunadamente, la mayoría de comunidades ha avanzado en una mayor incorporación de conceptos de derechos humanos a sus procedimientos de administración de justicia.

Para evitar estas confusiones que la expresión “derecho consuetudinario” genera para muchos juristas, ha sido reemplazada en las Constituciones latinoamericanas más recientes por la expresión “derecho propio” que no tiene mayores connotaciones de antigüedad⁶⁹. Sin embargo, en el Perú podría ser criticada también en el sentido que ni las asambleas, ni los Presidentes de comunidad son realmente “propios”, puesto que provienen de normas estatales⁷⁰.

2.2.1.9. El límite de los derechos fundamentales

La Constitución de 1993 no establece restricciones a las autoridades comunales en cuanto a la competencia personal, la materia o la cuantía, sino en cuanto a la sanción, exigiéndose el respeto por los derechos fundamentales.

De esta manera, no se trata de un derecho absoluto de administración de justicia, sino que está restringido por la prohibición de imponer sanciones contrarias a los derechos fundamentales. Por lo tanto, los derechos individuales se mantienen como límite, para saber hasta dónde puede llegar el ejercicio del derecho a administrar justicia.

El respeto por los derechos humanos va más allá de las sanciones dispuestas. En el procedimiento para resolver conflictos tampoco están permitidas las prácticas que vulneren derechos fundamentales, como la tortura o la coacción, que han sido tradicionalmente practicadas por las rondas campesinas para lograr una confesión.

también aparecen inclusive después, en 1976, y muchas tienen diez o doce años de existencia.

69 El cambio ha sido visible en la reforma constitucional de México del 2001, la Constitución de Bolivia del 2008 y la del Ecuador del 2009. Véase capítulo 4.

70 El cambio ha sido visible en la reforma constitucional de México del 2001, la Constitución de Bolivia del 2009 y la del Ecuador del 2009. Véase capítulo 4.

Igualmente, las autoridades comunales están obligadas a respetar el derecho a la igualdad y el derecho a la justicia. Frecuentemente en las zonas rurales las mujeres se encuentran en una situación de subordinación y las mismas autoridades comunales, normalmente varones, suelen asumir que se trata de una situación normal, siendo muy permisivos frente a la violencia contra la mujer⁷¹.

Nosotros consideramos, además, que este artículo debe ser comprendido en directa relación con todas las referencias a los derechos humanos existentes en la Constitución, incluyendo el derecho al acceso a la justicia. En muchos lugares donde el Estado no se encuentra presente y en aquellos donde existe una serie de barreras estructurales o administrativas para que la población administre justicia, la jurisdicción comunal se convierte en el único mecanismo para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos constitucionales y accedan a la justicia.

2.2.1.10. Ley de Coordinación

El artículo 149 no plantea que la jurisdicción comunal se desarrolle sin ningún contacto con la jurisdicción estatal, lo cual carecería de sentido dada la estrecha relación que las comunidades campesinas y nativas tienen con el Estado. Como vimos al inicio de este capítulo, su misma existencia y su estructura interna derivan de decisiones estatales tomadas en las últimas décadas.

Una ley de coordinación deberá buscar regular las relaciones entre las dos jurisdicciones, planteándose si existirá una competencia específica para la jurisdicción comunal o la forma en que las decisiones que se toman en una jurisdicción sean reconocidas o ejecutadas por la otra.

Sin embargo, la ausencia de una ley de coordinación no implica que el artículo 149 no esté todavía vigente. Nosotros consideramos que la Constitución reconoció la facultad de administrar justicia a las autoridades comunales desde el mismo momento en que fue promulgada. La necesidad

71 En muchos grupos indígenas y, en general, en las culturas no occidentales, la situación de los derechos de la mujer es una problemática donde existe frecuente conflicto entre los derechos culturales y los derechos individuales. En muchos países, las organizaciones indígenas de mujeres vienen promoviendo cambios en las prácticas culturales tradicionales pero los procesos todavía requerirán de varios años (véase Kymlicka 1966, p. 63 y Paredes, 2005).

de una ley de coordinación tiene un carácter más bien operativo que no restringe el ejercicio de dicha facultad⁷².

La coordinación entre dos sistemas jurídicos busca establecer acuerdos que permitan solucionar posibles contiendas de competencia y no plantea relaciones de subordinación. Menos aún, la existencia de una ley de coordinación puede ser planteada en el sentido que se establecerán competencias equivalentes a las que tienen los Jueces de Paz.

A lo largo de los últimos 18 años, la promulgación de esta norma ha quedado lamentablemente entrampada. Esto se ha debido, en parte, al desinterés del Poder Judicial que no buscó establecer patrones de coordinación con la jurisdicción comunal y durante mucho tiempo no promovió esta norma⁷³.

De otro lado, tenemos que a nivel parlamentario también ha existido un profundo desconocimiento sobre la problemática de la justicia en el mundo rural y también una escasa comprensión respecto al rol que una adecuada legislación podría tener para solucionar las demandas de la población campesina y nativa. Lamentablemente, atender las necesidades de estos sectores no ha sido una prioridad para la mayoría de grupos políticos.

Finalmente, otra razón por la que la norma no ha sido promulgada es la realidad heterogénea de las prácticas de administración de justicia comunal. Existe el riesgo de enfatizar una perspectiva indígena que no tiene mayor relación con las rondas campesinas, o de trasladar la problemática rondera a las comunidades campesinas y nativas.

Por otro lado, pese a que las rondas campesinas constituyen el sector más consciente en cuanto al ejercicio de una administración de justicia distinta de aquella estatal, no se encontraban claramente reconocidas en cuanto a tales por el artículo 149, hasta la promulgación del reciente Acuerdo Plenario⁷⁴. Por ello, podríamos indicar que, luego de esta decisión de la Corte Suprema, se dan mejores condiciones para una ley que abarque los diferentes supuestos.

Finalmente, el artículo 149 no plantea una norma de coordinación restringida a la materia penal, como parece ser la tendencia predominante de

72 El Acuerdo Plenario de la Corte Suprema va en esta misma interpretación.

73 Como sucedió con la elección popular de los Jueces de Paz, para muchos magistrados que fueron repuestos a la caída del régimen de Fujimori, el artículo 149 representó una de las innovaciones planteadas por el gobierno dictatorial que los había depuesto arbitrariamente.

74 Sobre esta resistencia, véase el acápite 3.4.

los diversos proyectos de ley, sino enfrentar de manera más amplia todas las posibles relaciones entre la administración de justicia comunitaria y las diferentes ramas del Derecho estatal.

2.2.2. El Acuerdo Plenario

Como hemos señalado, debido al vacío legal sobre la competencia jurisdiccional de las rondas campesinas, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema y las Salas Penales Transitorias decidieron convocar a un Pleno Jurisdiccional, llegándose a una decisión definitiva mediante el Acuerdo Plenario del 2009. Este Acuerdo sí posee el carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que tiene la Corte Suprema⁷⁵.

El Acuerdo Plenario analiza de manera detallada el texto constitucional, tomando en cuenta la problemática de la justicia en las zonas rurales. El Acuerdo precisa que cuando la Constitución reconoce en su artículo 2, inciso 19 como derecho individual la identidad étnica y cultural de las personas y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación, está estableciendo un principio fundamental que debe regir al Estado peruano⁷⁶.

De esta forma, explícitamente se reconoce la existencia de pluralismo jurídico en el Perú, precisándose que esta situación implica que varios sistemas coexisten, y que es normal que en la práctica “colisionan, se contraponen y hasta compiten”⁷⁷.

En relación a las rondas campesinas, el Acuerdo Plenario considera que es necesario salir de una interpretación literal y restrictiva respecto del artículo 149⁷⁸, recordando que las rondas surgieron precisamente en contextos donde no había comunidades campesinas. Las rondas fueron entonces la forma en que los campesinos lograron “expresar su organización comunal” y se convirtieron en “espacios de afirmación de su identidad colectiva”.

75 Acuerdo Plenario, 4.

76 Acuerdo Plenario, 6.

77 Peña, citado por Acuerdo Plenario, 6.

78 Ruiz desarrolla con claridad la crítica a esta interpretación literal, señalando que implicaría una contradicción con el resto del texto constitucional y llevaría a que, en la práctica, no tengan vigencia los derechos humanos en las zonas donde operan las rondas campesinas (mayo 2008, pp. 44-46).

Los magistrados señalan que “el fundamento del artículo 149° de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones”, por lo que no reconocer esta facultad a las rondas campesinas implicaría un trato discriminatorio hacia esta población⁷⁹.

El Acuerdo Plenario señala que las rondas campesinas son una forma de autoridad comunal en aquellos lugares donde no existen comunidades campesinas o nativas reconocidas en cuanto tales. Resulta importante señalar que lo comunal no aparece determinado solamente por el reconocimiento legal que proporciona una norma, sino por la existencia en la realidad de un sistema y una organización comunal. Además, se reconoce que mantienen los ideales andinos de solidaridad, trabajo comunal y la idea de progreso⁸⁰.

2.3. PRINCIPALES DEMANDAS DE LOS PARTICIPANTES EN LOS TALLERES⁸¹

Respecto al derecho a la justicia propia, en **San Martín** los participantes, indígenas awajún, han mencionado que existe la necesidad de promover canales de articulación con la justicia ordinaria; además consideran que es necesario plantear criterios claros que definan las competencias de la jurisdicción indígena.

Ahora bien, en este caso los participantes han señalado que la jurisdicción indígena debería ser la que imparta justicia como regla general y solo en casos excepcionales la competencia para resolver un conflicto debe ser de la justicia ordinaria.

Estas afirmaciones refuerzan nuestra percepción de que los indígenas no sienten que todos los delitos deban ser abordados por ellos mismos y una norma de deslinde como las que existen en Venezuela o Bolivia no

79 Acuerdo Plenario, 8.

80 Acuerdo Plenario, 7.

81 En este punto tomamos como base las opiniones vertidas por los líderes indígenas que han participado en nuestros talleres de recojo de información en Cajamarca, Juliaca, Moyobamba y Puerto Maldonado. Lo mismo se aplica para los siguientes capítulos en cada uno de los cuales se presenta también los resultados de estos talleres.

les parecería negativa en sí misma, siempre que respete la posibilidad de resolver aquellos problemas en los que actualmente ya intervienen.

Otros indígenas de San Martín señalaban que en el Ministerio Público continúa procesándose como violadores a los indígenas que tienen parejas menores de edad⁸².

Al respecto, los participantes de **Cajamarca**, integrantes de rondas campesinas, han mencionado que existe la necesidad de promover canales de articulación con la justicia ordinaria; además consideran que es necesario plantear criterios claros que definan las competencias de la justicia ronderil.

Resulta interesante estos planteamientos, especialmente porque así como jueces y fiscales, los ronderos también quisieran tener más claridad sobre cuáles han de ser sus competencias.

En **Puno**, las conclusiones fueron:

- Propuesta legislativa sobre armonización entre la justicia ordinaria y la justicia comunitaria
- Respeto al Convenio 169 de la OIT, por ejemplo, formas de cuidar los recursos naturales y la biodiversidad dentro de su territorio
- Ley de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia especial
- Crear instancias de información sobre las rondas campesinas

Resulta interesante cómo en este caso la justicia no parece desligada de otras problemáticas, debido a que los recursos naturales se encuentran vinculados a ella. De hecho, el derecho consuetudinario o propio también implica regular el manejo de los recursos y sancionar a quienes los depredan.

En **Madre de Dios** los dirigentes indígenas señalaron que los avances en torno a la coordinación con la justicia estatal para promover la autonomía de la justicia indígena son casi nulos. Los ejemplos sobre impartición de justicia que brindaron los participantes, básicamente se ciñeron a temas como el robo, venta de licor, tentativa de violación sexual, incumplimiento de la faena comunal, entre otros.

Debe señalarse que en esta región la debilidad del Estado es mucho mayor que en otros lugares, existiendo muy pocos efectivos policiales o magistrados, distancias muy extensas, una gran corrupción y la presencia de poderes fácticos que se superponen a la institucionalidad estatal, por

82 Testimonio de indígenas quechuas lamistas.

lo que difícilmente los indígenas pueden sentir que ésta constituye una alternativa. Al mismo tiempo, es difícil que una entidad tan débil como el Poder Judicial esté en condiciones para una efectiva coordinación.

2.4. EXPERIENCIAS DE OTROS PAÍSES ANDINOS

El artículo 149 de la Constitución Peruana de 1993 no se trata de un caso aislado en América Latina, sino que es parte de una serie de reformas constitucionales que se producen en la última década del siglo XX y que han continuado hasta nuestros días. En algunos casos, además, tenemos legislación que establece los límites y facultades de la jurisdicción indígena, así como los mecanismos de coordinación con la jurisdicción estatal.

2.4.1. Reconocimiento constitucional en Colombia

2.4.1.1. La Constitución de 1991

El primer país que planteó el reconocimiento constitucional de la administración de justicia por los pueblos indígenas fue Colombia, a través de la Constitución de 1991, que fue de mucha importancia para las reformas constitucionales que en los años sucesivos se llevaron a cabo en Perú, Ecuador, Bolivia y Venezuela.

Debemos precisar, sin embargo, que la problemática indígena de Colombia tiene claras diferencias con la situación peruana porque la población indígena es una minoría muy reducida. Por ello resulta comprensible el amplio reconocimiento que le otorga a una serie de derechos, incluyendo la administración de justicia, sin que sea percibido como una amenaza para la estabilidad nacional.

Otra diferencia radical es que los indígenas colombianos se reconocen a sí mismos como tales y por eso, una de sus principales demandas es que se les reconozca un tratamiento específico, a diferencia del Perú donde muchos indígenas andinos han pretendido más bien asimilarse y prefieren

que no se les trate de manera distinta, aunque esto implique para ellos un perjuicio⁸³.

El resto de la población colombiana también percibe a los indígenas como un grupo distinto y esto ha permitido mayor aceptación del reconocimiento de su identidad, su autonomía y su facultad de administrar justicia⁸⁴.

Otra diferencia muy importante con el caso peruano es que en la Asamblea Constituyente a cargo de la elaboración de la Constitución de 1991, participó una importante y activa delegación indígena. Por lo tanto, los artículos sobre el reconocimiento de la función jurisdiccional y otros temas relativos a los pueblos indígenas derivan claramente de sus propias demandas y no de ONGs u otras instituciones.

De esta manera, la Constitución de 1991 señala en el artículo 7° el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana como uno de los fines esenciales del Estado. Este principio se desarrolla a lo largo de la Constitución en los artículos 10 (oficialidad local de los idiomas indígenas); 70 (igualdad entre las culturas⁸⁵); 171 y 176 (participación de representantes indígenas en el Senado y la Cámara de Representantes); y 286 (configuración de los resguardos indígenas como entidades territoriales con autonomía administrativa y presupuestal), entre otros.

En este contexto el artículo 246 de la Constitución reconoce la jurisdicción indígena de la siguiente manera:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

83 “Cuando yo atiendo en quechua a una persona de origen campesino, ésta se disgusta y se esfuerza por hablar en castellano, aunque tenga mucha dificultad en hacerlo. Sienten que si se les habla en quechua se les está menospreciando”. (Testimonio de una funcionaria de la Municipalidad de San Juan Bautista, en Huamanga, Ayacucho, 4 de junio del 2010).

84 Los indígenas colombianos, inclusive, pueden señalar en qué áreas de su territorio no puede haber actividad petrolera por razones vinculadas a su cosmovisión y sus tradiciones.

85 Artículo 70: La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

Una diferencia marcada con la Constitución peruana es que no se hace referencia a autoridades comunales, sino a las autoridades de los pueblos indígenas, lo cual en este caso es más comprensible porque en Colombia los pueblos indígenas sí actúan como tales y no solamente como comunidades.

El artículo 246 indica, como límite, que las normas y procedimientos no deben ser contrarias a la ley y a la Constitución, con lo cual las facultades de las comunidades parecen más restringidas que en el caso peruano.

El otro límite muy claro es el ámbito territorial, tomándose en cuenta que los resguardos o zonas especiales para la población indígena se encuentran reconocidos desde hace varias décadas.

Debe remarcar que, como en el Perú, la función jurisdiccional se trata de una posibilidad y no de una obligación. Los constituyentes indígenas señalaron claramente que para ellos se mantenía la posibilidad de que la administración de justicia estatal asumiera los casos que los indígenas declinaran enfrentar o que el Estado decidiera en casos de conflictos de competencia⁸⁶.

2.4.1.2. Las sentencias de la Corte Constitucional

En Colombia, aunque no existe una norma que establezca los alcances y límites de la jurisdicción indígena, éstos han sido establecidos por una importante sucesión de sentencias de la Corte Constitucional, debido a que en las últimas décadas, numerosos indígenas y en menor medida otras entidades han planteado acciones de tutela para exigir que se respeten derechos colectivos e individuales.

Como marco general, la Corte Constitucional señala que el derecho a la identidad nacional colombiana debe ser entendido dentro de una concepción de identidad pluralista, sin que se pueda admitir, desde el punto de vista constitucional, la promoción de una homogeneización de la población,

86 “Cuando nosotros hablamos de que la ley establece la forma de articulación al sistema judicial ordinario o al sistema judicial nacional, les estamos diciendo que cuando haya conflicto de interés o de competencia o de colisión de competencias, llámese cualquier elemento, o cuando las comunidades o autoridades propias de éstos no estén en capacidad de juzgar, pues la autoridad competente podrá hacerlo” Sentencia 606-01, nota 14.

siguiendo un modelo occidental o liberal⁸⁷. La Corte señala que la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo requieren permitir un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas⁸⁸.

La Corte Constitucional considera a la comunidad indígena como una entidad sujeto de derechos fundamentales⁸⁹. Llega a sostenerse que se les aplican las normas constitucionales sobre derechos individuales como derecho a la vida y la prohibición de desaparición forzada⁹⁰.

Para garantizar la subsistencia de las comunidades, la responsabilidad del Estado es fundamental⁹¹, al reconocer a las comunidades un alto grado de autonomía⁹². Por eso, el principio de relación con las comunidades indígenas la **maximización de la autonomía** y minimización de las restricciones a las decisiones que pueden tomar los pueblos indígenas⁹³.

De igual manera, se admite la reducción de algunos derechos individuales fundamentales de los propios indígenas, si esto permite garantizar la autonomía del grupo.

En cuanto a la jurisdicción indígena es percibida como fundamental para garantizar esta autonomía, para salvaguardar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y para garantizar los derechos de los individuos indígenas⁹⁴.

Elementos de la jurisdicción indígena

87 Sentencia T-704-06, considerando 9.

88 Sentencia T- C-139-96, párrafo 6.2.3. El principio de que los indígenas requieren un trato diferenciado ha llevado a la Corte a reconocer inclusive que los indígenas no están sujetos a los mismos requisitos de edad para el ejercicio de cargos públicos que rigen para los demás ciudadanos, dado que las culturas indígenas consideran que una persona es adecuadamente madura por otro tipo de criterios (Sentencia T-778-05). En esta sentencia se percibe la pluralidad cultural como un valor positivo y uno de los pilares de la nacionalidad (acápito 4.1). mientras en el Perú muchas veces es considerada un problema en sí misma

89 Sentencia T-380-93, acápite 8 y Sentencia SU-039-97, párrafo 3.1

90 Sentencia T-380-93, acápite 8, citado en numerosas sentencias posteriores.

91 Sentencia T-007-95, acápite 3.

92 Sentencia 349-96, párrafo 2.2, citado en numerosas sentencias posteriores.

93 Sentencia T-349-96, acápite 2.2. Desde esta concepción, por ejemplo, se autoriza que las comunidades, en ejercicio de su autonomía, impidan el ingreso de foráneos si su presencia puede atentar contra la integridad de la comunidad, incluyendo a predicadores religiosos. Sentencia SU-510/98, acápite 52

94 Sentencia T-552-03, párrafo 4.1.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional no se prohíbe al Estado intervenir en conflictos donde estén involucrados indígenas⁹⁵. Por eso, se precisa que, para la competencia de la jurisdicción indígena, existen cuatro elementos centrales que han sido desarrollados por la sentencia T-552-03⁹⁶:

- a) Existencia de la autoridad indígena que reclame el conocimiento del asunto, debidamente constituida y reconocida;
- b) Pertenencia al grupo indígena de que se trate de la persona a quien se le imputa el delito investigado;
- c) El lugar de ocurrencia del hecho: que la conducta se haya cometido dentro del territorio del resguardo indígena;
- d) El elemento de carácter objetivo: que el sujeto pasivo o el objeto material de la conducta, pertenezca a la comunidad indígena⁹⁷.

El primer punto resulta fundamental: la autoridad indígena debe tener la intención de resolver el asunto, pues la jurisdicción indígena no es obligatoria ni automática⁹⁸.

Como se puede apreciar, por el segundo punto, la Corte Constitucional restringe la competencia personal a la población indígena, lo cual no se desprendía claramente del artículo 246 de la Constitución y coincide con la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia.

Aunque no es obligatorio que una comunidad indígena asuma jurisdicción, cuando se acredita que el inculpado es indígena y que cometió el hecho ilícito ante otro indígena en territorio indígena, las autoridades estatales deben remitir a la comunidad el caso o al Consejo Superior de la Judicatura para que tome la decisión al respecto⁹⁹.

La Corte Constitucional ha dispuesto que si una organización indígena solicita al Poder Judicial juzgar a un indígena por un crimen cometido bajo estas condiciones, el responsable le deberá ser remitido¹⁰⁰, aunque aparentemente no exista un precedente en el grupo indígena de haber resuelto estos casos¹⁰¹. En este sentido, en un tema de transferencia de propiedad

95 Sentencia T-496-96, párrafo 2.1.

96 Estos elementos fueron inicialmente abordados por la sentencia C-139-96, párrafo 6.2.1.

97 Sentencia T-552-03, sección 4.

98 Sentencia T-667a-98.

99 Según lo dispone el artículo 256 numeral 6 de la Constitución de Colombia. Sentencia T-728-02, párrafo 12.

100 Por ejemplo, sentencias T-266-99 y T-934-99.

101 Sentencia T-552-03

entre dos indígenas, se revoca la sentencia de un juez estatal, porque debió reconocer que no tenía competencia al respecto¹⁰².

Si un indígena comete un delito fuera de su comunidad, sin comprender que dicho acto estaba prohibido, la Corte plantea que regrese a su respectiva comunidad, sin ser sancionado por el Estado¹⁰³. Aún si el autor comprendía que se trataba de un delito, podría ser conveniente que el Estado se abstenga y el individuo sea juzgado por las autoridades comunales:

(...) el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos¹⁰⁴.

En cuanto al límite geográfico, debe precisarse que no corresponde necesariamente al reconocimiento jurídico que el Estado ha otorgado a un determinado territorio, sino que se debe considerar:

la efectiva presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades tradicionales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades. El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en una zona que objetivamente pueden tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo¹⁰⁵.

Manteniendo el principio de que debe respetarse en lo máximo posible la autonomía comunal, la Corte Constitucional advierte que el Estado no puede pretender distinguir entre normas culturales indígenas y normas morales, ni cuestionar a las autoridades comunales su pretensión de

102 Sentencia 606-01, párrafos 4 y 5.

103 Sentencia T-496-96 párrafo 2.2.

104 Sentencia T-496-96 párrafo 2.2. Debe señalarse que ya el artículo 96 del Código Penal Colombiano de 1980 decía:

“Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”.

En cambio, el actual Código Penal del 2000 señala:

“Artículo 33. Inimputabilidad. Es imputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

105 Sentencia 1238-04, acápite 3.3.2.

sancionar faltas “morales” o hechos aparentemente intrascendentes para el Derecho estatal¹⁰⁶.

Por eso la Corte considera inconstitucional una norma que pretenda establecer cuáles sanciones pueden aplicar los indígenas o los límites para éstas, dado que ellos tienen un universo cultural diferente¹⁰⁷. Se recalca que la gravedad de las faltas tampoco será necesariamente percibida de la misma manera que en la cultura occidental y que un individuo no puede ser considerado adulto bajo los mismos criterios de la sociedad occidental¹⁰⁸.

En relación a cuál es la autoridad facultada para administrar justicia, la Corte señala que el principio de maximizar la autonomía impide establecer restricciones innecesarias. Por lo tanto, la referencia del artículo 246 a las “autoridades comunales” puede aplicarse a un sistema de resolución de disputas en que las decisiones son tomadas por miembros del grupo familiar, o una autoridad religiosa o que efectivamente la administración de justicia está a cargo de autoridades con esta función específica¹⁰⁹.

En cuanto al derecho de defensa, la Corte Constitucional señala que puede ejercerse aún sin abogado¹¹⁰, porque no se trata de manejar un conocimiento especializado, como sucede con el derecho estatal, sino las normas aprendidas en la socialización en la comunidad¹¹¹.

Una situación particular de Colombia es que una comunidad indígena puede establecer que las sanciones sean cumplidas en un establecimiento estatal. De esta forma, recientemente varias comunidades han sancionado

106 (...) Es constitucionalmente viable así mismo que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena, y viceversa. En este punto, no entra la Corte a determinar cuáles pueden ser estas conductas, ni cuáles los límites de su sanción (Sentencia C 139-96, párrafo 6.4.).

107 Sentencias C-139-96, párrafo 6.4. y SU-510-98, párrafo 57. El respeto por la cosmovisión indígena es tan fuerte que la Corte señala que al Estado no le corresponde señalar o ni siquiera sugerir que determinadas acciones tradicionales son innecesarias o carecen de sentido, pues estaría violando el respeto a la identidad cultural (párrafo 53)

108 Por ejemplo, el robo de unas gallinas puede parecer un asunto menor en la sociedad occidental, pero para los indígenas implica privarles de su ahorro para caso de emergencias (sentencia T-1127-01, párrafo 2.4.).

109 Sentencia C-139-96, párrafo 6.4.

110 Sentencia 523-97, párrafo 3.3.2, referida al pueblo paez, que en los procesos consuetudinarios prohibía la intervención de abogados por considerarlos personas ajenas a su cultura.

111 Sentencia 549-07, acápite 5.2.

responsables de homicidios con penas de prisión muy prolongadas¹¹², pero, como en las comunidades no existen prisiones que ofrezcan la seguridad necesaria, los sentenciados son remitidos a un centro penitenciario estatal, donde son reclusos por el tiempo que ha determinado la comunidad, sin que se cuestione esta decisión.

De esta forma, muchos de los principios que caracterizan a los mecanismos comunitarios quedan distorsionados, porque no se promueve ni la resocialización de la persona, ni su integración a la comunidad¹¹³.

Jurisdicción indígena y derechos humanos

De acuerdo a la Corte Constitucional colombiana, las restricciones para la jurisdicción indígena deben hacerse solamente si se trata de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas¹¹⁴.

De esta manera, se señala que el límite de la jurisdicción indígena no puede ser toda la Constitución y la ley, como literalmente señala el artículo 246 de la Constitución, porque implicaría reducir el reconocimiento a un carácter simplemente retórico¹¹⁵.

La Corte señala que las normas estatales dispositivas no son de cumplimiento obligatorio para las comunidades indígenas, quienes son libres para aplicar sus usos y costumbres¹¹⁶. En relación a las normas de orden público, tampoco puede señalarse que automáticamente deban ser aplicadas por las comunidades:

112 Por ejemplo, la sentencia T-239-02, donde el responsable de un homicidio debe pasar 9 años de prisión en una cárcel estatal. Esta medida es adoptada cuando los crímenes son verdaderamente graves, como homicidios múltiples, homicidios agravados con sevicia contra autoridades indígenas, infanticidio y violaciones sexuales (sentencia T-1294-05, sección III.3).

113 Las sentencias de prisión emitidas por los indígenas contradicen una de las supuestas ventajas de los sistemas comunitarios, como es reducir la carga del sistema carcelario (Wojkowska, p. 17).

114 Sentencia T-349-96, párrafo 2.2. De igual manera, la sentencia 523-97 señala "(...) no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza (párrafo 3.3.2).

115 Sentencia T-349-96, párrafo 2.3. Esto coincide con la apreciación de Rubio, p. 200.

116 Sentencia 254-94, párrafo 7.4.

Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural¹¹⁷.

Un segundo aspecto que la Corte Constitucional señala y que genera mayor controversia es el respeto por los derechos fundamentales. En principio, la posición de la Corte se manifestaba favorable a que fueran respetados:

(...) el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente¹¹⁸.

De hecho, inicialmente, la Corte Constitucional pareció promover la vigencia de todos los derechos fundamentales contemplados en la Constitución¹¹⁹. Sin embargo, en sentencias posteriores, la Corte Constitucional prefirió dar más énfasis al respeto por la autonomía de las comunidades y, entre todos los derechos fundamentales, busca determinar de manera precisa cuáles son aquellos que ningún grupo indígena puede vulnerar, permitiendo que en otros casos se establezcan restricciones.

El argumento de la Corte Constitucional es que, frente al principio pro libertate, deben plantearse el principio pro communitas¹²⁰ y el principio pro indígena, que implica "la interpretación que mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros"¹²¹. Por lo tanto en la posible oposición entre derechos individuales e intereses colectivos, en lo posible deben respetarse los segundos.

117 Sentencia 254-94, párrafo 7.3. Un ejemplo de una norma que prima sobre las culturas indígenas se refiere a la seguridad nacional es la autorización de la instalación de un radar en el territorio indígena (sentencia T-405/93).

118 Sentencia 254-94, párrafo 7.2.

119 Se precisó que se encuentran prohibidas la prisión perpetua y la confiscación de bienes, por encontrarse taxativamente prohibidas por el artículo 38 de la Constitución (Sentencia 254-94, párrafo 12) y se rechazó la práctica de expulsar a un infractor de la comunidad, pues equivalía a una confiscación, pues el infractor quedaba despojado de todo medio de sustento (Ibid, párrafo 13).

120 Sentencia SU 510-98, párrafo 41.

121 Sentencia SU-510-98, párrafo 53.

La Corte sostiene que solamente algunos derechos fundamentales tienen mayor jerarquía que la diversidad cultural¹²². Siguiendo esta posición, la sentencia T-349-96 tuvo un alcance fundamental, puesto que señaló que solamente se consideran prohibidas la pena de muerte, la tortura y la esclavitud¹²³.

A nosotros nos parece una restricción discutible, puesto que existen muchos otros derechos humanos que deberían ser respetados y también aparecen en numerosos documentos internacionales, desde el derecho a la igualdad hasta el derecho a la educación.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que la Constitución de Colombia no adopta una posición universalista, a nuestro entender, en abierta contradicción con el propio texto¹²⁴. De esta manera, en aras a la maximización de la autonomía, un principio que no se desprende claramente del texto constitucional, los derechos humanos taxativamente reconocidos pasen a segundo plano. Sin embargo, en varios casos, la Corte ha mantenido este criterio, inclusive distorsionando nociones mínimas de responsabilidad individual¹²⁵.

En estos casos, los demandantes son indígenas que sienten afectados sus derechos por decisiones de sus respectivas autoridades comunales. Pese a ello, la Corte Constitucional tiene una interpretación más bien esencialista respecto a la cultura indígena y, lejos de favorecer a los indígenas con mayor conciencia de sus derechos humanos, se muestra inclinada a respaldar a aquellos grupos más hostiles a esta posición. Probablemente esto se debe al mayor grado de aislamiento en que viven los indígenas colombianos, respecto a lo que sucede en otros países. Por eso la identidad

122 Sentencia C-139-96, párrafo 6.2.2.

123 La Corte señala que solamente frente a estos tres casos se puede encontrar consenso a nivel intercultural, así como en los diversos documentos internacionales (Sentencia 349-96, sección 2.3.)

124 Sentencia C-139-96, párrafo 6.2.2.

125 Frente a un indígena juzgado en ausencia por su comunidad, la Corte sostuvo que para ejercer el derecho de defensa en una comunidad indígena basta la presencia de los familiares del acusado (Sentencia T-349-96, párrafo 2.4.1.3). Otro derecho cuya restricción está permitida dentro de los pueblos indígenas es la libertad de religión: frente a un grupo de indígenas ika convertidos a una religión evangélica, que habían sido agredidos y detenidos por las autoridades indígenas, quienes cerraron el templo y prohibieron la predicación de dicha religión (SU-510-98, párrafo 59).. La Corte sostuvo que la tendencia fundamentalista de ésta atentaría contra la identidad cultural de los ika y respaldó las medidas tomadas, permitiendo a los evangélicos solamente su práctica privada

indígena busca ser preservada, teniéndose una visión de rechazo hacia el cambio cultural.

Las apreciaciones de la Corte Constitucional generan todavía mayor polémica respecto a los propios derechos humanos que ha reconocido, concretamente en cuanto a la integridad personal. Efectivamente, se señala que:

(...) el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana¹²⁶ y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.”¹²⁷

Esto quiere decir que no se puede interpretar de una sola manera este derecho. Por ejemplo, la Corte sostiene que ni el suplicio del cepo ni los azotes se encuentran reñidos con la Constitución. Indica que no generan consecuencias físicas o mentales y que buscan purificar al infractor¹²⁸.

De esta forma, la Corte Constitucional, los indígenas colombianos terminan teniendo menos derechos que los demás ciudadanos, pues existe la percepción que estos derechos provienen de la tradición liberal. A nuestro entender, en estas sentencias se muestra una visión bastante estática y homogénea de las culturas indígenas, siendo así que dentro de un grupo indígena existen muchas posibles diferencias. Debe señalarse que normalmente las demandas para el reconocimiento de derechos fundamentales son presentadas por indígenas del mismo grupo étnico, por lo cual es discutible que representen una “cultura foránea”. Precisamente se trata de indígenas que cuestionan a sus propias autoridades ante la jurisdicción estatal¹²⁹.

Además de los mencionados derechos, la Corte Constitucional también ha señalado que las comunidades indígenas han de cumplir con el principio de legalidad, que no es asumido como contar con normas escritas de cumplimiento obligatorio, tomando en cuenta que se está ante culturas

126 Sentencias T-188/93 y SU-039/97.

127 Párrafo 43 de la sentencia SU-510-98, que cita la sentencia T-380/93 y la SC-104/95.

128 Sobre el cepo véase párrafo 2.4.1.2. de sentencia T-349-96. Sobre los azotes, véase párrafo 3.3.3. de sentencia T-523-97 Véase Bonilla, p. 173.

129 Sentencia T-979-06.

orales¹³⁰, sino como una exigencia mínima de previsibilidad¹³¹. De esta forma, se desestima una pena que no está presente en el ordenamiento, como una severa condena a prisión¹³².

Otro principio es el referido al debido proceso, se toma en cuenta la noción de “juez natural”, pero indicando que éste debe ser, en principio, la autoridad comunal indígena¹³³.

Un elemento para entender estas decisiones de la Corte Constitucional es que se aplican en un contexto donde los indígenas constituyen un porcentaje muy reducido. En países como Ecuador y Bolivia, estas decisiones implicarían prácticamente la pérdida de vigencia de la Constitución en la mayor parte del territorio nacional. De otro lado, debe señalarse que, gracias a sentencias como la T-349-96, la pena de muerte ha disminuido considerablemente en los grupos indígenas que la practicaban, siendo reemplazada por otro tipo de sanciones¹³⁴.

Nuevas tendencias en la Corte Constitucional

En los últimos años, algunas nuevas sentencias han ampliado el reconocimiento de derechos fundamentales. Por ejemplo, en el año 2002, la sentencia T-048-02 exige a una comunidad respetar determinados principios del debido proceso, lo que quiere decir, respetar su propio procedimiento para enfrentar infracciones similares.

Igualmente, en la misma sentencia se exige a la comunidad involucrada permitir el derecho a la defensa, señalando que tiene el carácter de irrenunciable, citando el artículo 29 de la Constitución¹³⁵. Se señala la obligación de la jurisdicción indígena de permitir a un acusado la posibilidad

130 (...) “la oralidad que caracteriza los ordenamientos jurídicos de las comunidades indígenas (...) exige una reconceptualización del principio de legalidad y, ciertamente, excluye la posibilidad de que como condición para el reconocimiento de la jurisdicción se exija presentar compilaciones de normas escritas en materias sustantivas o procedimentales, e, incluso, precedentes, también escritos, en materias como las que suscita el reclamo de jurisdicción” (sentencia 552-03, párrafo 4.1.).

131 Sentencia T-349-96, párrafo 2.4.1.

132 Sentencia T-349-96, párrafo 2.4.1.4

133 Sentencia T-728-02, párrafo II, 10.

134 Sentencia 1127-01, párrafo 2.4.

135 Sentencia T-048-02, sección 3.1.3. Normalmente, la Corte Constitucional no se basaba en los artículos constitucionales al referirse a la problemática indígena sino en su propia reflexión doctrinaria.

de desvirtuar acusaciones, en lo que se deduce que, para sancionar a una persona, es necesario comprobar que efectivamente cometió la infracción, debiéndose respetar el principio de presunción de inocencia¹³⁶.

Igualmente en esta sentencia se rechaza la expulsión de la comunidad porque, aunque no llegara a afectar a la familia y no constituyera una confiscación, sí implicaría una pena irredimible, que no está permitida por el artículo 28 de la Constitución¹³⁷. A diferencia de las sentencias de la década anterior, en este caso se dispone que este criterio constitucional sea cumplido por la jurisdicción indígena, pese a que puede ser ajeno para ella. La Corte considera que expulsar a un indígena también afecta su identidad cultural, reconocida por el artículo 7 de la Constitución¹³⁸.

Finalmente, esta sentencia busca evitar los excesos en las sanciones indígenas planteando la necesidad de una proporcionalidad, revocando la sanción que se había impuesto¹³⁹.

Siguiendo esta nueva línea jurisprudencial, la sentencia T-811-04 llega a revisar un fallo de la jurisdicción indígena señalando que es inaceptable que se condene a una persona inocente, aunque para la percepción comunitaria sea efectivamente el responsable. En este caso, se señala que el artículo 29 referido a que “no puede haber pena sin culpa” rige para todo tipo de actuaciones judiciales, incluidas las que realicen las autoridades comunitarias¹⁴⁰. Se plantea también la obligación de cumplir criterios de proporcionalidad.

En otra sentencia, la Corte busca disminuir la severidad de una sanción impuesta por la jurisdicción indígena: frente a una persona condenada por homicidio a 40 años de prisión en una cárcel estatal, se señala que es inconstitucional la imposibilidad de obtener beneficios penitenciarios que había dispuesto la comunidad¹⁴¹.

136 Sentencia T-048-02, párrafo 3.1.

137 Sentencia T-048-02, párrafo 3.2

138 Sentencia T-048-02, párrafo 3.2

139 La Corte revoca la sanción que una comunidad había impuesto contra uno de sus integrantes (expulsión y confiscación de su parcela) por considerar que implicaba un atentado contra los derechos humanos.

140 Ellos consideran que quien comenzó una pelea es el responsable de una muerte que se produjo, aunque directamente no haya tenido mayor relación con aquella (Sentencia T-811-04, párrafo 5.4). La Corte Constitucional plantea criterios como la responsabilidad subjetiva para señalar que esto es inaceptable.

141 Sentencia T-1294-05, sección 4.5.

La intervención crítica de la Corte Constitucional no se centra solamente en materia penal: también ha precisado que “la jurisdicción indígena no puede desconocer los derechos laborales mínimos e irrenunciables establecidos en la Constitución y en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”¹⁴².

En líneas generales, la Corte Constitucional de Colombia establece como límites para la jurisdicción indígena la prohibición de aplicar sanciones como la pena de muerte, la tortura (aunque se mantienen las precisiones señaladas sobre el cepo y los azotes), la confiscación de bienes y la expulsión de la comunidad. Tampoco se pueden imponer penas irredimibles y desproporcionadas ni se puede sancionar a los familiares del infractor.

Las comunidades indígenas deben atender al principio de responsabilidad individual, garantizar el derecho al debido proceso, con un mínimo de previsibilidad, y el derecho a la defensa, permitiendo al acusado desvirtuar las posibles acusaciones. En estos últimos dos aspectos, se tomará en cuenta las particularidades culturales, no siendo exigible ni el cumplimiento de un texto normativo ni la presencia de un abogado.

De igual manera, se deben respetar los derechos a la identidad cultural, la participación en la propiedad colectiva, el debido proceso, la presunción de inocencia, la defensa y los derechos laborales. Sin embargo, todavía se mantiene la particular afirmación de que los castigos físicos no vulneran el derecho a la integridad física.

De otro lado, llama la atención que las comunidades indígenas no siempre están preparadas para sancionar adecuadamente: juzgan personas en ausencia, imponen penas desproporcionadas o pretenden eliminar beneficios penitenciarios.

Creemos que la voluntad de maximizar la autonomía que expresa la Corte Constitucional no ha logrado enfrentar los conflictos internos que existen dentro de las comunidades. La autonomía, sin ningún elemento de control posterior, contribuye a que se generen injusticias y a que los propios grupos se debiliten y pierdan legitimidad.

142 Sentencia 996-07, párrafo 6.4. Al parecer, esta es una respuesta a la sentencia T-009-07, promulgada al inicio de ese mismo año.

2.4.1.2. Reconocimiento constitucional en Bolivia

Bolivia fue el tercer país de la región en reconocer la facultad de las comunidades indígenas y campesinas de administrar justicia, mediante la Constitución de 1994:

Artículo 171, párrafo 3

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

Este artículo no se refería directamente a la administración de justicia, sino a solución de conflictos. De esta manera, el reconocimiento era más bien parcial: las comunidades podrían resolver problemas a manera de conciliación, lo cual implicaba que las partes se sometieran voluntariamente, pero no había claridad si podían intervenir en temas de carácter penal.

La referencia a compatibilización de funciones entre la aplicación de normas indígenas y los tres poderes del Estado, reflejaba que no se trataba solamente de un tema judicial, sino administrativo y legislativo, siendo interesante esta perspectiva integral¹⁴³.

La actual Constitución de Bolivia, promulgada el año 2009 tiene un tratamiento mucho más desarrollado en el reconocimiento de la jurisdicción indígena.

Artículo 178. I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

Artículo 179. I. La función judicial es única. (...) la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades (...).

143 De otro lado, la idea de compatibilizar para nosotros aludía a un mínimo de temas sobre los cuales los indígenas no podían intervenir nunca y tiene un aspecto de subordinación a la normatividad estatal, mientras que la idea de coordinación, se refiere a un carácter de organización de funciones.

II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y los demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Un aspecto importante a destacar es que, a diferencia de la Constitución del Perú, el reconocimiento de la jurisdicción indígena no aparece como un artículo aislado, sino vinculado a las normas relativas a la estructura

de la función judicial, como se aprecia en el artículo 179. De esta forma, se considera que siendo una sola la función judicial, es ejercida por diversas entidades, como la jurisdicción indígena originario campesina y la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

De la misma manera inclusiva, el artículo 178 muestra la interculturalidad como uno de los principios que debe cumplir toda la administración de justicia boliviana, incluyendo la propia jurisdicción ordinaria.

La Constitución de Bolivia explícitamente busca promover una nueva estructura de todo el Estado boliviano, estableciendo una Asamblea Legislativa Plurinacional y un Tribunal Constitucional Plurinacional, dentro de lo cual también se modifica radicalmente la administración de justicia.

Este tratamiento coincide con las reivindicaciones de la población indígena, que en Bolivia tienen un carácter integral: se planteaba el reconocimiento a la identidad indígena, lo cual implicaba el reconocimiento a un territorio determinado sobre el que se debía ejercer la autonomía política y la jurisdicción.

Al hacer referencia a la jurisdicción indígena originario campesina en el artículo 190 se aprecia que esta función ya no corresponde a las comunidades indígenas o campesinas, sino a las naciones y pueblos indígenas, en su conjunto.

Sin embargo, no existen autoridades judiciales en los pueblos indígenas quechua o aymara, que comprenden varios millones de personas. Los indígenas que pertenecen a estos pueblos, como ocurre en el Perú, se encuentran organizados en comunidades y administran justicia a ese nivel.

Resulta interesante el cambio de expresión “principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” en lugar de derecho consuetudinario o costumbres, porque éstas últimas se suelen interpretar como normas muy tradicionales y, en realidad, los pueblos indígenas se rigen por normas y valores que actualmente consideran como propios, así hayan tenido un origen reciente.

Igualmente, en el segundo acápite donde se señalan los límites de la jurisdicción indígena resulta interesante que a la expresión “derechos humanos”, se haya añadido la referencia a “garantías”¹⁴⁴. La referencia a los derechos humanos busca evitar sanciones que los puedan vulnerar, mientras las garantías se vinculan a los derechos del individuo ante un proceso concreto. Evidentemente, los Constituyentes se encontraban preocupados

144 Esto aparece ya en la reforma constitucional de México del año 2004.

por evitar posibles arbitrariedades y situaciones injustas dentro de la jurisdicción indígena.

Debe resaltarse también que entre todos los derechos humanos, se mencione específicamente dos de ellos: el derecho a la vida y el derecho a la defensa, lo cual refleja el temor de que éstos vayan a ser vulnerados por los mecanismos indígenas.

En el primer caso, debe señalarse que en Bolivia se han producido frecuentes linchamientos presentados por los medios de comunicación como formas de “justicia por mano propia” y algunos dirigentes indígenas los han justificado, considerándolos “justicia comunitaria”¹⁴⁵. Sin embargo, dado que en Bolivia no existe la pena de muerte, tampoco podría ser aplicada por los mecanismos indígenas.

En cuanto a la referencia al derecho a la defensa es la primera vez que aparece en un texto constitucional donde se reconoce la jurisdicción indígena. No es un derecho que suele aparecer en los listados de derechos fundamentales, por tratarse de un elemento del derecho al debido proceso o el derecho a un juicio justo. Esta mención revela el deseo de evitar que los mecanismos indígenas de administración de justicia puedan actuar de manera impulsiva o arbitraria.

Respecto a la competencia personal, el artículo 191.I restringe la jurisdicción originaria campesina a los integrantes de los pueblos indígenas, al precisar que se basa en el “vínculo particular” entre los integrantes de un pueblo indígena, lo que se encuentra más especificado en el siguiente acápite, en el sentido que son los miembros de estas poblaciones quienes se hayan sujetos a esta jurisdicción. Por lo tanto no están comprendidas las personas foráneas.

En cuanto a la competencia territorial, el artículo 191.II hace referencia a que las autoridades indígenas tienen competencia dentro de la jurisdicción de los pueblos indígenas originario campesinos. Sin embargo, cabe la pregunta sobre qué sucede con aquellas zonas urbanas donde habitan también los pueblos indígenas, si podrían ser consideradas parte de su territorio.

Debe señalarse que no se considera la jurisdicción indígena como una atribución facultativa, sino que establece que los indígenas bolivianos están sujetos a esta jurisdicción, creando en la práctica un sistema de justicia

145 En mayo del 2010, cuatro policías fueron asesinados en una comunidad campesina y los autores pretendieron que este hecho no fuera investigado porque se trataba de jurisdicción indígena.

dual y extrayendo a millones de personas de la jurisdicción ordinaria. Si se asume el sentido literal, se trataría de propuestas que, en un país donde un elevado porcentaje de la población es indígena, implicarían que una gran parte de controversias legales dejarían de ser atendidas por las autoridades estatales.

2.4.3. Reconocimiento constitucional en Venezuela

En el caso de Venezuela, siguiendo el modelo colombiano, la Constitución de 1999 señala:

Artículo 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que solo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La Ley determinará la forma de coordinación de esta Jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

En este artículo, tampoco se hace referencia a autoridades comunales, sino a pueblos indígenas. En este caso, la referencia a autoridades legítimas nos hace pensar que se trata de aquellas que las propias poblaciones han establecido como tales y no aquellas que pueden haber sido impuestas.

El artículo señala que la competencia territorial es restringida al *hábitat* de los pueblos indígenas. Para nosotros, nos parece poco feliz este término para referirse a seres humanos, pero entendemos que dicha mención alude a aquellas áreas donde tradicionalmente viven los indígenas.

La norma venezolana enfoca la administración de justicia indígena de acuerdo a tradiciones ancestrales, lo cual nos parece un error, dado que la población indígena también presenta cambios culturales y es posible que asuman como propio un mecanismo distinto a los tradicionales.

En cuanto a los límites a las normas y procedimientos indígenas, este artículo plantea tres: la Constitución, la ley y el orden público. A nuestro modo de ver, resulta sumamente amplio pretender que los mecanismos indígenas no contradigan la ley, dado que sus referentes normalmente no son conocidos por la población indígena, más aún en un país donde ha vivido aislada durante muchos años respecto al Estado. Finalmente, la expresión "orden público" tiene un carácter sumamente ambiguo y podría emplearse de manera sumamente restrictiva.

2.4.4 Reconocimiento constitucional en Ecuador

La Constitución ecuatoriana de 1998 tenía un texto bastante similar a las Constituciones de Colombia y Perú.

Artículo 191, párrafo 4

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con el sistema judicial tradicional.

La nueva Constitución, aprobada en el año 2008 realiza una serie de avances que desarrollan esta facultad jurisdiccional:

Art. 57: Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Resulta interesante que en este nuevo artículo, además de los pueblos indígenas, se incluyan comunidades y nacionalidades, lo cual es adecuado puesto que no resultaba realista establecer que solamente las autoridades

de un pueblo indígena tenían la capacidad para resolver los posibles conflictos existentes.

En la práctica, en Ecuador como en el Perú, las autoridades comunales son las que efectivamente administran justicia por lo que la nueva redacción se acerca más a la realidad. Sin embargo, no debe excluirse la posibilidad que las autoridades de un pueblo indígena asuman esta facultad especialmente tratándose de los pueblos más pequeños, claramente ubicados geográficamente.

En ambos artículos, la referencia a conflictos internos implica que el derecho consuetudinario no se aplica a los foráneos. Igualmente, se precisa que estas funciones jurisdiccionales solamente pueden ejercerse dentro del ámbito territorial de la comunidad, pueblo o nacionalidad involucrados.

De igual forma, el nuevo texto constitucional ecuatoriano evita el término derecho consuetudinario, empleado por la anterior Constitución y se ha preferido la frase “derecho propio”, como las Constituciones de México y Bolivia. Se evita también la expresión “costumbres”, que el Derecho estatal tradicionalmente ha percibido solamente como una fuente del Derecho, pero no como Derecho en sí mismo.

Otro elemento importante de la Constitución del Ecuador es que al fijar el límite para la jurisdicción indígena se especifica la necesidad de respetar los derechos de niñas, niños, mujeres y adolescentes, lo cual demuestra la percepción de los assembleístas respecto a la subordinación en que se encuentran estos sectores en algunas culturas indígenas. Es más frecuente, además, que los mecanismos consuetudinarios no intervengan cuando sufren por casos de violencia familiar.

La referencia a las mujeres ya se encontraba en el artículo 2 II de la Constitución de México, siendo importante que el texto constitucional ecuatoriano tome en cuenta la situación de niños y adolescentes.

Un aporte adicional, también siguiendo la Constitución mexicana, es la participación de las mujeres en la toma de decisiones, lo cual implicará modificar la mentalidad que les otorgaba un papel más pasivo. De esta manera, se busca también una mejor incidencia para evitar la impunidad de aquellos problemas en que las mujeres son víctimas. Nos parece que la Constitución de México era más precisa sobre la materia al señalar que la participación de las mujeres debía darse en condiciones de equidad.

Es interesante que también se haya modificado lo señalado en la Constitución de 1998, al indicarse que las decisiones de la jurisdicción indígena ya no deben adecuarse a la Constitución y a la ley, sino sólo a la primera,

porque resultaba contradictorio que las normas consuetudinarias tuvieran que regirse por la legislación estatal.

Igualmente, se señala que dichas decisiones serán respetadas, pero estarán sujetas al control de constitucionalidad. Esto es, que no pueden vulnerar la Constitución en cuyo caso es posible plantear acciones ante la Corte Constitucional, como ocurre en Colombia.

Igualmente, se plantea la obligación de adecuarse a los derechos humanos, respecto a lo cual las organizaciones indígenas ecuatorianas no sólo sostienen que los defienden, sino que ellas también cumplen con derechos procesales como la doble instancia¹⁴⁶.

Un aspecto muy importante es que las autoridades estatales se encuentran obligadas a respetar las decisiones indígenas, como ocurre en la Constitución boliviana, pero con la diferencia que no se considera que las autoridades indígenas les pidan el apoyo para garantizar el cumplimiento de sus decisiones.

2.4.5. Las Leyes de Deslinde Jurisdiccional de Venezuela y Bolivia

Hasta el momento solamente en dos países se ha precisado legislativamente cuáles son las competencias de la jurisdicción indígena.

- **Venezuela**

En el caso de Venezuela, no ha existido una ley de coordinación específica, pero varios artículos de la Ley Orgánica sobre Pueblos y Comunidades Indígenas del año 2005 desarrollaron esta problemática, dando un reconocimiento de la administración de justicia indígena mucho más amplio de lo que se establecía literalmente en el texto constitucional.

De esta manera, el artículo 130 de la norma emplea la expresión “derecho propio”, que es el término que han adoptado las Constituciones de México, Ecuador y Bolivia, en contraposición al derecho consuetudinario¹⁴⁷,

146 Testimonio personal de varios dirigentes ecuatorianos.

147 Artículo 130. El Estado reconoce el derecho propio de los pueblos indígenas, en virtud de lo cual tienen la potestad de aplicar instancias de justicia dentro de su hábitat y tierras por sus autoridades legítimas y que sólo afecten a sus integrantes, de acuerdo a su cultura y necesidades sociales, siempre que no sea incompatible con los derechos

percibido generalmente como proveniente de tiempos muy antiguos. La nueva expresión permite que se abra la posibilidad para que también sean reconocidos los valores, los mecanismos de decisión o los procedimientos de sanción que sean relativamente recientes, pero que hayan sido adoptados y asumidos como suyos por la población indígena.

Por otro lado, resulta importante destacar que, según el mencionado artículo, este derecho propio de los pueblos indígenas actúa según “su cultura”, pero también según sus “necesidades sociales”. Es decir, que el derecho indígena se basa en tradiciones arraigadas (“la cultura”) o que se trate de respuestas actuales a determinadas problemáticas, que pueden ser muy recientes. Estas serían las “necesidades sociales”.

De igual manera, el artículo 131 define el Derecho indígena, sin restringirlo a procedimientos de resolución de conflictos o de sanción de infracciones, sino lo muestra como un instrumento de regulación de la vida cotidiana¹⁴⁸. En realidad, en toda sociedad, el Derecho asigna responsabilidades, obligaciones y derechos subjetivos a los miembros de una colectividad, permite asegurar la toma de decisiones y el mantenimiento del orden interno. Aunque la resolución de conflictos es una situación más bien excepcional en cualquier ordenamiento jurídico, tradicionalmente se ha reducido a ésta el derecho indígena.

La definición del artículo 131 incluye varios elementos importantes, como la legitimidad, en el sentido que la población debe aceptar el orden jurídico y no sentirlo como impuesto.

Otro elemento fundamental es la referencia al autogobierno como derecho propio de los pueblos indígenas. De esta manera, éstos son quienes regulan su vida social y política de acuerdo a sus criterios particulares.

Posteriormente, en un artículo distinto, el 132, se define la *jurisdicción* indígena, como una potestad que poseen tanto los pueblos como las comunidades, lo cual permite enfrentar los diferentes supuestos. De igual manera,

humanos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales y ratificados por la República, interculturalmente respetados y con lo previsto en la presente Ley.

148 Artículo 131. El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, usos y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno.

se señala que esta facultad no se puede ejercer por cualquier integrante de la comunidad o el pueblo indígena, sino por sus autoridades legítimas¹⁴⁹.

En cuanto a la forma cómo se toman las decisiones, dicho artículo señala que se basarán en el derecho propio, pero, de manera contradictoria, se hace referencia a que las decisiones deben estar conforme a los “procedimientos tradicionales”, de acuerdo a lo señalado por la Constitución. Nosotros consideramos que una comunidad o un pueblo indígena pueden incorporar procedimientos nuevos que adquieren valor y no se les debería obligar a ceñirse a normas que por razones válidas pueden haber abandonado¹⁵⁰.

Igualmente, si bien nos parece adecuado que las controversias sean resueltas de manera autónoma dentro de la comunidad, también nos parece que la referencia a una resolución “definitiva” puede ser una consideración extrema. Precisamente en las jurisdicciones indígenas muchas veces se plantea que la mejor solución es dilatar una decisión, para esperar que las partes involucradas busquen su propio arreglo.

El artículo 132 dispone la manera en que resolverán conflictos las autoridades indígenas al señalar que actuarán mediante “la vía conciliatoria, el diálogo, la mediación, la compensación y la reparación del daño”. Sin embargo, en los pueblos indígenas, como en cualquier otro ordenamiento

149 Artículo 132. La jurisdicción especial indígena consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras.

La jurisdicción especial indígena comprende la facultad de conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos. Las autoridades indígenas resolverán los conflictos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la mediación, la compensación y la reparación del daño, con la finalidad de restablecer la armonía y la paz social. En los procedimientos participarán tanto el ofensor como la víctima, la familia y la comunidad.

Las decisiones constituyen cosa juzgada en el ámbito nacional; en consecuencia, las partes, el Estado y los terceros están obligados a respetarlas y acatarlas, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley.

150 Por ejemplo, la toma de decisiones por mayoría, sea por votación a mano alzada o por voto secreto son relativamente nuevos y, sin embargo, pueden tener mucha legitimidad en muchas poblaciones. La participación de las mujeres o de los varones solteros también puede ser un procedimiento no tradicional pero que la población ha incorporado.

jurídico, no todos los problemas se solucionan mediante una conciliación y también se aplican sanciones a los infractores. Por ello creemos que es un error presentar a la conciliación como un mecanismo obligatorio.

De igual manera, las referencias al restablecimiento de la “armonía y paz social” como una situación previa en que viven los indígenas, manifiestan una visión ideal sobre ellos. En muchas sociedades tradicionales una aparente armonía puede ocultar que un sector de la población se sienta resignado a no poder cambiar una situación de injusticia. Un ejemplo claro es el de posible subordinación de las mujeres en algunos grupos indígenas. De igual forma, esto le puede ocurrir a quienes pertenecen a clanes diferentes.

Por otro lado, cuando se señala que en los procedimientos participarán “tanto el ofensor como la víctima, la familia y la comunidad”, se advierte que se estaría restringiendo la jurisdicción indígena a temas penales (por las referencias a “ofensor” y “víctima”). En segundo lugar, tenemos que no necesariamente en toda controversia debe contemplarse la presencia de la familia o la comunidad. Pueden existir situaciones en las que una persona se encuentra enfrentada a su familia, por ejemplo, si desea contraer matrimonio con alguien que sus parientes rechazan. También pueden existir motivos para que las partes busquen mayor privacidad y no deseen hablar ante la comunidad. De esta manera, el legislador venezolano parece prescribir a los indígenas que se mantengan sujetos lo más posible a sus supuestas tradiciones.

Al plantearse que las decisiones que se toman dentro de un pueblo o comunidad indígena sean “cosa juzgada”, quiere decir que deberán ser respetadas por las autoridades estatales y que la jurisdicción indígena no deberá ser percibida como inferior o subordinada a la jurisdicción estatal. De esta manera se desea evitar que la parte insatisfecha por una decisión de las autoridades indígenas pretenda desconocer la decisión y acudir a las autoridades estatales, lo cual debilitaría totalmente la jurisdicción especial.

Ahora bien, como ocurre con la referencia a “resolución definitiva”, podría plantearse que existe una visión idealizada respecto a las decisiones de la jurisdicción indígena, pues es posible que existan problemas que exceden a dicha jurisdicción o frente a los cuales ésta sea ineficaz o simplemente se cometa un error, que ya no podría ser subsanado.

En relación a la competencia territorial, la ley plantea la posibilidad de que las autoridades indígenas asuman también hechos que suceden fuera del territorio¹⁵¹, si se cumplen tres condiciones:

- a) La controversia debe ocurrir entre miembros de un pueblo o comunidad indígena. Se entiende que debería ser la misma entidad.
- b) No debe tratarse de una materia penal, lo que quiere decir que el Estado venezolano se reserva el uso legítimo de la fuerza, fuera del territorio de las comunidades o pueblos indígenas; y
- c) No debe afectar los derechos de terceros, es decir, personas que no son indígenas.

Nos parece que al disponer la competencia extraterritorial, se excede radicalmente lo señalado por la Constitución venezolana. Se trata de la única norma en América Latina con un planteamiento similar.

En cuanto a la competencia material, la opción de la norma venezolana es elaborar un listado de aquellos delitos que el Estado se reserva para resolver:

3. Competencia Material: Las autoridades legítimas tendrán competencia para conocer y decidir sobre cualquier conflicto o solicitud, independientemente de la materia de que se trate. Se exceptúan de esta competencia material, los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico ilícito de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.

Podrá apreciarse que solo se plantea esta reserva en materia penal, con lo cual podría entenderse que las comunidades indígenas tienen plena competencia en los demás ámbitos del derecho.

151 2. Competencia Extraterritorial: Las autoridades legítimas tendrán competencia extraterritorial respecto de controversias sometidas a su conocimiento, surgidas fuera del hábitat y tierras indígenas, cuando las mismas sean entre integrantes de pueblos y comunidades indígenas, no revistan carácter penal y no afecten derechos de terceros no indígenas. En este caso, la autoridad legítima decidirá según las normas, usos y costumbres del pueblo o comunidad indígena y lo dispuesto en el presente artículo, si conoce o no de la controversia y, en caso negativo, informará a los solicitantes y remitirá el caso a la jurisdicción ordinaria cuando corresponda.

La norma venezolana, de esta manera, busca que aquellos delitos relativos al funcionamiento del Estado sean juzgados por éste, así como las graves violaciones a los derechos humanos (genocidio, delitos de lesa humanidad).

Nos parece que la referencia a delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas impediría que se pudieran sancionar muchos delitos comunes, como el abigeato. Si se deseaba precisar que el llamado crimen organizado no debía ser juzgado por los indígenas, creemos que eran suficientes las referencias a delitos aduaneros, tráfico de armas y narcotráfico.

Finalmente, en cuanto a la competencia personal, tenemos que sí hay una mayor restricción, porque sólo se da esta competencia hacia los indígenas.

4. Competencia Personal: La jurisdicción especial indígena tendrá competencia para conocer de solicitudes o conflictos que involucren a cualquier integrante del pueblo o comunidad indígena.

Las personas que no siendo integrantes de la comunidad pero que encontrándose dentro del hábitat y tierras indígenas cometan algún delito previsto en la legislación ordinaria, podrán ser detenidas preventivamente por las autoridades legítimas, las cuales deberán poner al detenido a la orden de la jurisdicción ordinaria conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal.

Resulta también interesante que esta Ley, en un párrafo adicional del artículo 132 plantea que los integrantes de una comunidad pueden también ser personas no indígenas pero que por matrimonio u otro nexo residen allí¹⁵². Esto es interesante, porque hay casos de foráneos casados con mujeres indígenas que no desean estar sometidos a las normas comunales¹⁵³. Mientras un profesor o una enfermera que resida allí por varios años, podrían ser considerados “vinculado por otro nexo”, no creemos que se aplique lo

152 Parágrafo Único: A los efectos de este Capítulo, se entenderá por integrante toda persona indígena que forme parte de una comunidad indígena. También se considera como integrante toda persona no indígena integrada por vínculos familiares o por cualquier otro nexo a la comunidad indígena, siempre que resida en la misma.

153 Es una situación frecuente en las comunidades nativas peruanas, lo que ha llevado a que algunas autoridades comunales dispongan que las mujeres casadas con foráneos perderán el derecho a aprovechar las tierras comunales, como un mecanismo de disuasión.

mismo para los obreros que participan en la construcción de una carretera y de manera temporal residen en su territorio.

La Ley establece la obligación de la jurisdicción ordinaria de remitir los casos a la jurisdicción indígena¹⁵⁴, lo cual, a nuestro modo de ver, se trata de una obligación muy discutible. Creemos que el ejercicio de la jurisdicción indígena debería ser facultativo: no siempre los indígenas van a sentirse en la capacidad y la posibilidad de resolver determinados problemas. Por ejemplo, en un caso de homicidio resulta improbable que los mecanismos de mediación que esta misma Ley ha previsto, puedan intervenir.

Precisamente, en el Perú, las autoridades comunales recurren a los mecanismos estatales cuando sienten que sus propios mecanismos no logran enfrentar adecuadamente el problema, sea por la gravedad del mismo, porque uno de los involucrados no desea llegar a un arreglo o la comunidad no se siente capaz para ejercer una adecuada presión.

La norma venezolana solamente permite la posibilidad de revisión por parte de la jurisdicción ordinaria cuando los indígenas tomen decisiones incompatibles con los derechos humanos¹⁵⁵. No se establece una revisión del tema de fondo, a manera de doble instancia.

De otro lado, el procedimiento resulta de difícil acceso, porque es necesario presentar una acción de amparo constitucional ante el Tribunal Supremo de Justicia¹⁵⁶, que es un recurso sumamente lejano para la mayor parte de personas que estarán sometidas a la jurisdicción indígena. Reservar solamente para un tribunal en todo el país la competencia sobre estas situaciones genera un retardo innecesario en la administración de justicia y

154 Artículo 134

4. Protección del derecho a la jurisdicción especial indígena: Cuando la jurisdicción ordinaria conozca de casos que correspondan a la jurisdicción especial indígena, debe remitir las actuaciones a esta última.

155 Artículo 134

1. Reserva de la jurisdicción especial indígena: las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas sólo serán revisadas por la jurisdicción ordinaria cuando sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.

156 Artículo 135. Contra toda decisión emanada de la jurisdicción especial indígena, violatoria de derechos fundamentales, se podrá interponer la acción de Amparo Constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se tramitará conforme al procedimiento previsto en la ley respectiva y estará orientada según las reglas de equidad, garantizando la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, tomando en cuenta el derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas involucrados.

evidencia mucha desconfianza sobre los magistrados de niveles inferiores, quienes podrían tener la capacidad de intervenir, dado que resulta evidente que un homicidio o un caso de lesiones son una violación a los derechos humanos.

Resulta interesante que el mismo artículo plantee que la decisión se tomará garantizando la interpretación intercultural de *los hechos* y el derecho, dado que puede que los hechos se vean de manera distinta desde diferentes culturas.

Por otra parte, en este artículo como en el resto de la norma, se insiste en que el límite para las decisiones de los indígenas es que no se vulneren los derechos fundamentales. De esta forma, la ley ya no hace referencia a las otras restricciones que existen en la Constitución de Venezuela: las leyes, el orden público y el propio texto constitucional. A nuestro modo de ver, estas restricciones siguen vigentes, porque ninguna ley puede modificar un artículo de la Constitución.

En caso de plantearse un conflicto de jurisdicción se plantea una medida sumamente centralista, puesto que se requiere la intervención del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual también nos parece erróneo, pues genera serios retardos en la toma de decisiones¹⁵⁷.

Finalmente, una medida muy positiva es la capacitación en pluralismo legal a autoridades indígenas y a operadores de justicia, y la enseñanza del Derecho indígena en las Facultades de Derecho y carreras vinculadas así como también en la capacitación de los funcionarios judiciales y policías¹⁵⁸.

En el caso que los indígenas cometan un delito se establece que el Estado sí está facultado para juzgarlos, cuando violen derechos fundamentales¹⁵⁹.

De esta forma, el Estado sí está facultado para enfrentar delitos cometidos por indígenas en casos como homicidio o lesiones, pero no en un caso de bigamia. Cabría la posibilidad de analizar otros hechos: las relaciones sexuales con una persona menor a la edad permitida por las leyes estatales o la expulsión de una persona del territorio comunal.

157 Artículo 134

3. Conflicto de jurisdicción: De los conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria conocerá el Tribunal Supremo de Justicia, mediante el procedimiento respectivo establecido en la ley que regula la materia.

158 Artículo 136, párrafo 3.

159 Artículo 141.

1. No se perseguirá penalmente a indígenas por hechos tipificados como delitos, cuando en su cultura y derecho estos actos sean permitidos, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

En los casos en que efectivamente los indígenas sean procesados, sea porque actuaron según su cultura o simplemente porque cometieron un delito común, se señala la necesidad de tomar en cuenta las condiciones socioeconómicas y culturales de los indígenas¹⁶⁰. Como se aprecia, se trata de la primera norma de la región que sigue el artículo 10, inciso 2 del Convenio 169, planteando penas distintas al encarcelamiento, lo cual puede ser comprensible tratándose del pequeño número de indígenas existente en dicho país y su incipiente grado de contacto con el resto de la sociedad.

En cuanto al régimen penitenciario se dispone la necesidad de personal con conocimientos en materia indígena y espacios especiales de reclusión para los presos indígenas¹⁶¹. Esto último es discutible, porque podría generar un aislamiento innecesario, salvo que los propios presos lo soliciten para mantener su idioma o su identidad.

Consideramos que existen aspectos de esta norma venezolana que serían útiles para abordar en el Perú la problemática de las comunidades nativas amazónicas. Sin embargo, es más difícil de aplicar para las comunidades campesinas y las rondas campesinas, que tienen una vinculación larga y permanente con el Estado.

• Bolivia

En el caso de Bolivia, tenemos la **Ley de Deslinde Jurisdiccional** aprobada en diciembre del año 2010. Se trata de una norma elaborada con la participación de muchas organizaciones indígenas, aunque algunas de ellas han expresado posteriormente sus reticencias frente al texto finalmente aprobado.

En esta norma se aprecia con claridad las connotaciones políticas del reconocimiento de la administración de justicia. El artículo 2.1 señala que se garantiza la libre determinación de las naciones y pueblos indígenas en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía,

¹⁶⁰ Artículo 141.

2. Los jueces, al momento de dictar sentencia definitiva o cualquier medida preventiva, deberán considerar las condiciones socioeconómicas y culturales de los indígenas, y decidir conforme a los principios de justicia y equidad. En todo caso, éstos procurarán establecer penas distintas al encarcelamiento que permitan la reinserción del indígena a su medio sociocultural.

¹⁶¹ Artículo 141, párrafo 3.

al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales.

Se advierte entonces la vinculación entre la administración de justicia y otras demandas fundamentales de la población indígena. Esta es una marcada diferencia con el caso peruano donde los temas de autonomía o autogobierno parecen mucho menos presentes en las discusiones sobre el reconocimiento de la jurisdicción indígena. La norma boliviana desarrolla dicho reconocimiento desde una visión integral sobre la problemática indígena¹⁶².

Sin embargo, también se establece la necesidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional¹⁶³, para evitar que el reconocimiento de la jurisdicción indígena pueda tener otras connotaciones.

El pluralismo jurídico aparece como el marco en el cual se debe producir la vigencia de la jurisdicción indígena originaria campesina¹⁶⁴. Este pluralismo jurídico implica una igualdad jerárquica y el respeto de la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos¹⁶⁵. En ese sentido, las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas.

Las diferentes jurisdicciones se entienden como complementarias¹⁶⁶ e independientes entre sí, planteándose que ninguna de ellas puede tener injerencia ante otra¹⁶⁷ y que la jurisdicción indígena originaria campesina goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones legalmente reconocidas¹⁶⁸.

Al mismo tiempo, un artículo clave es el 7°, cuando define la justicia indígena como la potestad de las naciones y pueblos indígenas de administrar justicia de acuerdo a su sistema de justicia propio y agrega que se ejerce en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la Ley de Deslinde. Se establece, por lo tanto, que esta norma claramente restringe o moldea los límites para el ejercicio.

162 Artículo 2.

163 Artículo 4, literal a.

164 Artículo 1.

165 Artículo 4, literal e.

166 Artículo 4, e.

167 Artículo 4, g.

168 Artículo 3.

Se otorga un carácter fundamental a los principios de identidad y diversidad cultural, estableciéndose que deben ser respetados por todas las jurisdicciones y no solamente por la jurisdicción indígena. Por lo tanto, deben atravesar toda la administración de justicia boliviana¹⁶⁹. Esta concepción se refuerza, cuando se considera la necesidad de una interpretación intercultural tomando en cuenta las diferentes identidades culturales existentes en Bolivia¹⁷⁰.

Se hace evidente la relación entre la administración de justicia y otros elementos culturales, como la relación espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios (artículo 4, inciso b).

En cuanto al respeto por los derechos humanos, que puede sonar como una imposición externa, de carácter occidental, para algunos dirigentes indígenas, se ha optado por una redacción general:

Artículo 5.

Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan promueven y garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado.

Nosotros creemos que esto busca evitar la apariencia de que el Estado boliviano quiere imponer valores hacia la población indígena, así como también evitar que se asocie a las culturas indígenas con violaciones a los derechos humanos. Creemos que este segundo motivo subyace a la forma como esta ley ha dispuesto la prohibición del linchamiento¹⁷¹, también en términos generales, pese a que esta práctica no está asociada a ninguna otra jurisdicción.

En cuanto a la pena de muerte, el artículo 6° de la ley señala que está totalmente prohibida, lo cual implica también impedir que los indígenas lleven a cabo esta práctica. Resulta destacable que en este caso, el proceso se llevará a cabo ante la justicia ordinaria, donde este hecho será tipificado como asesinato. Es importante destacar que el artículo sanciona también a quien imponga esta pena o la consienta, lo cual evidentemente está dirigido a las autoridades comunales y a los integrantes de las asambleas donde esta pena podría ser dispuesta.

169 Artículo 4, c.

170 Artículo 4, d.

171 5.V. El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.

Se mantiene la intención de evitar estigmatizar a la justicia indígena al regular sobre temas aún más polémicos como la igualdad de género o la situación de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad. En todos estos casos es posible que se produzcan prácticas atentatorias de derechos de la administración de justicia indígena, pero la ley también menciona a todas las jurisdicciones¹⁷².

Se plantea también la sanción frente a la violencia contra la mujer en forma general¹⁷³, aunque evidentemente, este inciso busca impedir que los indígenas mantengan la práctica tradicional en las zonas rurales que busca una conciliación entre el agresor y la víctima, con lo cual la norma está influyendo en los mecanismos de resolución de conflictos existentes, buscando enfrentar la tolerancia frente a la violencia contra la mujer.

Esta intervención de la ley para salvaguardar los derechos de las mujeres, modificando las prácticas culturales indígenas también se advierte en lo referido al proceso de toma de decisiones¹⁷⁴.

De igual forma, se busca proteger a las personas ancianas o con discapacidad frente a decisiones tradicionales de las comunidades que implicarían poner a aquéllos en serio peligro para su supervivencia¹⁷⁵, siendo en este caso la norma explícita en señalar a la justicia comunitaria.

Por lo tanto, pese a los esfuerzos de esta norma por no generar esta impresión, resulta evidente que la justicia indígena puede ser en Bolivia muy dura con los más débiles.

En cuanto a la vigencia de la jurisdicción indígena se aprecia una serie de precisiones. Respecto a la competencia personal, sólo están sujetos a ella los miembros del pueblo indígena involucrado¹⁷⁶, en concordancia con el artículo 191.I de la Constitución boliviana, sin que exista una apertura hacia no indígenas que sean familiares o residentes como señala la norma

172 Artículo 4, incisos h e i, respectivamente.

173 5.IV. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema.

174 5.II. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente respetan y garantizan el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, decisión, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia.

175 5.III. Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.

176 Artículo 9.

venezolana. De esta manera, la norma tiene un alcance más restringido que el ordenamiento peruano, donde, según ha confirmado el reciente Acuerdo Plenario, sí es factible juzgar a las personas foráneas.

En el ámbito de la competencia material, el artículo 10 resulta especialmente importante, pues aparentemente muestra una gran apertura al señalar que las demás jurisdicciones no son competentes sobre los asuntos que juzga la jurisdicción indígena¹⁷⁷. Sin embargo, en el ámbito penal presenta una larga lista de delitos que no pueden ser conocidos por aquélla¹⁷⁸.

Entre éstos tenemos, en primer lugar, restricciones similares a las que aparecen en la norma venezolana, respecto a situaciones en las que el Estado se encuentra afectado (delitos tributarios y aduaneros) y crímenes de lesa humanidad, a los cuales se añaden delitos contra el Derecho Internacional, delito de terrorismo, trata o tráfico de personas.

Mientras la norma venezolana hacía referencia a delitos que afectan la seguridad e integridad de la nación, en la norma boliviana se trata de los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado. Se precisa, además, que la jurisdicción indígena no tiene competencia sobre ningún delito cuya víctima sea el Estado. Aunque no se plantea específicamente lo referente al genocidio, crímenes de guerra y crímenes de agresión, que mencionaba la norma venezolana, creemos que están comprendidos en la referencia a la prohibición de delitos contra el Derecho Internacional.

Además de estos delitos, la ley boliviana también excluye de la jurisdicción indígena los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes y los delitos de violación, asesinato u homicidio¹⁷⁹. Todos estos delitos, hasta el momento, en los demás países andinos sí pueden ser juzgados por los indígenas.

De igual forma, tampoco se permite que los indígenas tengan jurisdicción sobre temas de "Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional

177 III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.

178 (...) delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico (artículo 10.II.a).

179 Artículo 10.II.a.

público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas”¹⁸⁰.

Según uno de los funcionarios a cargo del proceso de redacción de la Ley de Deslinde¹⁸¹, la razón para esta restricción aparece en el propio artículo 10, cuando señala:

I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.

De esta manera, no se estaría restringiendo la competencia de las comunidades, sino simplemente se confirma que no intervendrán en aquellos casos que ya actualmente no intervienen. Este artículo parece así coherente con la afirmación de la cultura indígena, pero podría contra argumentarse que de esta manera se busca congelar en el tiempo a la jurisdicción indígena, estableciendo la imposibilidad de enfrentar nuevos problemas que pueden estar viviendo¹⁸².

De igual manera, en materia civil, la restricción implica aquellos procesos en los que es parte o tercero interesado el Estado. No se permite tampoco que los indígenas administren justicia en temas de derecho propietario¹⁸³.

Se mantiene además la posibilidad de establecer otras materias reservadas según la Constitución o la ley¹⁸⁴.

En el ámbito territorial, se siguen los criterios planteados por la Constitución de Bolivia, que además están presentes en las Constituciones de los demás países andinos al establecer como límite las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino”¹⁸⁵.

Se precisa que las decisiones de la jurisdicción indígena, son de obligatorio cumplimiento, lo cual para nosotros es redundante, pero más bien

180 Artículo 10.II.c.

181 Comunicación personal.

182 De acuerdo a este criterio, las autoridades de las comunidades nativas amazónicas no tendrían mayores posibilidades para administrar justicia, porque la mayoría de problemas que enfrentan no existían en su mundo tradicional.

183 Artículo 10.II.b.

184 Artículo 10.II.d.

185 Artículo 11.

implicaría que se reconoce cierta debilidad de la misma, puesto que se requiere un artículo especial para asegurar su validez.

I. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio y serán acatadas por todas las personas y autoridades.

A esto se añade la precisión que las decisiones de la jurisdicción indígena no pueden ser revisadas por las demás jurisdicciones¹⁸⁶.

La Ley plantea la existencia de mecanismos de cooperación y coordinación que tienen carácter obligatorio¹⁸⁷. Claramente se establece que la coordinación busca lograr el respeto a los derechos individuales y colectivos¹⁸⁸. Los mecanismos buscan, entre otros, garantizar información transparente y espacios de diálogo sobre la aplicación de derechos humanos y resolución de conflictos¹⁸⁹.

Se plantea también un listado de mecanismos de cooperación, orientados básicamente a enfrentar los problemas penales¹⁹⁰. Creemos que en la

186 Artículo 12.

II. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas.

187 Artículo 17. (OBLIGACIÓN DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN). Las autoridades de todas las jurisdicciones no podrán omitir el deber de coordinación y cooperación. Esta omisión será sancionada como falta grave disciplinaria en la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las especiales; y en el caso de la jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios.

188 Artículo 13.I.

189 Artículo 14. (MECANISMOS DE COORDINACIÓN). La coordinación entre las autoridades de las diferentes jurisdicciones podrá ser mediante el:

- a) Establecimiento de sistemas de acceso transparente a información sobre hechos y antecedentes de personas;
- b) Establecimiento de espacios de diálogo u otras formas, sobre la aplicación de los derechos humanos en sus resoluciones;
- c) Establecimiento de espacios de diálogo u otras formas para el intercambio de experiencias sobre los métodos de resolución de conflictos;
- d) Otros mecanismos de coordinación, que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley.

190 Artículo 16. (MECANISMOS DE COOPERACIÓN).

II. Son mecanismos de cooperación:

- a) Las autoridades jurisdiccionales y las autoridades del Ministerio Público, Policía Boliviana, Régimen Penitenciario u otras instituciones, deben prestar inmediata cooperación y proporcionarán los antecedentes del caso a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina cuando éstas la soliciten;

norma peruana de coordinación, deberían ser tomados en cuenta para así lograr una mayor eficacia de ambos sistemas.

2.4.6. Los Códigos Procesales Penales de Paraguay y Oaxaca

• Paraguay

El Código Procesal Penal de Paraguay promulgado en 1998 señala lo siguiente:

Art. 26. COMUNIDADES INDÍGENAS. También se extinguirá la acción penal cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario.

En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que se declare la extinción de la acción penal ante el juez de paz.

El juez de paz convocará a la víctima o a sus familiares, al imputado, al representante del Ministerio Público y a los representantes legales de la comunidad o, cuando ellos no hayan sido nombrados, a seis miembros de la comunidad elegidos por la víctima y el imputado, a una audiencia oral dentro de los tres días de presentada la solicitud, con el fin de verificar si se reúnen los requisitos previstos en este artículo y en la Constitución Nacional.

De esta manera, en el Paraguay la aceptación de los involucrados es un criterio fundamental para el reconocimiento del derecho consuetudinario. Este artículo está en concordancia con la Constitución del Paraguay de 1992, que hace referencia a la “voluntaria sujeción” de los indígenas a

-
- b) Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina prestarán cooperación a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, de la agroambiental y de las otras jurisdicciones legalmente reconocidas;
 - c) La remisión de la información y antecedentes de los asuntos o conflictos entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las demás jurisdicciones;
 - d) Otros mecanismos de cooperación, que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley.

su derecho consuetudinario¹⁹¹, es decir, que se reconoce a los indígenas la facultad de dejar de sentirse obligados por las disposiciones del derecho consuetudinario. Debe precisarse que en este caso ya no estamos ante un derecho colectivo de los pueblos indígenas sino individual, es decir, de los indígenas.

Algunos podrían pensar que este elemento debilita la fuerza de las decisiones de los indígenas, pero también podría señalarse que es un mecanismo para evitar las arbitrariedades. También de esta forma se logra visibilizar las posibles diferencias culturales que existen entre los indígenas, por las cuales una solución tradicional puede ser considerada inaceptable por quienes tienen otra mentalidad¹⁹².

Puede apreciarse además, que el Código Procesal Penal de Paraguay no plantea ningún límite en cuanto a la cuantía: la referencia a los familiares de la víctima alude a que la comunidad puede resolver también casos de homicidio.

El límite principal se encuentra en cuanto a la sanción aplicada, que no puede implicar una violación a los derechos fundamentales, como se aprecia por la referencia a la Constitución.

Otro límite se aprecia en la referencia a bienes jurídicos de la comunidad o sus integrantes¹⁹³. De esta forma, no se admitiría que la comunidad resuelva temas que atañen a terceros, afectados por indígenas, pero sí cuando un foráneo atenta contra un indígena, siempre que el foráneo acepte la solución que plantea la comunidad.

Este mismo límite impide a las comunidades indígenas intervenir en aquellos delitos donde el afectado es el Estado, como narcotráfico o delitos aduaneros.

191 Artículo 63 - DE LA IDENTIDAD ÉTNICA

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

192 El ejemplo recurrente es la tolerancia que en muchos grupos indígenas existe frente a la violencia contra la mujer.

193 El reciente Acuerdo Plenario de la Corte Suprema recoge esta precisión (10, C, ii).

• **Oaxaca**

El Código Procesal Penal de Oaxaca regula de la siguiente manera el posible conflicto de competencia con la jurisdicción indígena:

Artículo 414. Comunidades indígenas

Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, se declarará la extinción de la acción penal.

En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez competente.

Se excluyen los casos de homicidio doloso, violación, violencia intrafamiliar, los delitos cometidos contra menores de doce años, los delitos agravados por el resultado de muerte y los delitos de asociación delictuosa.

La primera parte de este artículo tiene una redacción muy similar al Código Procesal Penal del Paraguay, pues también se plantea la necesidad de que los involucrados acepten la decisión de las autoridades indígenas. Una diferencia, sin embargo, es que, en lugar de derecho consuetudinario se prefiere señalar “propios sistemas normativos”.

Sin embargo, en esta norma, la diferencia más importante es el hecho que se excluye una serie de delitos de la jurisdicción indígena, sumados a aquellos en los cuales ésta no es competente por cuanto los agraviados son el Estado, la sociedad o terceros.

De esta manera, los indígenas no pueden juzgar delitos que en nuestro ordenamiento serían llamados homicidio doloso, violación sexual, violencia familiar, delitos cuya víctima es menor de doce años de edad, delitos agravados con el resultado de muerte y los delitos de asociación delictiva.

En el caso del homicidio doloso, comprendemos que el Estado de Oaxaca haya considerado que dada la gravedad de estos hechos es preferible que sean las autoridades judiciales las que asuman jurisdicción. De hecho, normalmente se produce una ruptura del tejido social y es muy difícil que se pueda lograr el restablecimiento de la armonía social que las comunidades indígenas buscan con sus mecanismos de administración de justicia. Por otro lado, la redacción del artículo lleva a que sea claro que las comunidades indígenas sí tienen jurisdicción sobre homicidios culposos,

lo que se corrobora porque en algunos casos, quienes deben prestar su consentimiento son los familiares de la víctima.

En cuanto a los casos de violación sexual tenemos dudas, porque muchas veces en las poblaciones indígenas se denuncia como violación cuando una joven tiene relaciones sexuales sin el consentimiento de sus padres, siendo irrelevante su propia capacidad de decisión. Muchas veces esta denuncia busca más bien que una situación irregular pueda resolverse con el matrimonio. Antes de generar una innecesaria recarga para el sistema legal estatal habría que plantear que el hecho se haya producido realmente.

En este caso, como el de violencia familiar, creemos que las autoridades estatales han preferido asumir la jurisdicción, por cuanto se teme que las autoridades indígenas sean sumamente tolerantes en cuando a los abusos hacia las mujeres. Sin embargo, la principal preocupación que tenemos es que el sistema estatal puede ser poco accesible para las víctimas, debido a barreras lingüísticas, geográficas o culturales, por lo que se estaría generando una situación de indefensión.

En cuanto a los delitos de asociación delictuosa, reiteramos nuestra preocupación respecto a la Ley venezolana en cuanto deja fuera de la jurisdicción indígena aquellos delitos cometidos con el *concierto o concurrencia organizada* de un grupo de personas. En el Perú, este planteamiento impediría que los indígenas tuvieran competencia frente a otros delitos que también implican a varias personas, como un grupo de madereros que pretenden invadir sus tierras. De hecho, las rondas campesinas han enfrentado con mucha eficacia las bandas de abigeos. Si se consideraba que los indígenas no podrían resolver adecuadamente casos vinculados al crimen organizado (narcotráfico, terrorismo, trata de personas) así es como debió presentarse esta restricción.

2.5. PROPUESTAS Y DESAFÍOS PARA IMPLEMENTAR EL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ

Después de analizar la problemática, las demandas de la población y la legislación comparada, creemos que es fundamental respetar la jurisdicción indígena y al mismo tiempo los derechos fundamentales.

De acuerdo a lo que señala la Constitución, consideramos que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas son competentes para

administrar justicia dentro de su territorio, aunque el responsable sea una persona foránea.

Siguiendo al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema, las rondas campesinas deben ser incluidas en este tratamiento, aunque su condición indígena sea discutible. Por ello, sería conveniente plantear una reforma constitucional que les reconociera taxativamente esta función.

Por otro lado, ni las rondas ni las autoridades comunales deben ser procesadas por usurpación de funciones si efectivamente asumen jurisdicción. En caso que se apliquen sanciones que vulneren los derechos humanos, creemos que el artículo 15 del Código Penal podría aplicarse, dependiendo del caso.

En los casos en que la sanción implique que se cometan lesiones, creemos que siempre debería intervenir la justicia estatal para procesar a los responsables, dada la obligación del Estado peruano de intervenir en casos de tortura. El artículo 15 debería aplicarse acá con mucho cuidado, pues si estos hechos quedan impunes podrían producirse mayores abusos¹⁹⁴. Solamente en caso que el involucrado efectivamente no comprenda que se trataba de un delito, podría merecer ser exonerado de pena. Sin embargo, dudamos que en la actualidad esto sea probable.

Debemos recordar que en el Perú, a diferencia de Colombia, la maximización de la autonomía no es un principio que aparezca en ningún texto normativo o jurisprudencial, sino más bien el elemento constante es el respeto por los derechos humanos, lo cual nos lleva a tener una propuesta diferente: en lugar de plantear un mínimo de derechos que deben ser respetados, partimos del principio que los derechos humanos son un todo indivisible y que solamente en algunas circunstancias podrá admitirse su restricción.

En los casos de homicidio doloso y violación sexual se debe estudiar con mucho cuidado la mejor alternativa que pueda lograr una justicia efectiva tanto para los agresores como para las víctimas. Algunos dirigentes de rondas y comunidades han planteado que se establezcan mecanismos de coordinación para estos casos. La mayoría considera que son demasiado graves para ser enfrentados por la comunidad, pero en algunos lugares,

194 Una disyuntiva similar ocurrió en Francia hace algunos años, puesto que no se sancionaba con pena efectiva de libertad a las mujeres inmigrantes implicadas en casos de cliterectomía, pensándose que debían comprenderse las diferencias culturales. En la actualidad, se está sancionando esta práctica, porque se cree que el Estado debe asumir como una decisión política erradicarla de su territorio.

como las rondas campesinas de San Martín, efectivamente están siendo asumidos. En todo caso, creemos que los casos de relaciones sexuales consentidas con menores de edad, que para el Código Penal constituyen delitos de violación, deberían ser manejados por la propia población indígena, si así lo desea. Debe señalarse, además, que los mecanismos que el Poder Judicial emplea para enfrentar una violación pueden ser sumamente traumáticos para mujeres y niñas indígenas, desde el solo hecho de narrar la agresión a una persona desconocida.

De otro lado, es muy importante la posibilidad de apelar ante una instancia indígena o estatal en caso que la persona esté descontenta. Es importante, especialmente, otorgar esta posibilidad a las mujeres que sufren violencia familiar, violencia sexual u otros problemas dentro de sus relaciones de pareja. Nosotros creemos que esta instancia debería ser la justicia estatal, comenzando por el Juez de Paz. Es conveniente evitar asumir que la justicia indígena es infalible y también, desde el Estado, tomar medidas para el acceso efectivo de las mujeres a la justicia.

Por otro lado, es preferible que muchos conflictos que existan ante la justicia indígena pasen ante una instancia que tengan la adecuada comprensión sobre la diversidad cultural, en un caso de adulterio o brujería, por ejemplo.

Finalmente, se debe realizar un claro deslinde con las rondas urbanas que representan un uso violento de la fuerza y no cumplen ninguno de los criterios de los mecanismos comunitarios, pues se centran en el problema de la seguridad, no buscan la resocialización de la persona, no tienen nada que parezca un debido proceso y emplean la violencia de manera desproporcionada.

3. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

3.1. IDENTIDAD INDÍGENA Y DERECHOS POLÍTICOS

3.1.1. Participación: como individuos y como pueblos

Desde el siglo XIX, el Perú y los demás países latinoamericanos adoptaron, nominalmente, un sistema representativo que emanaba de los ideales de la Revolución Francesa y el liberalismo e implicaba la realización de elecciones periódicas con la participación de los ciudadanos; sin embargo, los derechos a la participación política quedaban restringidos a la minoría criolla, cuyos integrantes eran los únicos con derechos ciudadanos¹⁹⁵. En relación a los pueblos indígenas, se restringía su participación política bajo la justificación de que no se encontraban preparados para ejercer funciones públicas.

De esta manera, las nuevas autoridades no sólo permitieron, sino que apoyaron una situación de dominación hacia la población indígena.

La exclusión a los indígenas no se manifestaba normalmente de forma explícita, sino de manera indirecta. Si bien se proclamaba la igualdad de derechos para los ciudadanos, se precisaba que éstos eran aquellas personas que sabían leer y escribir (en castellano) y que no estuvieran desarrollando labores domésticas¹⁹⁶. Estas precisiones, de por sí, terminaban impidiendo que los indígenas pudieran ejercer algún derecho.

195 Resulta interesante destacar que la Constitución liberal española de 1812, proclamada por las Cortes de Cádiz, consideraba ciudadanos españoles también a los indígenas americanos, sin tomar en cuenta su grado de instrucción o su ubicación social. En este sentido, las constituciones peruanas fueron un evidente retroceso.

196 Constitución de 1823. Artículo 17º.- Para ser ciudadano es necesario (...)

4.- Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero.

De esta forma, un propósito elitista se podía compatibilizar con el principio de igualdad contemplado en las Constituciones liberales: se consideraba a los indios equivalentes a menores de edad e incapaces de ejercer sus derechos como ciudadanos. Como en tiempos coloniales, la incapacidad del indígena para gobernarse llevaba a que tuviera que estar sometido a los descendientes de europeos. Si en la Colonia los indígenas estaban bajo la tutela del Rey de España, en la República se encontraban, supuestamente, bajo la protección de los mismos individuos que los habían despojado de sus tierras: los hacendados.

De esta forma, la percepción del indígena como un ser cuya inferioridad hacía que estuviese bajo la tutela de los sectores más civilizados, duraría hasta muy avanzado el siglo XX.

Los terratenientes constituyeron un verdadero *gobierno indirecto* en el Perú, logrando controlar amplias extensiones de tierra donde ellos, además de ser propietarios, ejercían funciones de Juez de Paz, policía, representante del poder político. Cuando se producían elecciones, los hacendados ocupaban los puestos en el Parlamento. Cuando existía un régimen autoritario o una guerra civil, los hacendados se encargaban de mantener sus propiedades en orden.

Los criollos no tenían en su visión de país, la perspectiva de ningún pacto fundacional para lograr mejorar la condición de los sectores tradicionalmente excluidos. El contraste es muy visible con lo ocurrido al independizarse diversos países de Asia, África y Oceanía, en el siglo XIX, pues en ellos existió como preocupación evitar que algunos sectores de la población se mantuvieran excluidos. De esta forma, se plantearon más bien medidas de acción afirmativa para generar una sociedad más igualitaria. Estas medidas no se restringían a los derechos individuales, sino también a los derechos colectivos, por cuanto con frecuencia estaremos ante grupos humanos que sólo apareciendo de manera conjunta pueden incidir decisivamente en los asuntos públicos.

En esos lugares, naturalmente, la Independencia había sido un proceso en el cual todos estos grupos habían estado involucrados, mientras esto no había ocurrido así con los pueblos indígenas latinoamericanos, donde se trató de un proceso liderado por los criollos, manteniendo a indígenas y negros en la exclusión.

A lo largo de las siguientes décadas no se pensó en plantear medidas especiales para favorecer a los diversos grupos étnicos¹⁹⁷. Reconocer a estos grupos como sujetos de derechos políticos era percibido como peligroso, porque se creía que implicaría reconocer reivindicaciones propias, como territorio y autonomía.

Inclusive, expresiones como nacionalidades o Estado plurinacional resultan criticadas, pues en nuestro medio, el término *naciones* genera cierta aprehensión, porque se liga a reivindicaciones de soberanía y porque, en el fondo, sabemos que la noción de nación peruana es bastante endeble¹⁹⁸.

En realidad, no solamente debería plantearse la participación política de los pueblos indígenas, sino que, cuando una población discriminada tiene sus propios patrones culturales, una política que procure reconocer sus derechos políticos debería implicar también tomar en cuenta dichos patrones. Es por eso que puede plantearse la existencia de derechos políticos particulares para las minorías culturales¹⁹⁹.

Por todo ello, al desarrollar la problemática de los derechos políticos de la población indígena, la identidad étnica aparecerá vinculada con elementos raciales y culturales.

3.1.2. Dificultades para la participación política

Durante las primeras décadas del siglo XX, se avanzó hacia el sufragio universal, eliminándose el voto censitario y la corriente indigenista generó

197 Tampoco aparecen estas medidas frente al otro grupo tradicionalmente discriminado, los afroperuanos. Éstos, aunque provenían de naciones específicas, fueron dispersados durante la Colonia y no pudieron reconstruir sus instituciones nacionales, además de encontrarse muy dispersos en el territorio nacional. En Ecuador y Colombia, en cambio, la concentración de los afrodescendientes en determinados lugares les ha permitido plantear reivindicaciones que, si bien no tienen carácter territorial en el sentido indígena, sí toman en cuanto que han podido reconstruir su identidad en base a una zona determinada.

198 Kymlicka señala que la existencia de países plurinacionales es sumamente frecuente, aun en aquellos más desarrollados y con más estabilidad. Los integrantes de diversas naciones pueden sentir la misma lealtad y patriotismo hacia las instituciones estatales, por lo que reconocer la existencia de los pueblos indígenas y la plurinacionalidad del Perú no debería ser considerado un peligro para la gobernabilidad (p. 29).

199 Kymlicka llega a sostener que los miembros de grupos diferentes deben recibir derechos diferentes (1996, 17) y Cabedo concuerda con él en lo que se refiere a los pueblos indígenas (p. 28).

mayor sensibilidad en las élites limeñas frente a la situación de los indígenas, pero subsistió un mecanismo indirecto para impedirles ejercer el derecho del sufragio: fue restringido a las personas que sabían leer y escribir. Así, los indígenas, en su abrumadora mayoría analfabetos, quedaban en la práctica en una situación de total indefensión y excluidos de la participación política.

Sin embargo, paulatinamente, amplios sectores de la población indígena lograron ser incluidos como ciudadanos debido a una serie de procesos sociales: la migración y la urbanización de los indígenas permitió que éstos tuvieran mayores posibilidades de educación y así lograron que sus hijos o ellos mismos pudieran ser reconocidos como ciudadanos. Sin embargo, paradójicamente, volverse ciudadano implicaba también sentirse menos indígena.

En los años sesenta, cuando muchos indígenas mostraban su descontento participando en tomas de tierras, no se llegaba a plantear la participación política como tal. Posteriormente a la Reforma Agraria, durante el régimen de Velasco, se conformó el SINAMOS, o Sistema Nacional de Apoyo a la Movilización Social, que promovió la organización de la población según las miras del gobierno revolucionario.

Aunque la participación de la población no era tan independiente del régimen, debe señalarse que se trataba de mucho más de lo que habían permitido los gobiernos hasta entonces. SINAMOS, trabajaba con todos los sectores populares, indígenas o no. No tenía como meta fortalecer la identidad indígena, sino apuntar a reivindicaciones más económicas o sociales. Pese a las críticas que se le pueden hacer, gracias al SINAMOS muchos indígenas pudieron por primera vez entrar en una relación efectiva con el Estado.

La Constitución de 1979, dispuso otorgar derecho al voto a los analfabetos, logrando así que por fin millones de indígenas fueran incorporados a la vida política y pudieran participar en las elecciones de 1980.

En cuanto a los integrantes de los pueblos indígenas amazónicos, también es desde estas elecciones que pudieron ejercer sus derechos políticos, pues el Estado solamente comenzó a aceptarlos en su calidad de peruanos mediante el proceso de reconocimiento y titulación de las comunidades

nativas. Sin embargo, muchos de ellos, se encontraban todavía excluidos por las dificultades que implicaba obtener la Libreta Electoral.

En los lugares más apartados de la selva, se otorgaba a los indígenas libretas electorales sin fotografía, porque no existían cámaras, pero el problema era que muchos indígenas no tenían Partida de Nacimiento²⁰⁰ y posteriormente, debían obtener la Libreta Militar, con costos adicionales. Con frecuencia, en una comunidad, solamente el jefe tenía Libreta Electoral. Muchos padres no inscribían a sus hijas mujeres, lo cual generaba un alto grado de indocumentación femenina²⁰¹.

La participación política de muchos indígenas se vio truncada en los años ochenta debido al conflicto armado interno que terminó volviendo un riesgo de muerte involucrarse en partidos políticos, debido a las amenazas de los grupos subversivos. Al mismo tiempo, los indígenas que pertenecían a agrupaciones de izquierda también podían enfrentar la represión estatal.

La pacificación iniciada en 1992 no implicó la participación plena de la población indígena, puesto que se dio en el marco de un gobierno autoritario. Es más, a partir del año 1996, la difícil participación política de la población indígena, se vio obstaculizada debido a que el gobierno de Fujimori decidió reemplazar el derecho a un documento de identidad gratuito y permanente por la obligación de contar con un documento costoso y de una vigencia de apenas seis años.

Aunque el plazo se ha extendido a ocho años y la Libreta Militar ya ha desaparecido, los costos para obtener o renovar el Documento Nacional de Identidad (DNI) son imposibles de asumir para muchos indígenas andinos y amazónicos, que además deben pagar fotografías y trasladarse hacia aquellos lugares donde RENIEC entrega los DNI, debiendo emprender un nuevo viaje semanas después para poderlos recoger.

Como si fuera poco, en el año 2005, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) dispuso mediante la Resolución 789-RENIEC-2005 prohibir a todos los funcionarios públicos prestar cualquier servicio a las personas que no tuvieran DNI vigente.

200 Pese a que supuestamente, en cada comunidad nativa debía existir un agente municipal y registros de Estado Civil (artículo 20 del Decreto Ley 22175), pero los registros no siempre llegaban a tiempo y no solucionaban el problema de la indocumentación de los adultos.

201 Esto sucedía a pesar que las propias comunidades nativas contaban con Registros Civiles.

A la fecha, más de 560,000 personas mayores de 18 años, que equivalen al 3% de la población adulta, carece de DNI. Los porcentajes más elevados de indocumentados se dan en las zonas donde vive más población indígena, especialmente en la selva Amazonas, Ucayali, Loreto, San Martín y Madre de Dios²⁰². La mayoría de los indocumentados son mujeres indígenas. Las campañas de documentación promovidas por RENIEC todavía no logran revertir esta angustiante situación.

La indocumentación tiene como consecuencia que muchos indígenas carecen de canales legales para satisfacer sus demandas fundamentales, lo que genera una mayor vulnerabilidad en caso de conflicto con una empresa minera o petrolera. De esta forma, para ellos la única posibilidad de participar en los asuntos públicos y de lograr expresar sus intereses puede ser la realización de medidas de hecho.

Por lo tanto, una medida fundamental para asegurar y encauzar la participación política de los indígenas peruanos sería que los documentos de identidad volvieran a ser gratuitos y permanentes.

Sin embargo, no sólo la indocumentación afecta la participación política de la población indígena. Aunque muchos de ellos puedan efectivamente acudir a votar, cuentan con mucha menos información que los votantes de las principales ciudades. En un país tan centralista como el Perú, las campañas electorales se realizan casi en su totalidad en idioma castellano y el empleo de medios de comunicación “masivos” no tiene mayor repercusión en muchos lugares habitados por la población indígena. Son muy pocos los candidatos que emplean idiomas indígenas, en su mayoría a nivel local. Los candidatos nacionales emplean solamente el castellano.

El otorgamiento formal del derecho al voto a los indígenas no ha producido que se corrija la falta de representación de ellos. Tradicionalmente, los congresistas, alcaldes y otras autoridades elegidas pertenecían a las élites locales conformadas por mestizos o personas de ascendencia europea.

Se mantiene entonces una carencia en lo que Mansbridge llama “representación descriptiva”, es decir, que las personas que ejercen el cargo público en su misma persona representa al sector que pretende representar por pertenecer a un determinado grupo²⁰³.

202 Boletín Ciudadanos al Día: http://www.ciudadanosaldia.org/press/0509/NP_Bolet%C3%ADn%20Indocumentados_Nacional_04May_09.pdf

203 La representación descriptiva no puede ser asumida automáticamente, porque no puede afirmarse que, de por sí, un congresista indígena represente los intereses de todos los indígenas o una mujer represente los intereses de

Como se ha visto, a lo largo del primer siglo y medio de historia republicana, los indígenas no participaron efectivamente en la formación del Estado porque eran mantenidos en una situación de subordinación.

A pesar de estos problemas históricos, los indígenas andinos y amazónicos sí desean participar en la vida política nacional y no tienen en su discurso un rechazo hacia las instituciones estatales como ajenas o foráneas. A diferencia de algunos indígenas bolivianos o chilenos, no hablan del Perú como de un país ajeno a ellos. Su exigencia es más bien ser reconocidos como ciudadanos peruanos, igual que los demás. Podría ser un paso adicional o simultáneo el ser reconocidos como diferentes, con derechos especiales por su condición de indígenas. De hecho, hay algunos pasos en esta dirección.

Casi dos siglos después, en el Perú todavía no hay una identidad entre cultura-territorio-identidad nacional, sino una nación artificial, incipiente o en formación. Asumir que somos un país con una perspectiva plural de la nación sería un paso importante para reconocernos sin plantear una sola identidad.

3.1.3. La representación política de los indígenas andinos

Las comunidades campesinas sí han demostrado una ancestral práctica democrática y participativa que ha permitido su supervivencia aun durante el período de los hacendados. Lamentablemente, estas prácticas tradicionales no se han traducido, a nivel nacional, en la construcción de una sociedad verdaderamente democrática, dado que en el Perú, paradójicamente, el sistema estatal con sus formas oficialmente democráticas, coincide con una marcada exclusión y las zonas donde habitan más indígenas son las más excluidas por razones geográficas, étnicas, económicas y lingüísticas.

En el Perú actual, los cambios sociales de las últimas décadas han generado que ya no se pueda señalar que los parlamentarios que representan a los departamentos andinos pertenezcan automáticamente al sector terrateniente o *misti*. Son muchos los parlamentarios o funcionarios públicos que nacieron

todas las mujeres (Mansbridge, p. 104). Esta representación funciona por lo tanto cuando, a pesar de las diferencias por grado de instrucción, lugar de residencia, actividad o inserción en la vida económica, resulta evidente una problemática común.

en zonas rurales y cuya lengua materna fue el quechua. Sin embargo, la mayoría de las personas elegidas no tienen conciencia de su identidad como indígenas, aunque físicamente sí corresponden a dichos rasgos físicos y, en todo caso, representan precisamente a millones de peruanos de rasgos andinos que han preferido asimilarse a la cultura dominante.

Normalmente, las personas de origen indígena que ocupan cargos públicos lo hacen formando parte de diversos partidos políticos, sin que éstos tengan algún tipo de preocupación por la problemática indígena ni consideren a los indígenas de manera diferenciada. En los grupos políticos son frecuentes las prácticas centralistas y la concentración del poder en una cúpula ubicada en la capital. Esta figura se repite en las capitales de departamento, sin distinción entre zonas indígenas o no indígenas²⁰⁴. En realidad, casi ningún partido político en el Perú tiene una clara posición ideológica, teniendo más una connotación de alianzas electorales.

A nuestro entender, en el momento actual, la ausencia de conciencia dentro de la población indígena andina respecto a su identidad como tal, no permite un debate respecto a si corresponde o no una representación descriptiva. Creemos que solamente algunos representantes de origen indígena comienzan a comprender su propia identidad cuando ejercen este cargo. Además, en la actualidad, cada vez más personas con rasgos indígenas, son elegidas como congresistas.

No existen actualmente en las zonas andinas del Perú movimientos políticos de raigambre indígena o pro-indígena semejantes a los existentes en Bolivia o Ecuador. Las reivindicaciones de la población indígena aparecen más bien diluidas en las pretensiones de los diversos departamentos, de provincias o distritos. No se ha planteado modificar las fronteras de los mismos para garantizar una mayor cohesión étnica, porque ha sido asumida dicha división política por la propia población.

En el departamento de Apurímac existió el movimiento *Llapanchik*, que colocó a varios alcaldes de origen indígena y alcanzó el gobierno regional, donde trabajó la problemática de reparaciones a las víctimas de la violencia y los diversos programas son conocidos por sus nombres en quechua, logrando que este idioma pueda ser percibido realmente como oficial. Igualmente implementó el programa Quechua para Todos y la Ordenanza

204 El caso más representativo fue el del Presidente Alejandro Toledo, cuyo gobierno tuvo políticas claramente contrarias a los intereses de la población indígena en materia de recursos naturales.

contra la discriminación. Sin embargo, no era percibido como un programa de indígenas para indígenas.

A diferencia de Bolivia o Ecuador, en el Perú la población indígena andina tiene reivindicaciones más orientadas a mejorar su nivel de vida (acceso al mercado, caminos, mejores precios, escuelas) que reivindicaciones étnicas, como el derecho al idioma, a no ser discriminado por emplear vestimenta indígena o a llevar a cabo ceremonias religiosas ancestrales.

Un discurso basado en el Estado plurinacional, pluriétnico o pluricultural no ha sido recogido por la población indígena y no se sabe si podrá desarrollarse. Tampoco la población indígena andina se percibe como un sujeto político particular con derechos colectivos específicos.

Debe señalarse, sin embargo, que los indígenas andinos manifiestan una honda desconfianza frente a los políticos de ascendencia blanca, los mismos que suelen tener una mínima votación cuando se enfrentan a otros candidatos²⁰⁵. De todos modos, tampoco se puede señalar que los peruanos no indígenas tengan más confianza en el sistema político o se sientan representados por los partidos políticos²⁰⁶, pero sí sentirían temor frente a un movimiento político de origen indígena, que podría ser percibido como un intento de dividir el país.

Dada la migración a las ciudades y fenómenos como el mestizaje cultural, sería algo complejo plantear que los indígenas andinos tuvieran una representación particular, como si fueran un grupo homogéneo. Sus demandas suelen estar ligadas a las del resto de ciudadanos y los planteamientos de reconocimiento étnico son casi inexistentes. Podría, eventualmente, potenciarse la participación política de los indígenas que viven en las zonas rurales.

De otro lado, debe recordarse que las congresistas²⁰⁷ que en años anteriores expresaron su identidad como indígenas, en la vestimenta o el

205 Por ejemplo, Mario Vargas Llosa y Javier Pérez de Cuéllar frente a Fujimori. En una situación similar se encontraron en las últimas elecciones presidenciales, Lourdes Flores, Susana Villarán y Javier Díez Canseco, quienes eran considerados demasiado lejanos por la población.

206 La decisión antidemocrática e inconstitucional de Fujimori de disolver el Congreso de la República, fue respaldada por la mayoría de peruanos en todos los estratos sociales.

207 Como en otros contextos, son las mujeres las que tienen mayor conciencia de su identidad en el Perú. Al caso de Paulina Arpasi, en la legislatura anterior, se sumaron los de Juana Huancahuari, María Sumire De Conde e Hilaria Supa.

idioma, fueron inicialmente objeto de una intensa discriminación²⁰⁸, aunque creemos que su intervención fue muy importante para sensibilizar al resto de la población.

3.1.4. La representación política de los indígenas amazónicos

Si bien los indígenas amazónicos constituyen aproximadamente el 1% de la población nacional y el 10% de la población amazónica, tienen una conciencia clara de su identidad como indígenas y de sus propias demandas; no tuvieron representación política en el parlamento hasta el año 2011, en que fue elegido como congresista por Amazonas el líder awajún Eduardo Nayap.

Los congresistas de la región amazónica pertenecían, tradicionalmente, a sectores colonos y mestizos y no sólo se han mostrado totalmente alejados de la problemática indígena, sino que representan intereses contrarios, favoreciendo a las empresas madereras y petroleras²⁰⁹.

Aún más difícil es la participación política de aquellos indígenas que residen en regiones de la Amazonía cuya capital se encuentra en la zona andina como Junín, Cusco, Pasco o Cajamarca. Las autoridades regionales y los congresistas suelen actuar como si vivieran en una región totalmente serrana y los indígenas amazónicos no existieran.

Debe señalarse que a la población indígena amazónica le es aún más difícil participar en procesos electorales que a los indígenas andinos. En primer lugar, los distritos en la Amazonía son sumamente extensos, algunos de ellos tan grandes como los departamentos de Moquegua o Lambayeque,

208 En ambos casos, debería tomarse en cuenta que los congresistas han sufrido mucha discriminación racial. Paulina Arpasi era presentada por muchos medios de comunicación como incapaz e ignorante. Similares agravios han sido dirigidos posteriormente hacia Hilaria Supa. Resulta interesante cómo estos prejuicios están latentes y cuando el discriminado deja su "ubicación tradicional" para convertirse en una figura política pública, aparece el racismo de manera demoledora.

209 La Amazonía peruana es una región sumamente centralista y los habitantes de ciudades como Iquitos, capital del Departamento de Loreto o Pucallpa, capital de Ucayali, se suelen autoidentificar como "loretanos" o "ucayalinos", ignorando la problemática existente en el resto de sus extensas regiones. Aún movimientos sociales como el Frente Patriótico de Loreto tienen este carácter urbano y centralista. Por ejemplo, la Ley para la Protección de los Indígenas en Aislamiento fue propuesta por los parlamentarios provenientes de la región andina.

lo cual implica serias dificultades de transporte²¹⁰. De otro lado, por la misma razón, existe un elevado número de indocumentados.

Además, cuando logran desafiar todos estos obstáculos para presentarse en las elecciones, al ser percibidos como seres exóticos y primitivos, se mantiene el estereotipo entre los mestizos o no indígenas que no están preparados para ejercer el cargo. En la práctica sólo los nativos votan por los nativos y en cada región de la selva constituyen una minoría, siendo el caso de Nayap una excepción.

3.2. PANORAMA NORMATIVO

La Constitución establece en su artículo 191 que se debe garantizar porcentajes mínimos de comunidades nativas y campesinas y pueblos originarios en las elecciones municipales y regionales. Esta disposición se desarrolla en la Ley de Elecciones Regionales 27683, señalándose que en la lista para el Consejo Regional un mínimo de 15% debe pertenecer a comunidades nativas o a pueblos originarios²¹¹, mientras que la Ley de Elecciones Municipales establece el mismo porcentaje en cuanto a los regidores²¹².

Sin embargo, la reglamentación de estas leyes ha omitido a las comunidades campesinas, mencionando solamente a las nativas. De esta manera, la Resolución N° 254-2010-JNE del Jurado Nacional de Elecciones estableció la cuota indígena del 15% para representantes de las “comunidades nativas” sin tomar en cuenta a los indígenas andinos. Se estableció así la cuota indígena en las regiones de Amazonas, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Madre de Dios, Pasco, San Martín y Ucayali; así como en algunas provincias de dichas regiones.

Posteriormente, mediante la Resolución N° 370-2010-JNE el Jurado Nacional de Elecciones modificó su interpretación, incluyendo en la cuota indígena a las comunidades campesinas, pero sólo en Ica y Moquegua. Es posible que se haya pensado en este caso que, por tratarse de departamentos que se encontraban en la costa, había más posibilidades de que los campesinos no estuvieran representados. Sin embargo, el problema de la representación afecta también a los indígenas andinos en lugares como

210 Con viajes de varios días, que son sumamente costosos para una población de escasos recursos.

211 Artículo 12.

212 Artículo 10.

Ayacucho o Puno, donde la población indígena de las comunidades campesinas no está adecuadamente representada.

Hasta el momento, se percibe que los diferentes grupos políticos solamente buscan a los campesinos y nativos para completar las listas, cumpliendo el requisito formalmente, pero no para que realmente sean elegidos.

Finalmente, cabe señalar que la sentencia 0022-2009 del Tribunal Constitucional recoge la preocupación por la participación de la población indígena, cuando indica que el derecho a la identidad étnica de los pueblos indígenas comprende:

d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]”²¹³

De esta manera, la identidad étnica no es considerada solamente como un elemento externo, a veces simplemente decorativo, sino como los aspectos más profundos de la vida de un pueblo que inciden en las decisiones que deben buscar su desarrollo y su autodeterminación.

3.3. EXPERIENCIAS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En muchos países también se advierte que en el Poder Legislativo y otras instancias gubernamentales existe una escasa representación de las poblaciones étnicamente diversas y en algunos de ellos se han planteado diversos mecanismos que podrían ser pensados para los pueblos indígenas en el Perú:

- a) Representación por comunidad de intereses, un sistema en el cual existía un mismo número de representantes por cada colectividad, independientemente del número real de miembros de cada una de ellas²¹⁴.
- b) Representación por asientos reservados, para evitar la excesiva concentración de poder en un determinado grupo étnico o religioso

213 Cita así la sentencia STC 03343-2007-PA/TC.

214 Un ejemplo clásico (aunque no ligado a una problemática racial) de esta representación “no proporcional” se tuvo en Francia en los Estados Generales, cuando la nobleza y el clero tenían un número de representantes muy superior al que les habría correspondido demográficamente.

- (Singapur, Líbano, Chipre, Malasia²¹⁵) o asegurar que una minoría tenga representación (India, Nueva Zelanda, Colombia). En varios casos, éste ha sido el mecanismo dirigido a la población indígena.
- c) Representación por establecimiento de órganos gubernamentales especiales para los integrantes de una minoría, normalmente indígena (Parlamento Saami en Noruega y Suecia)²¹⁶.
 - d) Readecuación de los distritos electorales para garantizar mayores posibilidades a las minorías de elegir a sus representantes (Estados Unidos²¹⁷ y Canadá²¹⁸).

Para que se lleven a cabo algunos de estos mecanismos en un país como el Perú, el Estado debe tomar conciencia sobre la infrarrepresentación de los indígenas en las esferas de toma de decisión. Debe aceptar que los problemas económicos, geográficos o lingüísticos los llevan a no poder aparecer en una situación de igualdad a niveles electorales, con lo cual es más difícil que existan políticas para favorecerlos, convirtiéndose en un círculo vicioso²¹⁹, que sólo se puede romper con una decisión estatal.

Por eso, a diferencia de otros grupos sociales, en el caso de los grupos anexados involuntariamente por un proceso de conquista o colonización, no sólo se debe enfrentar la desigualdad económica o el racismo, para asegurar su participación política sino que se deben tomar en cuenta las secuelas de situaciones históricas de dominación.

Por otro lado, debe señalarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en la sentencia *Yatama vs. Nicaragua*, que no puede obligarse a los indígenas a usar la estructura de los partidos políticos como único mecanismo para lograr su participación, puesto que existen otras

215 Lijphart, p. 285.

216 Este mecanismo de representación diferenciada, sin embargo, ha sido utilizado también para mantener una situación de dominación. Hasta 1993, los blancos, los asiáticos y los mestizos (coloured) tenían tres cámaras separadas en el Parlamento sudafricano (Lijphart, p. 280). Los negros, en cambio, estaban totalmente excluidos del derecho al voto, bajo la consideración que "no era parte de su cultura".

217 Mediante el Decreto de Derechos Electorales de 1965, se autorizó a modificar los distritos electorales para garantizar que los negros y otras minorías tengan más posibilidades de elegir y ser elegidos (Kymlicka, p. 188).

218 Mediante el Decreto de Reajuste de las Fronteras Electorales de 1964 y el Decreto de Representación de 1984, basándose en el concepto de evitar la dispersión de una *comunidad de intereses* en dos o más distritos electorales (Kymlicka, p. 189).

219 Kymlicka, 1996, p. 153.

posibilidades de acuerdo a su cultura²²⁰. Es interesante pensar entonces que un mecanismo aparentemente participativo puede no ser totalmente favorable para una población indígena. De esta manera, criterios como el sufragio universal, la mayoría de edad, la inscripción en el RENIEC puede que originen dificultades para la participación de los indígenas.

3.4. PRINCIPALES DEMANDAS DE LOS PARTICIPANTES EN LOS TALLERES

El derecho a la participación política también fue abordado por los participantes en los talleres que llevó a cabo la Comisión Andina de Juristas.

Al respecto, los asistentes al taller de San Martín mencionaron que la exigencia de cuota indígena establecida por la Ley de Elecciones Regionales y la Ley de elecciones municipales en las listas de candidatos al Consejo Regional y al Concejo Municipal en Regiones y Municipalidades Provinciales no les beneficiaba necesariamente.

Si bien los partidos o movimientos políticos cumplían con la cuota indígena al momento de la inscripción de las listas, en realidad había pocas posibilidades reales de ocupar cargos en los gobiernos regionales y provinciales. En efecto, los participantes señalaron que los partidos políticos en realidad no tenían interés en promover la participación de los pueblos indígenas, pues los candidatos indígenas accedían a ubicaciones en las listas con pocas posibilidades de ingresar al gobierno regional o provincial.

En ese sentido, los indígenas plantearon la reforma de la normativa correspondiente a los procesos electorales. Igualmente, plantearon como alternativa que se asegure la participación de los indígenas en los espacios de poder local y regional a través del establecimiento de un número de plazas o puestos a favor de los indígenas, independientemente del voto popular. Para ello, incluso se planteó la variación del sistema de elección del indígena que ocuparía el cargo de consejero regional o municipal, elección que debería hacerse de acuerdo a sus costumbres.

De otro lado, los ronderos de Cajamarca plantearon la necesidad de fortalecer la participación de las rondas en los espacios de participación política y ciudadana a nivel local y regional. Se conoció experiencias de solicitudes de rendición de cuentas llevadas a cabo por los ronderos, etc.

220 Sentencia.. cita.

Ahora bien, no ha quedado del todo claro si los ronderos de Cajamarca se autoidentifican como indígenas y si consideran que se les debería aplicar la cuota indígena. Hasta el momento, no ha habido ningún reconocimiento en este sentido.

Sin embargo, se constata que efectivamente existe una infrarrepresentación de la población rural y que sus demandas no son escuchadas por las autoridades. En todo caso, el planteamiento debería ser más orientado a la población rural y no tanto a las comunidades, porque en Cajamarca son muy pocas.

En cuanto a otorgar a los ronderos, en calidad de tales, la posibilidad de una cuota en cada una de las listas partidarias, nos parece que no sería realmente el camino, puesto que esto implicaría forzar a los ronderos a asumir posiciones políticas distintas a las que ya tienen, simplemente por una formalidad. Sin embargo, las rondas son una organización tan activa e importante que consideramos requiere una representación especial en los órganos de gobierno a nivel regional, provincial y distrital.

En Puno las conclusiones fueron:

- Participación en las elecciones generales, regionales y municipales con la cuota de indígenas del 15%.
- Normatividad en el proceso de fiscalización y presupuesto participativo (Rondas Campesinas).
- Participación de pueblos originarios directamente ante las instancias públicas normativas.
- Participación de la mujer en las elecciones de autoridades en las primeras listas.

Estos planteamientos resultan interesantes, puesto que Puno efectivamente ha quedado excluido de las normas del Jurado Nacional de Elecciones sobre la aplicación de la cuota indígena. Ahora bien, en un departamento donde más del 90% de la población es indígena, resulta un aparente contrasentido establecer una cuota del 15%. Por ello, creemos que en este caso la cuota debe referirse específicamente a la población rural, incluyendo a los habitantes del Lago Titicaca.

Por otro lado, la presencia de rondas campesinas en Puno podría generar una situación compleja: en muchos casos las rondas dependen de las comunidades, pero también existen varias situaciones en que las comunidades fueron creadas artificialmente y en realidad eran sólo una entelequia formal.

En estos lugares, las rondas han adquirido un dinamismo propio y por eso están planteando la posibilidad de ejercer labores de fiscalización.

En realidad, lo que se debería asegurar es que toda la población rural esté agrupada como comunidades o rondas y pueda participar en la fiscalización de las autoridades. Se hace necesario que existan canales abiertos que puedan permitir conducir las demandas de la población. Creemos que esto respondería también a la demanda sobre participación directa de los pueblos originarios ante las instituciones estatales.

Finalmente, resulta interesante que en esta región se haya planteado la participación de la mujer. De hecho, las mujeres indígenas se encuentran entre los sectores con más dificultades para participar en la vida política. Por ello creemos que se debería asegurar mecanismos para evitar esta situación.

En el caso de participación política, los participantes de Madre de Dios desconocían el concepto de la cuota nativa, a pesar de que en los pasados comicios electorales de orden regional y municipal el Jurado Nacional de Elecciones consideró a la región como beneficiaria de la cuota nativa.

No obstante ello, los participantes afirmaron no sentirse representados por los consejeros regionales o regidores municipales de origen indígena. Asimismo, afirmaron que una de las dificultades para promover una representatividad colectiva en el ámbito político es la propia FENAMAD ya que existen conflictos al interior de esta entidad.

Igualmente, los participantes desconocen los mecanismos para hacer efectivos su derecho a la participación política, lo que puede generar potenciales conflictos sociales. En efecto, el desconocimiento de los procedimientos para promover las "iniciativas legislativas", "cabildo abierto", "presupuestos participativos", puede generar ausencia de diálogo entre las autoridades y las comunidades nativas.

Se apreciaba que no solamente existía un problema de leyes, sino también de desconocimiento, falta de voluntad política por parte de las autoridades y también por falta de unidad de las organizaciones indígenas, aunque en Madre de Dios existen muchas dificultades más (distancia, idioma, metodología, ausencia de información, información inadecuada, entre otras).

3.5. PROPUESTAS Y DESAFÍOS PARA IMPLEMENTAR EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Consideramos que resulta prioritario estudiar el mecanismo para que los pueblos indígenas amazónicos se encuentren adecuadamente representados en el Parlamento y otras instancias estatales.

Podría plantearse que todas las listas para el Congreso que provengan de la Amazonía incluyan representantes indígenas. Sin embargo, en un contexto de voto preferencial, los candidatos indígenas tendrían menos recursos para presentarse ante los electores y, además, enfrentarán los estereotipos negativos en su contra. Además, los indígenas se ven obligados a supeditar sus propios planteamientos a los diversos movimientos políticos, lo cual podría implicar que tengan que dejar de lado sus demandas como indígenas. Asimismo los partidos políticos se ven obligados a incorporar personas indígenas a pesar de que pudieran tener otra formación.

Una reformulación de los distritos electorales en función de la población indígena también sería difícil de plantear. No tendría viabilidad en la Amazonía, donde los indígenas son una población minoritaria y dispersa. No existen patrones tan marcados de residencia como en otros países y la presencia de colonos es muy elevada también en las zonas rurales amazónicas.

Por todo ello, consideramos que sería adecuado proponer que exista en el Parlamento un grupo de asientos reservados a los indígenas amazónicos, como existe en Colombia con los dos senadores elegidos en la llamada circunscripción nacional indígena²²¹. Se entendería que solamente los indígenas votarían por estos candidatos.

A nuestro modo de ver, estaríamos ante una medida de acción afirmativa y no tanto una medida de discriminación positiva, porque no se perjudica de ninguna manera a la población no indígena amazónica ni se establecen privilegios que pudieran parecer injustos.

Una medida de discriminación positiva implicaría más bien que, entre dos candidatos con igual votación, se favoreciera a aquel de origen

221 De un total de 83 senadores, dos son elegidos por la población indígena. Los candidatos deben acreditar su condición de líderes de una comunidad u organización indígena (artículo 171 de la Constitución de 1998). Kymlicka sostiene que debería evitarse un número muy pequeño, porque uno o dos representantes corren el riesgo de quedar aislados frente al resto de parlamentarios (1996, p. 204).

indígena²²², pero no es lo que estamos postulando porque creemos que generaría manifestaciones de hostilidad y conflictos étnicos. Más bien, se trata de una manera en que los pueblos indígenas amazónicos pudieran percibirse mejor como ciudadanos peruanos²²³.

Cabe preguntarse, si establecer un número especial de congresistas indígenas, automáticamente producirá una representación de los intereses comunes de los electores²²⁴. A pesar de que existen más de sesenta etnias en la Amazonía, creemos que es preferible que la representación se plantee a nivel de los pueblos indígenas en su conjunto, dado que algunas de estas etnias tienen muy pocos integrantes.

Creemos que es un reto para los nativos amazónicos desarrollar grados de organización social que les permitan ejercer esta representación en función de dicha población²²⁵. De hecho, un serio peligro sigue siendo que los dirigentes de las federaciones terminen por distanciarse de la población y actúen en función de sus propios intereses.

Otra posibilidad que no se contradice con lo anterior sería conformar un órgano similar al Parlamento Saami, en el que puedan participar los indígenas a nivel nacional o distinguiéndose entre indígenas andinos y amazónicos. Esta sería una instancia representativa que permitiría plantear decisiones y propuestas frente a una serie de problemas. En Colombia funciona también un Comité Consultivo Indígena, que se reúne cuando es convocado por el gobierno.

La otra posibilidad sería que pudieran postular como movimiento indígena y no en cada uno de los partidos. Los indígenas que aparecen en las listas partidarias no están quizás ligados a las propias organizaciones.

222 Brage, p. 23.

223 Sería preferible un sistema como el que tiene Nueva Zelanda, donde existen siete asientos reservados para los indígenas maoríes, pero éstos también pueden elegir y ser elegidos para los restantes curules.

224 Debe tomarse en cuenta la existencia de diversas etnias y que los problemas de comunicación podrían hacer muy difícil que los indígenas amazónicos puedan mantenerse en contacto con sus representantes o llevar a cabo alguna acción de vigilancia.

225 Podría también señalarse que los indígenas, como el resto de ciudadanos, pueden tener posiciones políticas diferentes. Nosotros creemos que, en todo caso, es preferible promover el debate dentro de los mismos grupos indígenas, es decir, permitir que dentro de ellos se elija a quien creen que mejor presente sus intereses. Mansbridge señala que una obsesión por la representación terminaría señalando que un congresista varón no puede representar a las mujeres y que una mujer no puede representar a los varones (p. 109).

Creemos que hace unos años, Alberto Pizango tuvo esta intención, pero que no llegó a concretarse debido, en primer lugar, a que dentro de la población indígena amazónica existe mucha dispersión y a que son un grupo muy reducido. Si se tratara de movimientos indígenas como el ecuatoriano o el boliviano, que suman varios millones de personas, sería mucho más factible. Para ello, es necesario que surja o resurja una identidad indígena en los Andes peruanos, una tarea que por el momento parece difícil de implementar.

En cuanto a los indígenas andinos, creemos que es fundamental establecer mecanismos de participación eficaces para los habitantes de las zonas rurales. Nos parece que los indígenas de las zonas urbanas tienen distintas posibilidades de participación y que, si se pretendiera otorgar el derecho a la participación solamente por el carácter étnico, probablemente se produciría nuevamente una infrarrepresentación de la población rural. Es importante, en algunos casos, distinguir las diferentes realidades dentro de la población indígena y trazar políticas en base a esas diferencias.

Por lo tanto, podría ser adecuado plantear un órgano similar al establecido para los indígenas amazónicos, en el cual se pudieran debatir la problemática de las comunidades campesinas. De igual manera, podría plantearse que dentro del Congreso existan representantes de las comunidades campesinas. Como se puede apreciar, en este caso no se estaría pensando en todos los indígenas de una región, pues quienes tienen el problema de representación son básicamente las poblaciones rurales. De esta manera se evitaría quedar atrapados por el problema de la ausencia de identidad indígena que es más evidente precisamente en la población menos representada.

Sin embargo, más allá de estas propuestas institucionales, debemos señalar que existen muchas responsabilidades en los partidos políticos para comprender la problemática indígena.

Los partidos políticos deben asumir el tema, tanto a nivel de los comités que existen en las zonas donde predominan los indígenas, como a nivel nacional. En algunos lugares, como la Amazonía, puede ser necesario buscar una representación interna especial para los indígenas, que les permita a ellos expresar sus propios planteamientos. En la zona andina, es posible que este espacio deba corresponder a los habitantes de las comunidades campesinas, por la renuencia que existe a asumir la identidad indígena. Sin embargo, ningún partido político debería rechazar esta posibilidad.

Es posible que algunos partidos no estén interesados en representar los intereses de los pueblos indígenas. Sin embargo, también es posible que las demandas de los pueblos indígenas adquieran un carácter transversal, es decir, que aparezcan en diversas plataformas políticas. Uno u otro caso solamente pueden darse si se hacen explícitas las demandas indígenas y la voluntad de los partidos políticos de reflejarlas.

4. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

4.1. ANTECEDENTES TEÓRICOS

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas tiene como su primer fundamento una concepción “participativa” de democracia que aparece en la actualidad en muchos países como parte de los procesos políticos cotidianos, a través de referéndums, plebiscitos y otras manifestaciones de voluntad popular.

En nuestra Constitución, este derecho aparece en el artículo 176, cuando incluye entre las funciones del sistema electoral la organización de otras consultas populares distintas del referéndum²²⁶. Bajo esta base legal, se han organizado las consultas previas de Tambogrande (junio del 2002); Ayabaca, Carmen de la Frontera y Pacaypampa (septiembre del 2007) y Cocachacra (septiembre del 2009).

Dichas consultas fueron desconocidas por los gobiernos de Toledo y García, que tenían una concepción de democracia más tradicional, la democracia “delegativa” según la cual, la democracia simplemente implica que se realicen elecciones periódicas, pasadas las cuales los ciudadanos deben aceptar las decisiones de sus autoridades, sin poder exigir ser consultados aunque dichas decisiones les afecten directamente. De esta manera, el principio de soberanía estatal era empleado para sustentar la ausencia de consulta. La pretensión de los ciudadanos de brindar su opinión o, más aún,

226 Artículo 176.- Finalidad y funciones del Sistema Electoral

El sistema electoral tiene por (...) funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares (...).

de oponerse a una medida legislativa o administrativa, era considerada un desacato a las autoridades legítimamente constituidas²²⁷.

A nuestro entender, la concepción de democracia delegativa implicaba en el fondo un menosprecio por los ciudadanos, quienes eran considerados incapaces de expresar sus ideas. Este menosprecio era mucho mayor hacia los indígenas y campesinos, quienes eran percibidos como seres sin criterio propio, manipulables por partidos políticos, ONGs, sacerdotes “comunistas” u otra entidad externa. Ninguna de estas consultas, sin embargo, invocó el carácter indígena de los participantes, que en su mayoría tenían origen mestizo.

En segundo lugar, existe un derecho especial de los indígenas a ser consultados, distinto del derecho a la participación que corresponde a los demás peruanos, y se encuentra reconocido en el Convenio 169 de la OIT, cuando señala que los pueblos indígenas deben ser consultados frente a las medidas legales y administrativas (artículo 6) que les afecten, así como el destino del territorio (artículo 15), por lo que también les correspondería ser consultados en los planes de desarrollo.

La razón por la que este derecho existe no solamente es evitar que los indígenas se vean privados de un derecho que corresponde a todos los ciudadanos, sino que se considera que la consulta busca preservar derechos fundamentales como la identidad étnica y cultural y el derecho de un pueblo a existir como tal.

4.2. LA TRADICIONAL AUSENCIA DE CONSULTA

A lo largo de la historia del Perú, si los indígenas no tenían derecho de participar, menos tenían derecho a ser consultados. Esto se hace más evidente, por cuanto muchas normas que favorecían a la población indígena fueron promulgadas por gobiernos autoritarios, como ocurrió con la Ley de Reforma Agraria, el Estatuto de Comunidades Campesinas y la Ley de Comunidades Nativas²²⁸.

227 Recordemos la violenta reacción del régimen de Toledo cuando la población de Arequipa y Tacna rechazó la privatización de sus empresas eléctricas. Los gobiernos de Toledo y García practicaron muchas formas de represión a la población que discrepaba de sus decisiones.

228 Esta norma llegaba a considerar que las entidades que deseaban trabajar con las comunidades nativas debían no sólo ser autorizadas por el respectivo sector, sino tam-

Ni siquiera la Constitución de 1979 reconocía el derecho a la consulta a las comunidades campesinas y nativas. Es más, el artículo 163 de 1979 permitía, por ejemplo, la expropiación del territorio de una comunidad, por una situación de utilidad o necesidad pública, tal como era considerada por el Estado, sin permitir que la población pudiera decidir al respecto. Igualmente, se planteaba que el Estado promovía el desarrollo de la Amazonía, sin que se pensase que los indígenas podían expresar su punto de vista al respecto²²⁹. Podemos decir entonces que, pese a su carácter progresista, la Constitución de 1979 estaba inmersa dentro de la concepción de democracia delegativa.

Años después, la Constitución aprobada por el régimen de Fujimori debilitó el régimen de protección de las comunidades campesinas y nativas y facilitó su disolución, sin tomar en cuenta tampoco su punto de vista. Paradójicamente, el mismo gobierno suscribió y ratificó el Convenio 169, por lo que puede señalarse que desde 2 de febrero del año 1995²³⁰ tenía vigencia la obligación de consultar las normas y decisiones administrativas que afectaban a los pueblos indígenas.

Sin embargo, durante el resto del gobierno de Fujimori, el Estado no manifestó ninguna voluntad política para promover el derecho a la consulta. Durante los mandatos de Paniagua, Toledo y García, se continuó tomando todo tipo de decisiones que afectaban directamente a la población indígena, sin que se le brindara ninguna posibilidad de intervenir. De esta manera, no participaban en los planes de desarrollo, la política de fronteras, las normas sobre medio ambiente, educación bilingüe o el sistema de administración de justicia.

Por ejemplo, la educación intercultural bilingüe sufrió una severa crisis debido a que el Ministerio de Educación decidió imponer un examen único para los postulantes a los Institutos Pedagógicos de todo el país, sin tomar en cuenta las diferencias culturales y lingüísticas existentes. Como resultado, muchos Institutos Pedagógicos Bilingües se vieron obligados a cerrar sus puertas.

bién por el Ministerio de Agricultura y Alimentación, sin que se contemplara la necesidad de consultar a la población interesada (artículo 16).

229 Artículo 120. El Estado impulsa el desarrollo de la Amazonía. Le otorga regímenes especiales cuando así se requiere. Una institución técnica y autónoma tiene a su cargo el inventario, la investigación, la evaluación y el control de dichos recursos.

230 Un año antes se había depositado el instrumento de ratificación.

El caso de las actividades extractivas fue el más dramático, porque tanto el Ministerio de Energía y Minas como PerúPetro establecieron concesiones mineras y petroleras respectivamente sobre los territorios habitados por comunidades campesinas y nativas, sin ninguna consulta a la población. Las actividades de exploración o explotación tampoco eran sometidas a consulta, siendo realizadas muchas veces contra la voluntad de los indígenas.

Antes que el Ministerio de Energía y Minas aprobara las actividades de explotación de los recursos, había una llamada “etapa de consulta” en relación al Estudio de Impacto Ambiental que la empresa debía presentar. Sin embargo, esta consulta implicaba simplemente una “audiencia pública”, es decir, una asamblea a la cual podían ir las personas que lo desearan y formular preguntas. Ni la empresa ni las entidades estatales estaban obligadas a tomar en cuenta las inquietudes ni a contestarlas, por lo que se distorsionaba totalmente el sentido del derecho a la consulta.

Antes de la audiencia, el Ministerio colocaba en internet los Estudios de Impacto Ambiental, lo cual en nada ayudaba a la población indígena a conocerlos. Se trataba de documentos muy extensos y sumamente técnicos, que la población solamente podía comprender con la ayuda profesional. No había tampoco mayor difusión en los idiomas indígenas.

El Reglamento de Participación ciudadana para la realización de actividad de hidrocarburos, Decreto Supremo 012-2008-EM señalaba que el objetivo de la consulta era determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de hidrocarburos podrían verse afectados.

Para ello, se disponía la realización de talleres informativos previos a la audiencia, que en algunos casos han sido presentados por los funcionarios estatales o las empresas como si fueran el propio procedimiento de consulta cuando la Organización Internacional del Trabajo solicitaba información sobre la implementación de este derecho. Sin embargo, los eventos se limitaban a recoger opiniones e inquietudes, respecto a un proyecto que no podía ser modificado. De esta manera, los ciudadanos no tenían mayores posibilidades de expresar su rechazo frente a decisiones ya tomadas.

Entre los años 1990 y 2011, el Ministerio de Energía y Minas tuvo claramente el rol de promotor de la actividad minera en forma indiscriminada, en claro desmedro de los intereses de la población indígena. Durante el gobierno de García, las concesiones continuaron de manera totalmente desproporcionada, abarcando provincias enteras. Muchas concesiones ni siquiera eran informadas a la población y cuando lo eran, se generaban fuertes

protestas. Un ejemplo fue el recorte del Parque Ichigkat Muja que se llevó a cabo contra la voluntad de la población awajún y wampís, quienes también rechazaron el ingreso de la empresa minera Afrodita. Sucedió lo mismo con los proyectos hidroenergéticos, como Inambari en la selva de Puno y Pakitzapango, que implica el desplazamiento de decenas de comunidades asháninkas, otorgados en concesión sin ninguna consulta.

La ausencia de consulta ha venido causando numerosos conflictos sociales en la región amazónica y también entre los campesinos andinos en Andahuaylas y Cajamarca. En ocasiones, las obras que el Estado impone no se refieren a recursos extractivos, sino a potenciar la actividad agrícola en los valles de la costa, empleando para ello las aguas de los ríos que emplean las comunidades indígenas andinas. Así se ha producido el fuerte conflicto entre las regiones de Ica y Huancavelica y entre las regiones de Arequipa y Cusco por el proyecto Majes-Sihuas.

El conflicto más extenso fue generado por los Decretos Legislativos aprobados por el gobierno de García, que facilitaban la disolución de las comunidades campesinas y nativas, generando los paros amazónicos y los luctuosos sucesos de Bagua.

Pese a todo ello, en ningún caso, la legislación peruana establecía que efectivamente se consultara a los indígenas o se solicitara su opinión antes de tomar una decisión. Se trataba más bien de simples formalidades organizadas para cumplir con la exigencia de una consulta del Convenio 169, tomando en cuenta que algunos organismos financieros multilaterales exigían que los pueblos indígenas dieran su opinión.

4.3. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Frente a la sucesión de normas no consultadas, además de las movilizaciones sociales, las organizaciones indígenas decidieron promover una serie de acciones legales que permitieran que se garantizara su derecho a la consulta.

Las acciones legales de los pueblos indígenas, especialmente de AIDSESP, finalmente llevaron al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre la necesidad de implementar la consulta previa dispuesta por el Convenio 169.

La sentencia 022-2009-PI/TC fue especialmente importante, pues reconoció el valor del Convenio 169 como un tratado internacional cuyo contenido no requería de una legislación especial para estar vigente.

Además, señalaba que la “tolerancia a la diversidad” es un valor inherente a la Constitución y que debe evitarse toda “fuerza homogeneizadora” que no respete las singularidades de las personas²³¹. Este párrafo busca señalar que no puede imponerse un modelo de progreso a la población indígena, que puede tener sus propias prioridades en cuanto a sus vidas.

La sentencia es muy precisa al señalar el derecho de las etnias “*a existir*, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás²³². Se remitía a la sentencia STC 03343-2007-PA/TC, donde se indica que el derecho a la identidad étnica comprende:

- a) El derecho a decidir sobre su propio desarrollo.
- b) El respeto a sus formas de organización.
- c) El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles.

Por lo tanto, la identidad étnica comprende mucho más que los elementos externos que a los que normalmente ha sido restringida.

La sentencia reconoce el carácter constitucional del Convenio 169 y sostiene que mediante él se pretende “erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante²³³. Es decir, el Tribunal Constitucional no se opone a la cultura dominante ni a su modelo de desarrollo, sino a la pretensión de que los indígenas deban asimilarse a ésta.

El Tribunal explica que el mandato establecido en el artículo 6 del Convenio 169 busca materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal²³⁴. No se plantea como meta que los pueblos indígenas se encuentren aislados, sino señala que se debe producir una estrategia de inclusión que respete lo pluricultural, para que los miembros de los pueblos indígenas se desarrollen tanto como tales y como miembros de la nación peruana²³⁵. De esta forma, se acepta la existencia de una identidad múltiple en los indígenas, que implica la existencia de derechos como peruanos y como indígenas. Se trata de una posición muy

231 Párrafo 3.

232 Párrafo 5.

233 Párrafo 14.

234 Párrafo 17.

235 Párrafo 18.

importante, pues evita visiones reduccionistas o fundamentalistas sobre la identidad indígena.

El Tribunal también analiza los casos en que una norma debe ser sometida a consulta, tomando en cuenta que, efectivamente, la mayor parte de las normas generales también afectan a los indígenas, pero de manera indirecta y no por ello deberían ser consultadas²³⁶. Evidentemente, se podría generar una parálisis del aparato estatal y, al mismo tiempo, se podría generar que la población indígena tuviera que decidir prácticamente sobre todo el funcionamiento del Estado.

Sin embargo, el Tribunal precisa que sí deberían ser consultadas obligatoriamente, las medidas que les afectan directamente y aquellas donde existen puntos que pueden afectar la situación jurídica de los pueblos indígenas sobre temas relevantes y de manera sustancial²³⁷.

Por otro lado, al analizar el artículo 15 del Convenio, que se centra específicamente en el tema de la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena, la sentencia precisa que incluye no solo a aquellos “pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados”²³⁸.

El Tribunal precisa que los pueblos indígenas no gozan de un derecho de veto²³⁹ sino que se debe promover institucionalizar el diálogo intercultural. Lo que es obligatorio y vinculante es llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante²⁴⁰.

De igual forma, precisa la necesidad de una implementación previa del proceso de consulta y considera que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta implica:

- i) el acceso a la consulta;
- ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y
- iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta²⁴¹.

236 Párrafo 20.

237 Párrafo 21.

238 Párrafo 23, reafirmado por la Sentencia EXP. N.º 06316-2008-PA/TC (párrafo 17).

239 Párrafo 24.

240 Párrafo 25.

241 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37.

El acceso implica la posibilidad de que la consulta se realice de manera clara y comprensible para los pueblos indígenas, tomando en cuenta las particularidades geográficas, lingüísticas y culturales existentes.

En cuanto a la necesidad de cumplir con las características esenciales del proceso, el Tribunal precisa que, si esto no se hace, evidentemente se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, si la información relevante no fue entregada al pueblo indígena o si no se le dio un tiempo razonable para que tomara una decisión²⁴².

El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. Si el acuerdo posteriormente es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumplan porque el principio de buena fe se habrá visto afectado²⁴³.

También el Tribunal plantea una secuencia fáctica sobre el proceso de consulta, que será recogida por la Ley 29785. Se señala que, si el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo afectado²⁴⁴.

Meses después, en la sentencia EXP. N.º 06316-2008-PA/TC el Tribunal Constitucional reafirmó la importancia del derecho de consulta como “un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan”²⁴⁵.

Por otro lado, esta misma sentencia, si bien señala que las concesiones petroleras otorgadas en los años 1995 y 1999 eran incompatibles con la Constitución por no haberse llevado a cabo según la consulta previa, se debe respetar la seguridad jurídica y la buena fe de las empresas involucradas, que tuvieron todas las garantías de legalidad por parte de las autoridades²⁴⁶.

242 Párrafo 39.

243 Párrafo 40.

244 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41.

245 Fundamento 18.

246 Fundamento 27.

De igual manera, se señala que “el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes²⁴⁷”. Ruiz ha señalado su discrepancia puesto que un derecho constitucional no puede tener un cumplimiento de manera gradual y que la obligación de implementar la consulta le corresponde al Estado, no a las empresas²⁴⁸.

En junio del 2010, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia 05427-2009-PC/TC, cuyo principal valor es que precisa la necesidad de distinguir a la consulta previa del derecho a la participación.

El derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. El propio Convenio 169 regula por separado este derecho en sus artículos 6º, inciso b) y 7º. El derecho a la consulta, en cambio, “garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles”²⁴⁹. Podemos entender así, que el derecho a la participación implica ubicar a los indígenas en la posibilidad de intervenir en los asuntos públicos como los demás ciudadanos, mientras que el derecho a la consulta es más específico para proteger derechos como la identidad cultural y étnica y los recursos naturales.

Finalmente, en agosto del 2010, la composición más conservadora del Tribunal Constitucional es reflejada cuando es publicada la sentencia 06316 AA Aclaración que sostiene que la consulta es obligatoria solamente desde la publicación de la STC 0022-2009-PI/TC, es decir desde el 9 de junio del 2010²⁵⁰.

Esta sentencia fue muy cuestionada por las organizaciones indígenas, que han planteado la nulidad de todos los actos administrativos no consultados aprobados con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169. Sin embargo, debe reconocerse que la declaración de nulidad podría tener consecuencias muy graves en cuanto a la inestabilidad jurídica, más aún si algunas organizaciones insisten en que la consulta debe aplicarse no solamente para todo lo que perjudique a un pueblo indígena, sino también aquello que lo afecte o beneficie. Inclusive la ley de cuotas indígenas o la ley sobre lenguas indígenas deberían ser declaradas nulas. Como veremos a continuación, esta sentencia va en la misma línea que la Segunda Disposición

247 Fundamento 30.

248 Ruiz, p. 109.

249 Párrafo 62.

250 Fundamento 8.

Final de la Ley 29785, cuando se indica que no se cuestiona la validez de las normas promulgadas anteriormente.

4.4. LA LEY 29785 Y LOS DESAFÍOS PARA SU IMPLEMENTACIÓN

En el año 2010, luego del conflicto de Bagua, el Congreso aprobó una Ley de Consulta, tomando como base la propuesta realizada por la Defensoría del Pueblo y consensuada con las organizaciones indígenas. Sin embargo, el Poder Ejecutivo decidió observarla, por diferentes motivos, entre ellos, que los campesinos andinos no eran indígenas.

Afortunadamente, en setiembre del año 2011 fue aprobada la Ley 29785 que básicamente recoge el proyecto anterior, tomando en cuenta las consideraciones de la sentencia 022-2009-PI/TC del Tribunal Constitucional. La nueva ley señala que la consulta previa debe darse frente a aquellas medidas legislativas o administrativas, planes, programas y proyectos de desarrollo nacional que afecten directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo²⁵¹. De esta manera, se muestra la identidad cultural como un valor fundamental a ser preservado y también la norma reconoce que las actividades extractivas pueden tener como consecuencia perjudicar la calidad de vida de los indígenas, su desarrollo o inclusive su propia existencia.

La norma precisa que la implementación de la consulta es una obligación del Estado, despejando dudas respecto a la intervención de las propias empresas privadas, como ocurría en los procesos que disponía el Ministerio de Energía y Minas²⁵², generando que algunas de éstas, movidas por el interés económico pudieran aplicar estrategias muy discutibles. En este caso, se tratará de una entidad que debería ser neutral.

De igual forma, se señala que la consulta tiene por finalidad alcanzar un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas²⁵³. No se plantea que la consulta tenga un carácter vinculante, sino que el acuerdo lo sea.

El mecanismo para lograr el acuerdo es el diálogo, pero se precisa que se buscará el diálogo intercultural, para promover la inclusión de los

251 Artículo 2.

252 Artículo 2.

253 Artículo 3.

indígenas en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos²⁵⁴.

La Ley incorpora los principios rectores que ya había mencionado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional:

- Principio de oportunidad, por el cual, la consulta se lleva a cabo con anterioridad a la medida legislativa o administrativa a ser aprobada.
- Principio de interculturalidad, por el cual, la consulta se realiza reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las diversas culturas existentes en el país y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.
- Principio de buena fe: Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. Se trata de un presupuesto que en ocasiones puede ser difícil de lograr debido a las tensiones existentes. En los últimos veinte años, además, el Estado se mostró tan promotor de la actividad minera y petrolera, que muchos indígenas asumieron una fuerte desconfianza.

Además, se señala que el principio de buena fe implica que el Estado y los pueblos indígenas deben evitar proselitismo partidario o conductas antidemocráticas.

- Principio de ausencia de coacción o condicionamiento hacia los pueblos indígenas. Este principio implica también evitar prácticas indirectas de presión, como señalar que determinadas inversiones no se podrán realizar si no se aprueba un determinado proyecto²⁵⁵.
- Principio de flexibilidad, para buscar mecanismos apropiados a la medida que se busca adoptar y a las circunstancias especiales de los pueblos indígenas involucrados.
- Principio de plazo razonable, para permitir a los pueblos indígenas conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas. Un principio así se comprende precisamente porque no es una empresa privada la que está preocupada por sus inversiones, sino que es el Estado, en una fase previa, el que realiza la negociación con la población.
- Principio de información oportuna, para que los pueblos indígenas reciban toda la información necesaria. El Estado tiene la obligación

254 Artículo 3.

255 En los últimos años, las presiones sobre la población han sido múltiples, desde no asignar ningún profesor para la escuela de la comunidad hasta disponer la detención de quienes se oponen al proyecto extractivo.

de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación. Se entiende que esta información debe ser entregada de la manera más adecuada para que la población pueda recibirla.

Se ha señalado que los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa²⁵⁶. De esta forma se excluye a los pueblos afectados de manera indirecta, que habían sido mencionados en la sentencia 022-2009-PI/TC²⁵⁷.

Uno de los temas que ha generado más polémica son los criterios para señalar cuáles serán los pueblos indígenas u originarios. A nuestro modo de ver, debió reconocerse esta condición a todas las comunidades campesinas y nativas, que ya se encuentran registradas y tituladas. Esta norma en cambio plantea iniciar una base de datos sobre los pueblos indígenas, lo cual implica un procedimiento que puede ser sumamente lento y engorroso, duplicándose esfuerzos frente a la información que ya se tiene²⁵⁸, más aún porque el artículo 7 establece criterios objetivos para que un pueblo indígena sea reconocido como tal:

- 1) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- 2) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.

256 Artículo 5.

257 Párrafo 20, véase supra.

258 Artículo 20. Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios.

Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

La base de datos contiene la siguiente información:

- 1) Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
- 2) Referencias geográficas y de acceso.
- 3) Información cultural y étnica relevante.
- 4) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
- 5) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
- 6) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.

- 3) Instituciones sociales y costumbres propias.
- 4) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

La redacción del punto 4 es sumamente discutible y podría generar que muchos indígenas no fueran considerados como tales, simplemente por usar adelantos tecnológicos y vestimenta occidental. En realidad, solamente en los pueblos indígenas en aislamiento puede encontrarse una diferencia tan marcada. La redacción que aparece en el artículo 1 del Convenio 169 resulta menos exigente, puesto que se plantea que estas características pueden tenerse en parte.

A esto se añade la necesidad de un criterio subjetivo relativo a la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. De la misma manera que el anterior, este requisito podría ser interpretado de manera restrictiva, generándose que muchos sectores indígenas que rechazan esta denominación, no sean reconocidos.

El artículo 7, en realidad, también permite que las comunidades campesinas y nativas sean reconocidas como pueblos indígenas, pero esta debería ser la regla general y no pasar al procedimiento por el que se examinen estos requisitos. La redacción de este artículo, además, da a entender que en la costa no existen indígenas, puesto que se plantea comunidades campesinas o andinas, como si fueran sinónimos.

En cuanto al proceso de consulta, se señala que se llevará a cabo a través de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales²⁵⁹. Nuevamente acá aparece una percepción esencialista de los indígenas, dado que, en realidad, las entidades que en la actualidad tienen mucho peso son las federaciones nativas, que no se rigen según usos y costumbres tradicionales.

La norma señala que el proceso de consulta empieza con la identificación de la medida legislativa o administrativa que tiene una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Al señalarse que esto debe hacerse "bajo responsabilidad", se entiende que es una obligación de las diversas entidades²⁶⁰.

Sin embargo, también las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar a una determinada

259 Artículo 6.

260 Artículo 9.

entidad estatal la aplicación del proceso de consulta si consideran que una medida les afecta directamente. Si la entidad estatal pertenece al Poder Ejecutivo y desestima el pedido de las instituciones u organizaciones, puede impugnarse esta decisión ante el Viceministerio de Interculturalidad y luego ante los órganos jurisdiccionales competentes. No se explica lo que sucede en otros casos²⁶¹.

En cuanto a la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados debe ser efectuada por la entidad estatal involucrada, tomando en cuenta la medida, la afectación directa y el ámbito territorial²⁶². Nosotros creemos que esta identificación debería ser de mutuo acuerdo con las organizaciones indígenas.

Las entidades estatales deben informar sobre las medidas que piensan tomar, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, de acuerdo a la geografía y el ambiente en que habitan²⁶³. Por ello, en todo el proceso de consulta, debe tomarse en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, contándose con apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el Viceministerio de Interculturalidad²⁶⁴.

Igualmente, se deberá brindar información a los pueblos indígenas, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa²⁶⁵.

Los pueblos indígenas tendrán un plazo razonable para evaluar y analizar los alcances e incidencias de la medida y la afectación de sus derechos colectivos²⁶⁶.

Pasado este período de evaluación, se produce el diálogo intercultural entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas, tanto sobre los fundamentos y consecuencias para los derechos colectivos de la medida, como sobre las sugerencias y recomendaciones de los indígenas²⁶⁷.

261 Id.

262 Artículo 10.

263 Artículo 11.

264 Artículo 16.

265 Artículo 12.

266 Artículo 13.

267 Artículo 14.

Luego de este proceso, la entidad estatal competente toma una decisión. Resulta interesante porque muchos indígenas han pensado que la ley les permite a ellos tomar la decisión, pero esta siempre queda en manos del Estado. Se precisa que la decisión debe estar debidamente motivada e implica la evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones de los pueblos indígenas, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de la medida tendría para sus derechos colectivos. De esta manera, no podría ser una decisión arbitraria.

Si se llega a un acuerdo este será de carácter obligatorio para ambas partes y es exigible en sede administrativa y judicial. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Este punto es muy importante, porque impediría que se lleven a cabo procesos que perjudiquen seriamente a la población. Sin embargo, no aparece la necesidad del consentimiento en casos extremos, pero sabemos que así lo dispone la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo reafirma la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.

La segunda disposición final mantiene el criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido que no se deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

4.5. EL CASO DE LA REGIÓN SAN MARTÍN

Una excepción ha sido el caso de San Martín, donde, en el año 2009, luego de los sucesos de Bagua, el Gobierno Regional conformó una mesa de diálogo para la implementación de acciones necesarias de actos relacionados con las comunidades nativas. Afortunadamente, la reelección del Presidente Regional ha permitido la continuidad de las políticas relativas a la población indígena. Desde la mesa se ha elaborado un proyecto de ordenanza regional sobre consulta, con la participación de los representantes de los pueblos indígenas awajún, quichua y shawi y de las propias comunidades.

La Oficina de Pueblos Indígenas del Gobierno Regional, ORDEPISAN, estaría a cargo de llevar a cabo los procesos de consulta así como la fiscalización y seguimiento de los acuerdos. Estos logros se han alcanzado por el mayor grado de sensibilidad hacia la temática indígena, por la cada vez mayor presencia de personas de las tres etnias en el Consejo Regional.

Se espera que la ordenanza regional sobre consulta sea aprobada antes de que termine el año 2011.

4.6. PRINCIPALES DEMANDAS DE LOS PARTICIPANTES EN LOS TALLERES

El derecho a la consulta previa política también fue abordado en los cuatro talleres organizados por la Comisión Andina de Juristas.

Los participantes de **San Martín** han manifestado que esperan promover la aprobación de un proyecto de ordenanza sobre el derecho a la consulta en la Región San Martín. Igualmente, consideran que es necesario que este derecho pueda ejercerse de manera previa al otorgamiento de concesiones mineras, petroleras y madereras.

Igualmente, con los ronderos de **Cajamarca** se discutió sobre los conflictos sociales en materia socio ambiental y sobre la posibilidad de desarrollar mecanismos como el del derecho a la consulta que se derivan del convenio N° 169 de la OIT. La población participante ha señalado que sería óptimo contar con este instrumento. Es más, los participantes en los talleres señalaron que eran indígenas. Evidentemente, considerarse así les permitiría tener un instrumento para proteger su cultura, sus recursos naturales y sus formas de vida.

En **Madre de Dios**, en relación al derecho a la consulta, los participantes han incidido en la importancia del desarrollo del tema debido a los posibles conflictos con la autoridad estatal que pueden ocasionarse por la actividad extractiva de oro o con los mineros artesanales.

Los participantes indicaban que sería necesario aprobar una norma que regule el derecho a la consulta; sin embargo, sus conocimientos sobre el contenido de la misma son escasos.

En **Puno**, las conclusiones fueron:

- Una propuesta legislativa debe ser consultada antes de aprobarse, con la participación de los pueblos indígenas.
- Ley marco de la consulta previa.
- Información precisa, transparente y clara.
- Las concesiones tituladas deben ir a la consulta previa.
- Se necesita una política nacional sobre pueblos indígenas que establezca los lineamientos sobre los que se entienda este derecho como eje transversal a todos los niveles de gobierno.

En relación al punto planteado por los delegados de Puno sobre las concesiones tituladas resulta una preocupación que muchos indígenas tienen, pues nunca fueron consultados sobre las mismas. Al respecto, la Ley 29785 es clara para señalar que las concesiones se mantienen vigentes, pero entendemos que deberá haber nuevas consultas para los procesos de exploración y explotación.

4.7. APRECIACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA. LA EXPERIENCIA COLOMBIANA

Como ocurre con la administración de justicia indígena, no existe en Colombia una norma que regule la consulta previa, pero el rol de la Corte Constitucional ha sido clave en promover lineamientos claros al respecto. Para ello, se ha interpretado el artículo 330 de la Constitución de Colombia de 1991, que señala (...) “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

En concordancia con ello, el artículo 122 del Código de Minas señala:

ARTÍCULO 122. ZONAS MINERAS INDÍGENAS. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.

El artículo 124 permite a la población indígena involucrarse en las actividades extractivas.

Igualmente, se plantea la reserva de zonas que no pueden ser intervenidas:

ARTÍCULO 127. AREAS INDÍGENAS RESTRINGIDAS. La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

Ese es el contexto en el cual se reflexiona sobre la problemática de la consulta. Por lo tanto, no es una medida aislada, sino que parte de un contexto normativo donde una serie de derechos de las comunidades indígenas son respetados²⁶⁸.

La Corte ha precisado que la consulta previa es un derecho fundamental, individual y colectivo de los grupos indígenas. Es un derecho fundamental porque constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y también para asegurar su subsistencia como grupo social²⁶⁹. Se ha reconocido así el derecho de los indígenas a un trato diferenciado²⁷⁰:

“para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia²⁷¹.”

Se precisa que la propia condición de los indígenas marca la necesidad de respetar el derecho a la consulta sobre aquellas actividades extractivas que puedan afectarles directamente²⁷².

268 Inclusive, se hace referencia a los derechos de las comunidades negras (artículos 130 a 133).

269 Sentencia 039-97, fundamento 3.2.

270 Sentencia C-088-01. Inclusive, la sentencia T-428-92 dispuso suspender la construcción de una carretera hasta que se logre evitar los graves daños que estaba ocasionando a la población indígena.

271 Sentencia T-496-96, párrafo 2.1.

272 Sentencia SU-039-97. También se ha pronunciado planteando que antes de realizar fumigaciones aéreas contra los cultivos de coca, es indispensable consultar con los indígenas posiblemente afectados (sentencia SU 383-02-1).

La Corte insiste en que la consulta previa debe realizarse manteniéndose el respeto y la buena fe de las partes, promoviendo que las comunidades tengan conocimiento pleno sobre los proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios. El gobierno debe realizar un estudio detallado sobre los impactos reales del proyecto en los derechos de los pueblos indígenas y comunidades negras, así como sobre el medio ambiente²⁷³.

Sin embargo, la Corte da pasos adicionales, señalando que, además de lo establecido en el artículo 330 sobre los recursos naturales, también debe reconocerse la obligación de consultar otras medidas que directamente afecten a los indígenas²⁷⁴.

En la sentencia T- 652 de 1998 señala la Corte varios requisitos para el proceso de consulta:

- a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo (...)

Como ocurre en la Ley 29785, la población indígena no tiene la decisión final, sino el Estado, pero también la sentencia T-652 de 1998 establece algunos requisitos:

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a

273 Sentencia 039-97, fundamento 3.3.

274 Sentencia C-169-2001.

la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. En todo caso, deben promoverse los mecanismos necesarios para reducir o corregir los efectos que el proyecto pueda generar en la comunidad o sus miembros.

Así mismo, antes efectuar la consulta, era necesario que se adelantara un proceso previo con las autoridades de las comunidades indígenas para definir claramente las bases del procedimiento a seguir.

La Sentencia 383-03 se encarga de una serie de nociones muy importantes para el análisis de esta línea. La Corte señala que el interés nacional no puede ir en contra de valores fundamentales de grupos minoritarios, entre los que, por supuesto, se encuentran las comunidades indígenas.

No se puede, por lo tanto, argumentar “que la consulta sólo procede para propiciar la participación de los representantes de las comunidades en la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas” “sino para todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos”²⁷⁵.

4.8. LA CONSULTA PREVIA A NIVEL DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió hace pocos años la sentencia *Saramaka vs. Surinam*²⁷⁶, que tiene mucho valor tomando en cuenta, en primer lugar, que Surinam, al momento de la decisión de la Corte Interamericana, no había suscrito el Convenio 169 de la OIT, pero según señala la Corte existe de por sí una obligación a nivel internacional que está presente por diversas normas internacionales²⁷⁷.

275 Sentencia 383-03, párrafo 6.1.

276 Resulta interesante que los integrantes del pueblo Saramaka técnicamente no son indígenas respecto al lugar donde se encuentran, pues fueron llevados hacia allá por los colonizadores. La Corte los considera pueblos tribales por sus características culturales particulares. Por eso plantea que tienen los derechos que establece el Convenio 169 para las poblaciones indígenas.

277 Sentencia *Saramaka vs. Surinam*, considerando 93.

La Corte señala que el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que el derecho de autodeterminación contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también corresponde a los pueblos indígenas. Por lo tanto, un elemento fundamental de este derecho es que la población pueda participar en su desarrollo y, por ende, que pueda ser consultada sobre las medidas que les afectan²⁷⁸.

Es por ello que se establece que:

(...) al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (...).

A manera similar a lo que señala la Ley 29785, se señalan una serie de requisitos que debe tener dicho proceso de consulta:

Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.

La Corte plantea también la necesidad de que la consulta sea previa y oportuna, para que el pueblo interesado pueda responder adecuadamente:

Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso²⁷⁹.

Como se puede apreciar, esta sentencia era muy valiosa para las organizaciones indígenas peruanas antes que se aprobara la Ley de Consulta

278 Sentencia Saramaka vs. Surinam, considerando 93.

279 El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, considerando 133.

Previa. Sin embargo, aún en la actualidad, el aspecto más relevante de la Sentencia es que la Corte ha señalado que el consentimiento de los indígenas es necesario para planes de desarrollo e inversión en gran escala que puedan causar un severo impacto en la vida de los pueblos indígenas²⁸⁰.

Dado que esta sentencia tiene carácter vinculante para los Estados latinoamericanos, creemos que, aunque esta obligación de prestar consentimiento no aparece en la Ley 29785, sí existe una obligación al respecto por parte del Estado peruano.

En setiembre del año 2007 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Se trata de un documento que no tiene carácter vinculante, pero que expresa la posición de muchos Estados en relación de la problemática indígena, entre ellos el Perú, que fue uno de sus principales impulsores. Para la Declaración, no solamente es importante consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas que les afecten, sino también obtener su consentimiento previo cuando se afecten sus tierras y sus recursos hídricos²⁸¹.

Debe señalarse, además, que en Bolivia se dispuso que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tenga rango de ley y es de cumplimiento obligatorio por las autoridades bolivianas. Sin embargo, en el caso de Bolivia, ya desde hace años se está disponiendo estas consultas en la Ley de Hidrocarburos, con carácter vinculante, anteriormente a la licitación de los lotes petroleros²⁸².

280 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 137.

281 Artículo 32 (...) 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

La Declaración también establece la necesidad del consentimiento cuando se pretende el desplazamiento de la población (artículo 10) y cuando en el territorio indígena se pretende almacenar material tóxico (artículo 29.2).

282 Artículos 115 y 116.

4.9. PROPUESTAS Y DESAFÍOS PARA IMPLEMENTAR EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Creemos que el derecho a la consulta contemplado en la Ley 29785 no debería ser considerado solamente en cuanto a los pueblos indígenas en su conjunto, sino que sería mucho más operativo si asumiera como sujeto de referencia a las comunidades indígenas, sean campesinas o nativas, porque existen problemas que tienen consecuencias más concretas sobre una comunidad o un grupo de ellas.

De otro lado, plantear la participación de los representantes de los “pueblos indígenas” podría ser complicado en los Andes peruanos, porque no existe una identidad clara respecto a cuáles son los pueblos en cuestión. En la región amazónica, los pueblos indígenas ocupan áreas muy extensas y no siempre todos sus integrantes sufren la misma problemática. Por ello, en ambos casos, sería preferible que el derecho de consulta fuera ejercido en función a las comunidades, lo cual tiene además la ventaja que éstas tienen personería jurídica y además una estructura reconocida por el Estado, mientras que no sucede lo mismo con los pueblos indígenas.

Al mismo tiempo, debe también señalarse que en algunos lugares existen federaciones indígenas o agrupaciones de comunidades, las mismas que también podrían participar en el proceso de consulta. Esto podría darse especialmente cuando se trata de un pueblo específico que está sufriendo el daño, como los asháninkas frente al proyecto Pakitzapango o los awajún frente a las concesiones en la Cordillera del Cóndor. Naturalmente, como ya hemos señalado, un problema que puede darse en la actualidad es la existencia de federaciones paralelas, promovidas por las empresas extractivas, que cooptan dirigentes y logran así presentar posiciones favorables a las empresas.

Frente a estos antecedentes, entendemos que las consultas se realizarán antes de las actividades de exploración y antes de la misma concesión, para evitar que la presencia de alguna empresa directamente interesada pueda generar alguna distorsión o manipulación de la decisión de los indígenas. La Ley 29785 claramente indica que promover la consulta se trata de una responsabilidad del Estado. El momento más adecuado es cuando se va a decidir el uso del territorio, lo cual debe plantearse de manera participativa.

Nosotros consideramos, en miras a salvaguardar los derechos de la población indígena, que lo más conveniente es que en lo posible el Estado respete el resultado de la consulta, es decir, que éste sea vinculante, como

en la actualidad lo es en el caso de Bolivia. Creemos que, aunque no lo contemple nuestra legislación, este respeto a la decisión de la población equivale a la reciente concepción empresarial sobre la necesidad de una “licencia social” antes de comenzar las actividades económicas.

En caso el Estado considere que las actividades extractivas son imprescindibles para el desarrollo del país, sería conveniente entablar una cuidadosa negociación con la población para estudiar posibles alternativas, manteniéndose, en la medida de lo posible, el respeto a los planteamientos de los pueblos indígenas.

En líneas generales, la consulta a los pueblos indígenas sobre cómo desean llevar a cabo su propio desarrollo debería ser una meta para el Estado peruano, así como en los planes de desarrollo a nivel regional, según indica el artículo 2 de la Ley 29785. Hasta el momento en el Perú han sido otros los que decidían en temas que afectaba a los pueblos indígenas: las empresas mineras, los operadores turísticos, los funcionarios de los ministerios, en muchos casos con consecuencias muy graves. Es momento de cambiar esta orientación, para así lograr un trato respetuoso hacia los pueblos indígenas.

REFLEXIONES FINALES

Reconocemos que el gobierno actual viene asumiendo como prioridad la inclusión social de los sectores más desfavorecidos, aunque surge la pregunta respecto a que si se tratará de una inclusión respetuosa de las diferencias o más bien de una inclusión que busca una asimilación. En realidad, consideramos que la inclusión debe tomar en cuenta la diversidad cultural y el enfoque intercultural. Sin embargo, tampoco se trata de oponerse a que la población indígena cambie patrones culturales o de pretender que sea una especie de museo, sino de buscar dialogar con ellos para buscar las decisiones que más les favorezcan.

La inclusión de los pueblos indígenas en la vida política del país debe ser una meta en una nueva concepción de democracia que pueda avanzar hacia la construcción de la equidad, manteniendo la diversidad en cuanto sea también deseada por la población.

Por el momento, la ausencia de identidad indígena en el Perú beneficia a diversos grupos económicos, debido a que los indígenas que viven en las zonas rurales andinas no aceptan esta condición, no invocan el Convenio 169 de la OIT ni exigen que se les reconozca el derecho a decidir sobre su propio desarrollo y ser consultados sobre las actividades extractivas que puedan afectarles.

Sin embargo, la dificultad para que muchos indígenas de la zona andina se consideren a sí mismos como tales, no implica la inexistencia de sujetos políticos que podrían detentar derechos colectivos. Por el momento, las demandas de la población indígena se realizan básicamente en función de las comunidades en cuanto a problemas concretos (rechazo a la contaminación, mejores precios para los productos, servicios públicos). Se hace evidente que no se trata de reivindicaciones identitarias, sino de reivindicaciones vinculadas a nociones de progreso de una localidad. Por ello es que muchas personas de origen no indígena pueden ser aceptadas en una comunidad y se convierten en líderes comprometidos con dichas demandas.

Creemos que en la actualidad es más factible plantear las demandas colectivas en cuanto a comunidades, especificando que ellas son los sujetos de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sin embargo, es importante que las autoridades sepan estar abiertos a la posibilidad de que surjan demandas en cuanto pueblos, especialmente en la región amazónica. En este lugar, ya se han producido demandas colectivas especialmente entre los pueblos awajún, wampís y asháninka, basadas especialmente en la protección de sus recursos naturales.

Se trata entonces de que el Estado asuma como una decisión política el reconocer que las comunidades nativas y campesinas son los pueblos indígenas a los que hacen referencia el Convenio 169 de la OIT, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Ley de Consulta Previa.

Reconocer a las comunidades nativas y campesinas como pueblos indígenas se trata de una decisión política que evitaría evaluar en cada caso concreto nociones como identidad, cosmovisión o ascendencia, que muchas veces son muy subjetivas. Sabemos que, especialmente en la costa peruana, es posible que existan algunas comunidades ficticias, creadas por pequeños grupos de poder económico para aprovechar determinados beneficios legales, pero esta situación excepcional debería ser enfrentada. En todo caso, podría plantearse que todas las comunidades campesinas ubicadas en la Sierra son indígenas.

A nivel de la administración de justicia, nosotros creemos que la presencia por casi dos siglos de la Justicia de Paz y en los últimos 40 años de las rondas campesinas, son dos elementos singulares en la región andina, que deben tomarse en cuenta en toda política de reconocimiento de la facultad jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas.

Insistimos en que, al menos en la actualidad, esta facultad debe reconocerse a éstas, tal como aparece en la Constitución y no a los pueblos indígenas. Creemos también que se debe estudiar cuáles son límites en cuanto a la competencia de esta facultad, como se ha hecho en Bolivia, Venezuela, Oaxaca y los Estados Unidos. En nuestra opinión sería incorrecto un planteamiento en el sentido de que los indígenas deberían atender todos los problemas que se susciten y que cualquier restricción tiene carácter colonial.

Lo importante es trazar mecanismos de coordinación entre las diversas formas de administración de justicia, teniendo como meta, especialmente, el respeto de los derechos fundamentales de los más vulnerables, como son las mujeres y los niños indígenas.

En cuanto al derecho a la participación, la meta es promover una política pública para los pueblos indígenas, que se lleve a cabo en diálogo con ellos mismos. En cada región existen problemas a resolver: entre los indígenas amazónicos, uno de los retos es la atomización de las comunidades, frente a lo cual, ellas han buscado promover reservas comunales para enfrentar la fragmentación, así como la constitución de federaciones.

En la región andina, el grave problema es la identidad de los indígenas, lo cual puede generar que las disposiciones que se han promulgado y las normas internacionales puedan quedar simplemente en papel.

En términos reales, nos preocupa si tendremos a un grupo minoritario de dirigentes que hable por la población andina o si la población campesina podrá participar en el diseño de las políticas públicas, independientemente de la forma como se autodenominan.

Por otro lado, lo que ha venido sucediendo es que los indígenas amazónicos asumen la representación de los andinos, pero esto no es lo más adecuado, porque también existen problemas específicos. El Estado debería entonces extender la participación a la población andina, sin exigir el rótulo de "indígenas" para poder promover sus derechos.

Al mismo tiempo se vuelve muy importante establecer vínculos entre indígenas andinos y amazónicos, con la finalidad de intervenir de manera conjunta para enfrentar los problemas comunes, así como a nivel de las propias regiones. Los espacios de intercambio y diálogo son muy importantes y deben ser considerados prioritarios por las organizaciones.

Es muy importante, también, que los partidos políticos asuman la responsabilidad de escuchar las demandas de los pueblos indígenas y, de acuerdo a su propia ideología, puedan representarlas adecuadamente. Por el momento, la disociación entre la mayoría de partidos políticos y los indígenas parece más fuerte que la disociación entre el Estado y los indígenas o entre éstos y las empresas privadas.

En cuanto a la consulta previa, ésta debe plantearse para todo lo que puede perjudicar a los pueblos indígenas, especialmente en lo relativo a los recursos naturales y su identidad cultural. Al mismo tiempo, en todo lo referente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, debe asegurarse su permanente participación, desde la educación intercultural bilingüe, hasta las prioridades sobre su desarrollo.

Desde nuestra perspectiva, las demandas de los pueblos indígenas o de las comunidades nativas y campesinas se debilitan cuando son tratadas de manera aislada. Es fundamental que sean vistas en una perspectiva integral;

la demanda por la tierra implica también el control sobre el territorio, con determinados niveles de autonomía y esto también se refleja en la administración de justicia. La demanda por el acceso a la justicia implica también la búsqueda de administrar los recursos naturales y sancionar a quienes atentan contra ellos, pertenezca o no al pueblo indígena afectado.

A diferencia de lo que puede ocurrir en otras sociedades, en el Perú, la inserción de los pueblos indígenas en el Estado peruano debería resultar en la meta, incluyendo los espacios gubernamentales de los cuales los indígenas han quedado históricamente marginados. Por todo ello, temas como la participación política y el derecho a la consulta deberían adquirir un carácter transversal.

Solamente en el caso de los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial que existen en la Amazonía, debería mantenerse la política de establecer zonas reservadas, disponiéndose, además, que no se puedan realizar actividades extractivas, como aún permite la legislación.

En el caso de los pueblos indígenas andinos, no sabemos todavía si esta inserción se producirá en cuanto a una identidad étnica, como ocurre en otros países, o si ocurrirá como una necesaria inserción de la población rural y de los sectores tradicionalmente discriminados.

Al mismo tiempo, una gran campaña contra la discriminación resulta fundamental. Es necesario enfrentar el racismo que afecta a todos los indígenas, reconozcan o no su identidad, así como enfrentar la discriminación hacia su cultura y sus costumbres. Esta campaña debería también promoverse entre los mismos indígenas, pues es muy frecuente que, aun entre los grupos que mantienen su identidad como los amazónicos, subsista una presión social para la asimilación. En ocasiones, los indígenas más occidentalizados pueden terminar reproduciendo la discriminación que sufren hacia quienes se mantienen más cercanos a su cultura.

La experiencia de Bolivia y Ecuador nos demuestra que una identidad indígena puede ser recuperada por una población que por décadas la había rechazado. Para ello es importante romper con el estigma que asocia lo indígena a lo atrasado y enfrentar la perspectiva asimilacionista. De igual manera, es fundamental revertir la tendencia de otorgar prestigio a todo lo ligado a la cultura occidental. Los propios indígenas deben evitar caer en la folklorización de sus prácticas culturales.

La llegada al Congreso por primera vez de un parlamentario indígena amazónico, la promulgación en Bagua de la Ley de Consulta Previa, la preocupación del Viceministerio de Interculturalidad por los derechos de

los pueblos indígenas, puede llevar a que, en los próximos años, se concrete por primera vez una política pública que tome en cuenta las demandas de la población indígena, requiriendo para ello su participación. Este proceso podría inclusive llevar a que muchos indígenas andinos puedan asumir su identidad como tales.

Somos conscientes de que se ha iniciado el proceso de reconocimiento e implementación de los derechos de los pueblos indígenas en cuanto al derecho a la jurisdicción propia, la participación política y la consulta previa. Los avances son notables respecto a la realidad de hace cinco o diez años. Sin embargo, todavía falta mucho por hacer

Sigue siendo importante saber cuál será la relación del Derecho estatal con los derechos de los pueblos indígenas y cuál será el rol de ellos en el Estado peruano. No es posible pretender trasladar a nuestro país automáticamente las políticas y las normas de Colombia o Bolivia, pero sí es posible tomar en cuenta otras realidades para promover decisiones que sirvan a la heterogénea realidad peruana.

Sin embargo, se abren caminos de esperanza para el respeto de aquellos peruanos tanto tiempo ignorados y despreciados por quienes estaban en el poder.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ARANDA, Mirva

— *Las Rondas Campesinas en las Provincias Altas del Cusco*. Lima: Justicia Viva.

ARDITO, Wilfredo

1996 *Los Indígenas en las Leyes de América Latina*. Londres: Survival Internacional.

2008 *Manual contra la Discriminación en la Administración Pública*. Lima: Asociación Pro Derechos Humanos (3ª edición).

2009c *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas: El Caso Peruano*. Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas. Cusco.

2011 *La Promoción del Acceso a la Justicia en las Zonas Rurales*. Poder Judicial. PROJUR, Lima.

ARDITO, Wilfredo y David LOVATÓN

Justicia de Paz. Nuevas Tendencias y Tareas Pendientes. Lima: Instituto de Defensa Legal.

ATARAMA, Aldo

1992 *Nativos a Ribereños. Un recorrido a lo largo de su historia comunal*. Lima: Servicio Holandés de Cooperación Técnica.

AYLWIN, José (editor)

2004 *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. Temuco: IWGIA, WALIR e Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera.

AYUDA EN ACCIÓN

— *Bambamarca: Rondas Campesinas y Desarrollo Rural. Diagnóstico Socioeconómico*. Lima: OCISA

BERRY, John, Marshall SEGALL y Cigdem KAGITCIBASI

1996 *Handbook of Cross-Cultural Psychology*. Needham Heights, Massachusetts, Allyn & Bacon, 2ª ed.

BOELENS, Rutgerd, Armando GUEVARA, Jan HENDRIKS y Jaime HOOGESTEGER
2007 *Pluralismo Legal, Reforma Hídrica y Políticas de Reconocimiento*. Water Law and Indigenous Rights y Universidad de Wageningen. Wageningen.

BRANDT, Hans-Jürgen.

— *Justicia Popular: Nativos y Campesinos* Lima: Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de la República y Fundación Friedrich Naumann, Perú

— *En nombre de la Paz Comunal. Un análisis de la justicia de Paz en el Perú*. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de la República y Fundación Friedrich Naumann,

BRANDT, Hans-Jürgen y Rocío FRANCO (compiladores)

2006 *Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El Tratamiento de Conflictos. Un Estudio de Actas en 133 Comunidades*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

2007 *Normas, Valores y Procedimientos en la Justicia Comunitaria. Estudio Cualitativo en Comunidades Campesinas de Ecuador y Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

CABEDO MALLOL, Vicente y otros

2002 *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina : análisis constitucional, justicia y derecho oaxaqueño (México), justicia y derecho aymara (Perú)* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CEPES

2007 *¿Qué sabemos de las comunidades campesinas?* Lima: CEPES.

DEGREGORI, Carlos Iván

1998 *Comunidades: Tierra, Instituciones, Identidad*. Lima: Diakonía-CEPES, Arariwa.

DEPARTMENT FOR INTERNACIONAL DEVELOPMENT, DFID,

2004 *State Justice and Security Systems*. Washington, DFID.

DONAYRE PINEDO, Miguel

2009 *Nueva carta de navegación? La Declaración Americana de Pueblos Indígenas. El persuasivo soft law indígena*. Lima: Editorial Horizonte.

ESCRIBENS, Paula, Diana PORTAL, Silvia RUIZ y Tesania VELASQUEZ

2008 *Reconociendo Otros Saberes. Salud mental comunitaria, justicia y reparación*. Lima: Demus.

ESPINOSA, Oscar

Rondas Campesinas y Nativas en la Amazonía Peruana. Lima: Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica.

FRANCO, Rocío y María Alejandra GONZALEZ

2009 *Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: Víctimas, Sujetos y Actores*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

2007 *Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria. ¿Un matrimonio imposible? Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*. La Paz: Central Gráfica.

GUEVARA GIL, Armando

2009 *Diversidad y Complejidad Legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

HUBER, Ludwig y Juan Carlos GUERRERO,

— *Las Rondas Campesinas de Chota y San Marcos*. Cajamarca: Projur.

HURTADO, Hugo

1974 *Formación de las Comunidades Campesinas en el Perú*. Lima: Ediciones Tercer Mundo.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL

1999 *La Justicia de Paz en Debate*. Lima: Instituto de Defensa Legal y Unión Europea.

2005a *La Justicia de Paz en los Andes. Estudio Regional Lima*: Instituto de Defensa Legal.

2005b *Acceso a la Justicia en el Mundo Rural*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

2005c *Hablan las Defensorías. Una justicia distinta para las mujeres*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

KYMLICKA, Will

1996 *Ciudadanía Intercultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.

LAOS, Alejandro y Guillermo VALERA (editores)

1998 *Comunidades Campesinas y desarrollo sostenible*. Lima: Grupo Allpa.

LOEB ADLER Leonore y Uwe GIELEN, (editoras)

1994 *Cross-cultural Topics in Psychology*. Westport, Connecticut, Praeger Publishers.

LOVATON, David, Jaime MARQUEZ, Wilfredo ARDITO e Yván MONTROYA

— *Justicia de Paz: El Otro Poder Judicial*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

MUÑOZ, Paula y Ángela ACEVEDO,

1999 *La Justicia Local en Chota y San Marcos*, Cajamarca. Cajamarca: Projur.

ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (ed)

2000 *Análisis Interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*, IX Jornadas Lascasianas. Ciudad de México: UNAM.

OSORIO, Serafín y RUIZ, Wuille

2009 *El Legado de las Rondas Campesinas de Pueblo Libre. Una aproximación sociológica y jurídica*. Lima: Projur, SER y Paz y Esperanza.

PEÑA JUMPA, Antonio.

— *Justicia Comunal en los Andes del Perú, el caso de Calahuyo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

PÉREZ MUNDACA, José

2006 *Montoneras, Bandoleros y Rondas Campesinas (Violencia Política, Abigeato y Autodefensa)*. Cajamarca: Asociación Obispo Martínez Compañón.

REVILLA, Ana Teresa y Jorge PRICE

— *La administración de la justicia informal. Posibilidades de integración*. Lima: Cultural Cuzco.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos y ROEL ALVA, Luis

2011 *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther

1998 *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

STARN, Orin

— *“Con los llanques todo barro” Reflexiones sobre Rondas Campesinas, Protesta Rural y Nuevos Movimientos Sociales*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

— *Hablan los Ronderos. La búsqueda por la paz en los Andes*. (Editor). Documento de Trabajo Número 45. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

STAVENHAGEN, Rodolfo y Diego ITURRALDE (editores)

1990 *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. Ciudad de México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

TAMAYO, Ana María

— *Derecho en los Andes. Un Estudio de Antropología Jurídica*. Lima: CEPAR.

WOJKOWSKA, Eva

2006 *Doing Justice: How Informal Justice Systems can Contribute*. Oslo: United Nations Development Programme, Oslo Governance Centre.

YÁÑEZ, Carlos

— *Nosotros y los otros. Avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Defensoría del Pueblo.

ARTÍCULOS

ALIAGA DÍAZ, César Augusto

2009 “Rondas Campesinas de Cajamarca en la encrucijada de su reconocimiento judicial”. En *Rondas Campesinas, Justicia Alternativa. Cuaderno de Investigación Número 2*. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, 2009, pp. 70-81.

ARANDA, Mirva

2002 “El sistema de administración de justicia de las Rondas Campesinas Comunes”. *Allpanchis*, Cusco, año XXXIV, Número 59, pp. 107-138.

ARDITO, Wilfredo

1994 “¿Son los Derechos Humanos un concepto universal?” *Desafiando Entuertos* Número 3-4. Lima.

1997 “The right to Self-Regulation: Legal Pluralism and Human Rights in Peru” *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Glasgow, Número 39, pp. 1-42.

2002b “Justicia de Paz en el Perú”. *Allpanchis*, Cusco, año XXXIV, número 59, pp. 13-38.

2004b “Moyobamba: En libertad los nueve ronderos”. *Idéele* Lima, número 164, p. 96.

ARIZA, Rosembert

2007 “Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia”. En Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 9-70.

BALLÓN, Francisco

1990 “Sistema jurídico aguaruna y positivismo”. En Stavenhagen e Iturralde 1990, pp. 47-64.

BURNEO DE LA ROCHA, Zulema

2007 “Propiedad y tenencia de la tierra en comunidades campesinas. Revisión de la literatura reciente en el Perú”. En CEPES, 2007, pp. 153-257.

CABEDO MALLOL, Vicente

2002 “Regulación Constitucional del Derecho Indígena en Iberoamérica”. En *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 23-170.

CARSTENS, Pieter

2009 “The Cultural Defence in Criminal Law: South African Perspectives”. En Renteln y Foblets, 2009, pp. 175-195.

CORRIN CARE, Jennifer

1999 “Customary Law and Human Rights in Solomon Islands”. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Birmingham, Número 43, 1999, pp. 135-144.

CASTILLO CASTAÑEDA, Pedro

2007 “Las comunidades campesinas en el siglo XXI: balance jurídico”. En CEPES, 2007, pp. 15-106.

CLAVERO, Bartolomé

1997 “Multiculturalismo y monoconstitucionalismo de lengua castellana en América”. En Gómez, 1997, pp. 65-112.

DE TRAZEGNIES, Fernando

“Pluralismo jurídico, posibilidades, necesidades y límites”. En: *Comunidades Campesinas y Nativas en el nuevo contexto nacional*. GALLO, Máximo (editor). Lima: CAAAP y SER, pp. *

DEL ALCÁZAR, Martín

2002 “Multiculturalismo, género y derechos humanos. El caso de la comunidad nativa de Shintuya”. *Allpanchis*, Cusco año XXXIV, Número 59, pp. 65-94.

DEL VALLE CÁRDENAS, Pablo

2007 “Identidad y comunidades campesinas: un ensayo de balance. En CEPES, 2007, pp. 291-361.

DIEZ HURTADO, Alejandro

2007 “Organización y poder en comunidades, rondas campesinas y municipios”. En CEPES, pp. 107-151.

GENTES, Ingo

2004 “WALIR: un aporte al empoderamiento del derecho local a los recursos hídricos”. En Aylwin, 2004, pp. 146-169.

GITLITZ, John

— “Decadencia y Supervivencia de las Rondas Campesinas en el Norte del Perú”. *Debate Agrario* 28, pp. 25-53.

2003 “Justicia rondera y derechos humanos, Cajamarca”. *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, Número 28, pp. 201-220.

GRIFFITHS, John

1986 “What is Legal Pluralism?” *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Birmingham, Número 24, pp. 1-55.

2002 “Legal Pluralism”. En *An Introduction to Law and Social Theory*. 2002, pp. 289-310.

**

HOEKEMA, André J.

2005 “European Legal Encounters: Cases of Interlegality”. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Birmingham, Número 51, 2005, pp. 1-28.

HURTADO POZO, José

2009 “Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano”. En HURTADO POZO, José (editor) *Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2009, pp. 361-396.

KAGITCIBASI, Cigdem

1996 “Individualism and Collectivism”. En Berry, Segall y Kagitcibasi, 1996 pp. 1-49.

LA ROSA, Javier

2009 “El acceso a la justicia como condición para una reforma judicial en serio”. En *Derecho*, Número 62. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 115-128.

LAOS, Alejandro

- 2005 “Diagnóstico de la situación de las comunidades campesinas en el país”. En ARPASI, Paulina (editora). *Desarrollo Comunal en la Era Global. Renovación Democrática de la Legislación sobre Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, pp. 107-120.

LINGAN CABRERA, Luis Martín

- 2009 “La Justicia Comunal y el artículo 18º del Código Procesal Penal del 2004”. En Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, 2009, pp. 83-91.

LOVATÓN, David

- 2006 “Justicia Comunitaria en Perú y Ecuador: Por el Sendero de la Paz Social”. En Brandt y Franco, 2006, pp. 225-231.

MERRY, Sally Engel

- 1993 “Sorting Our Popular Justice “en MERRY, Sally Engel y Neal MIRNER *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the United States*. Michigan, The University of Michigan Press, 1993, pp. **

- 2002 “Changing Rights, changing culture”. En Cowan, Dembour y Wilson, 2002, pp. 31-55.

MONGE, Carlos

- 1998 “La comunidad: Tierra, institucionalidad e identidad en el Perú rural”. En CEPES, *Comunidades: Tierra, Instituciones, Identidad*. Lima: Diakonía-CEPES, Arariwa, pp. 81-115.

NASH RÍOS, Carlos

- 2004 “Los derechos de los indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En Aylwin, 2004, pp. 29-43.

OCHOA, Nancy

- 1993 “Apuntes sobre la noción de justicia entre los chayahuitas”. En GALLO, Máximo (editor) *Comunidades Campesinas y Nativas en el nuevo contexto nacional*. Máximo Gallo Lima: CAAAP y SER, pp. 191-217.

PEÑA JUMPA, Antonio

- 2002 “Poder Judicial Aymara: Alternativa de Paradigma en la Reforma Judicial del Sur Andino. En Cabedo y otros, 2002, pp. 285-409.

RAMIREZ, Silvina

- 1999 “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario. En *Pena y Estado, Revista Latinoamericana de Política Criminal*. Año 4, número 4, pp. 65-78. 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis

- 2004 “El caso Awas Tingni y el régimen de derechos territoriales indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua”. En Aylwin, 2004, pp. 218-233.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos

- 2007 “Justicia Comunal y Justicia Estatal en el Perú: De la Confrontación a la Coordinación”. En *Derecho Virtual*. Año 1 Número 3. Noviembre 2006-Enero 2007.
- 2009 “El fundamento constitucional de la justicia comunal”. En *Derecho*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 62 pp. 143-166.

SOLÍS, Gustavo

- Lenguas y Pueblos en el Perú Actual. En: Los Andes y las Poblaciones Altoandinas en la Agenda de la Regionalización y la Descentralización. Hilda Araujo (ed.). Lima: Concytec, pp. 233-260.**

STAVENHAGEN, Rodolfo

- 1990 “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”. En Stavenhagen e Iturralde, 1990 pp. 27-46.
- 1997 “El marco internacional del derecho indígena”. En Gómez, 1997, pp. 43-64.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M.

- 2009 “Culpabilidad-responsabilidad. En HURTADO POZO, José Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal”. (editor) Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2009, pp. 339-360.

URTEAGA, Patricia

- “Recuperando la justicia. El caso de una comunidad aguaruna. *Desfajando Entuertos*, Número 2, Lima.

YRIGOYEN, Raquel

- 1994 “Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana: alcances, límites, consecuencias y retos”. *Desfajando Entuertos*, Número 3-4, Lima: pp. 19-26.
- 1999 “Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)”. *Pena y Estado, Revista Latinoamericana de Política Criminal*. Año 4, número 4, pp. 129-140.
- 2001 “Retos para construir una juridicidad pluricultural (Balance de los proyectos de Ley sobre el art. 149 de la Constitución)” *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, Número 28, pp. 153-174,
- 2002 “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y pluralismo legal”. *Allpanchis* año XXXIV, Número 59, pp. 31-81,
- 2006 “Hacia una Jurisprudencia Pluralista”. *Anuario de Derecho Penal*, pp. 340-367**

RECURSOS ELECTRÓNICOS

COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL
DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (CERIAJUS)

- Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. [recurso electrónico]

Se terminó de imprimir en
WR Impresores
José Gálvez No. 1670, Lince
Tel. 265-3576
Lima - Perú