

CONSTITUCION Y ETNIA EN EL PERU^(*)

Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio^(**)

SUMARIO: I. Introducción. II. En la época de la República. III. La Constitución de 1979. IV. Las comunidades campesinas y nativas en Constitución de 1979. V. ¿Qué dice la Constitución de 1993? VI. Principales reivindicaciones colectivas. VII. La denominada jurisdicción indígena. VIII. Particularidades del artículo 149. IX. A manera de conclusión.

I. Introducción

El lema *“Por mi raza hablará el espíritu”*, consignada en la amable invitación que nos cursara el Comité Organizador del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional nos permite decir algo sobre la etnia en el Perú. América y Europa, no siempre han mantenido relaciones como las establecidas en la actualidad, por el contrario, el Continente americano les era totalmente desconocido a los europeos, para luego tomar máxima importancia una vez descubierto este lugar del mundo, por la enorme cantidad de metales preciosos hallados y apreciados por los colonizadores de aquella época.

En el Perú al igual, que en las demás colonias europeas, se establecieron un dominio político, social y económico, con el establecimiento de conceptos totalmente diferentes sobre la persona, sobre el gobierno, sobre la concepción

(*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(**) Profesor de la Universidad Peruana Los Andes, Huancayo–Perú. Magistrado de carrera del Poder Judicial.

del mundo, sobre la economía, etc., que los pobladores oriundos o nativos de esos lugares no pudieron comprender en forma inmediata por no responder a la realidad en que ellos se desarrollaron. Obviamente por la forma de organización política predominante en aquella época (XVI) se estableció el coloniaje en estas partes, fundamentalmente para Centro y Sud América, que duró por espacio de tres siglos, en el que los pobladores originarios fueron totalmente marginados de las decisiones gubernamentales, habiendo sido convertidos en súbditos de última categoría.

Han habido concepciones que inclusive negaban que los nativos de estos lugares no poseían alma, fundamentándose en sus aspectos raciales y culturales, habiéndose expresado en aquella época con toda valentía Bartolomé de la Casas en defensa de los indígenas de esta parte del país. Por el contrario Juan Ginés de Sepúlveda afirmaba entre otras razones que hacían legal y necesaria la guerra contra los naturales, la gravedad de sus pecados, la rudeza de su naturaleza y la consecuente facilidad que habría para difundir la fe cristiana; mientras que Las Casas defendía lo contrario: no era justo hacer la guerra a los naturales y la evangelización debía realizarse de modo pacífico⁽¹⁾. Incluso tal situación de colonización determinó la discusión académica en la Universidad de Salamanca, habiendo destacado las ideas de Francisco de Vitoria, quien sosténía que la necesidad del poder en la comunidad política, pero que no reside en ningún hombre en particular, sino en el conjunto de los hombres; luego es partidario del derecho de resistencia que no debe ser parcial o individual, sino general y encarnada en por los órganos generales del pueblo⁽²⁾.

II. En la época de la República

La ruptura del dominio español y la fundación de la República determinó una organización política independiente; sin embargo, quienes conformaban las grandes poblaciones de campesinos no participaron en el pacto político de organizar la República. Quizás tampoco comprendieron adecuadamente el significado de la República, sin lograr diferenciarla exactamente entre gobierno republicano independiente con gobierno colonial. Esto ocurre en todos los

⁽¹⁾ José de la Puente Brunke, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Una visión desde la historia*, en Fabián Novak y Juan José Ruda (Editores) *Declaración Universal de los Derechos Humanos 50 años*, p. 23.

⁽²⁾ S. Y. M. López Zurini, *Nociones de Historia del Derecho Político*, p. 84.

países latinoamericanos con sólidas raíces indígenas o nativas, no es que el Estado sea necesariamente intolerante con éstos, sino que dichos grupos, básicamente etnoculturales, que no integran el núcleo del pacto social, viven aislados de los centros dominantes del Estado, en territorios por lo general fronterizos o no integrados al espacio económico, base del poder central⁽³⁾.

Los grupos étnicos de selva o también conocido con el nombre de nativos de la selva peruana, que conforman más de 36 agrupaciones con idiomas y concepciones diferentes entre ellos, aunque con un denominador común, grupos que habitan la selva peruana fueron totalmente ignorados en el pacto político hasta la Constitución de 1920, donde se comenzó a definirse un nuevo entendimiento y una progresiva aceptación de la diversidad cultural y étnica del país, como un elemento histórico, social, económico importante y empezaron a plasmarse en las normas condiciones específicas que pudieran garantizar el mantenimiento a largo plazo de la diversidad⁽⁴⁾; más que mantenimiento aceptación de la una realidad ignorada en las anteriores cartas.

Ese reconocimiento se expresó en el artículo 58 de la Carta de 1920 cuando textualmente expresa el indicado dispositivo:

“El Estado protegerá la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades.”

“La nación reconoce la existencia legal de la comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden.”

La raza indígena es considerada como sector no integrante del Estado peruano en aquella época, obviamente son considerados peruanos por el hecho de haber nacido dentro del territorio peruano, sin embargo no les fueron reconocidos sus derechos al sufragio por no saber leer y escribir conforme lo establecía la misma Constitución en su artículo 66 de la Constitución.

La Constitución de 1933, dedicó el Título XI a las *Comunidades de Indígenas*, reconociendo su existencia legal y personería jurídica. El Estado garantiza la integridad territorial de las comunidades, reservando a la ley la organización del catastro correspondiente. El artículo 209 de la Carta de aquel año, establece que la propiedad de las comunidades es imprescriptible y enajenable,

⁽³⁾ César Lana Arroyo, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, p. 37.

⁽⁴⁾ Roque Roldán y Ana María Camayo, *Legislación y Derechos indígenas en el Perú*, p. 63.

exceptuando sólo por causa de utilidad pública, previa indemnización. El instrumento acotado también establece su inembargabilidad. Lo interesante de la Constitución de 1933 es que sin utilizar la terminología actual de multietnicidad y pluriculturalidad, ha establecido que el Estado debe dictar leyes civiles, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiaridades indígenas exigen conforme puede apreciarse del artículo 212. La Constitución mencionada no desconoce la condición de peruanos y ciudadanos a todos los nacidos dentro del territorio y a los mayores de edad, los casados mayores de 18 años de edad, sin embargo, no se les reconoce el derecho a sufragio por no saber leer y escribir. Es decir, el analfabeto que en su mayoría pertenecen a las comunidades no participan en las decisiones políticas del país.

III. La Constitución de 1979

Desde 1933 hasta el año de 1979 se han suscitado acontecimientos de trascendencia mundial y continental, es así que después de la finalización de la segunda conflagración mundial se produce *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de fecha 2 de mayo de 1948, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana; luego la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución número 271, de fecha 10 de diciembre de 1948; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en resolución 2200 A del 16 de diciembre de 1966; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptada por la Asamblea General en resolución 2200 del 16 de diciembre de 1966; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entre otros, han influenciado para que en la Constitución de 1979, elaborada por la Asamblea Constituyente de 1978 en los últimos años de la dictadura militar, se consignen los conceptos más adecuados sobre los derechos humanos elaborados hasta tal fecha. Inclusive a favor de los grupos étnicos o pueblos indígenas.

De ahí que en el Preámbulo de la Constitución de 1979 declara que existe el propósito de *promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotadores ni explotados, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía; una sociedad abierta a las formas superiores de convivencia y apta para recibir y*

aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma el mundo. Luego el legislador constituyente, al establecer los derechos de toda persona, en el inciso 2º del artículo 2 de la Constitución 1979, prescribe la igualdad de la persona ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma.

Con respecto a la educación, la ciencia y la cultura, a través del artículo 34 se dispone preservar y estimular las manifestaciones de las culturas nativas, como también las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía. Luego también se promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborigenes; luego, garantizando a las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria en su propio idioma o lengua, conforme lo dispone el artículo 35. En el artículo 88, dispone que el Estado rechaza toda discriminación racial, siendo solidario con los pueblos oprimidos del mundo. Los dispositivos anotados, demuestran que existe el reconocimiento que la población peruana tiene una estructura social compleja, es decir multiétnica, por tanto, pluricultural. En el constituyente de 1979 estar particularidades de la sociedad peruana han sido adecuadamente comprendidos. Reconociendo también que existe una situación de discriminación entre estos sectores sociales por diversas razones el Estado reitera su rechazo a todo forma de discriminación.

IV. Las comunidades campesinas y nativas en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 (art. 161) introduce la diferencia entre Comunidades Campesinas de las Nativas. Con término de comunidad campesina se identifica a las poblaciones de los Andes peruanos los que se identifican por el lenguaje, por la propiedad colectiva sobre sus tierras y por su tradición histórica; mientras por comunidades nativas, a las poblaciones que habitan la selva peruana con similares características a las poblaciones andinas, pero ubicados en áreas geográficos totalmente distintos. Se les reconoce a cada una de ellas su existencia legal y su personería jurídica. La misma carta les reconoce también su autonomía en su organización, en el trabajo comunal que desarrollan, en el uso de la tierra, luego en lo económico y lo administrativo, dentro del marco que la ley establece. Se establece que el Estado respeta y protege las tradiciones de la Comunidades Campesina y Nativas, propiciando la superación cultural de sus integrantes.

El Estado (art. 162) promueve el desarrollo integral de las Comunidades sean Campesinas o Nativas. Al mismo tiempo, la Carta establece que debe fomentarse las empresas comunales y cooperativas. Luego la Carta establece que sus tierras son inembargables, imprescriptibles e inalienables; pero con respecto a lo último se establece la excepción establecida por ley y *fundada en interés de la Comunidad*, solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o también en *caso de expropiación* por necesidad y utilidad pública. En ambos casos con previo pago en dinero. También se establece la prohibición del acaparamiento de tierras dentro de las comunales.

V. ¿Qué dice la Constitución de 1993?

La Constitución de 1993 fue redactada por el Congreso Constituyente Democrático después del autogolpe que dio el presidente de entonces Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992, quien estableció el *Gobierno de Emergencia y de Reconstrucción Nacional*, y luego lo sometió a referéndum. Es necesario indicar que en el Perú no se habían producido cambios políticos y sociales que requerían la adopción de nuevos principios jurídicos y políticos, que ya no se hallaban en compatibilidad con la Constitución vigente. No obstante la existencia de trabajos que sustentaban la necesidad de reforma de la Constitución de 1979, a los de diez años de vigencia de la Constitución⁽⁵⁾; sin embargo, llegamos a tener una nueva Constitución. Después de introducir ciertas mecanismos con el propósito de fortalecer más el autoritarismo la Constitución de 1993 no viene a ser más que copia de la de 1979, sobre todo en cuanto respecta a los derechos fundamentales, por tanto, se aprecia lo siguiente en cuanto respecta a nuestro tema:

Ha establecido como derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural. Luego reconociendo al mismo tiempo y protegiendo la pluralidad étnica y cultural de la Nación (art. 2-19). Con respecto al idioma y con la misma orientación establecida del reconocimiento de la pluralidad cultural se establece también como idiomas oficiales el quechua, el aymara y demás lenguas aborígenes, de acuerdo a ley (art. 48). Luego, reconoce la existencia legal y su personalidad jurídica de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas (art.

⁽⁵⁾ Hacemos referencia a la publicación efectuada por la Fundación Friedrich Nauman, *La Constitución diez años después*, luego al trabajo de Francisco Eguiguren P., *Los retos de una democracia insuficiente*.

89). También se reconoce a las comunidades su autonomía en su organización, en el trabajo comunal, en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece.

Se señala también que la propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono, pasan a dominio del Estado para su adjudicación en venta (art. 88). Conforme puede apreciarse, con la Constitución de 1979 las tierras comunales podían ser objeto de transferencia en interés de la misma comunidad siempre que haya acuerdo para ello, por la mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad; y en caso de expropiación por necesidad y utilidad pública; en ambos casos, con pago previo en dinero. Sin embargo, en la Constitución de 1993 se han dejado de lado estas modalidad de afectación de la propiedad comunal para introducir la figura del abandono de tierras comunales como causal para que las mismas pasen al dominio del Estado a fin de que pueda ser objeto de venta.

Luego la novedad fue la introducción del artículo 149 en el Capítulo VIII que corresponde al Poder Judicial, donde a las autoridades de la Comunidades Campesinas y Nativas se les concede el ejercicio de funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. Esta potestad podía desarrollarla con apoyo de la Rondas Campesinas. Se estableció la posibilidad de la coordinación de dicha jurisdicción especial con Juzgado de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

VI. Principales reivindicaciones colectivas

Los grupos o colectividades indígenas han planteado reclamos de carácter colectivo en forma homogénea no solo dentro del país, sino también los que existen otras realidades a la nacional. Siendo las siguientes.

- a) *La tierra.* Esta fue o es la reivindicación tradicional más importante porque representa su propio medio de subsistencia económica y por la existencia de la unidad entre la tierra y el indígena en la cosmovisión de estos pueblos. Por esta razón las Constituciones peruanas de 1920 (art. 41), 1933 (arts. 298 y 209), 1979 (art. 163) y la última de 1993 (art. 88), reconocen las propiedades de la comunidades protegidas por el Estado, reconociendo su intangibilidad e imprescriptibilidad, a excepción de la última Constitución.

La mayor preocupación por la tierra sino ha sido superado en el cien por ciento, lo ha sido en su mayor parte con el proceso de Reforma Agraria que ha desarrollado el Gobierno Militar de Juan Velasco Alvarado, proceso de reforma considerada la más radical inclusive que la gestada por Fidel Castro en Cuba.

Países que no han tenido procesos traumáticos de modificación de relaciones en el campo, como Colombiana, después de reconocer que las tierras comunales son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63), postula la conformación de entidades territoriales comunales y su delimitación efectuado por el gobierno nacional con participación de los representantes de las comunidades de indígenas (art. 329). Mientras que la Constitución argentina reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, regulan la de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, establecen al mismo tiempo que estas tierras no serán enajenables, transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos (art. 75-17).

Otras constituciones posiblemente teniendo en cuenta que fueron objeto de usurpación, plantean la necesidad de su “recuperación” como la ecuatoriana (art. 84-2) que reconoce el derecho de los indígenas a la adjudicación gratuita de la tierra, del mismo modo la paraguaya, prescribe que el Estado les proveerá de tierras a los indígenas (art. 64)⁽⁶⁾.

- b) *Las lenguas, la educación y las culturas indígenas.* Indicaremos que frente a la oficialidad de la lengua dominante del Estado se plantea también el problema de la oficialidad de la lengua de los pueblos o comunidades de indígenas. La Constitución del Paraguay (art. 140) declara que son idiomas oficiales el *castellano* y el *guaraní*. Mientras que las demás Constituciones⁽⁷⁾, incluida la peruana de 1979 (art. 83) y la de 1993 (art. 48), proclamando que el *castellano* es la lengua oficial del Estado, también consideran las lenguas indígenas oficiales en las zonas donde estas predominan, o senci-

⁽⁶⁾ Vicente José Cabedo Mallol, “Los pueblos indígenas y sus derechos en las Constituciones Iberoamericanas”, en Revista Iberoamericana de autogestión y acción comunal, segunda época, p. 76.

⁽⁷⁾ Las Constituciones de Ecuador, Colombia y Nicaragua.

llamente indicando en sus territorios. Específicamente en la Constitución derogada de 1979 la redacción era la siguiente: “*Es castellano es el idioma oficial de la República. También lo son de uso oficial el quechua y el aymara en las zonas y la forma que la ley establece. ...*” La Carta de aquella época reconociendo que en el Perú existen más lenguas en los diferentes grupos étnicos, indica que las demás lenguas aborígenes constituyen patrimonio cultural de la Nación. Mientras que la Constitución vigente tiene la siguiente textura: “*Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aymara y las demás lenguas aborigenes, según ley*”.

Con relación a la educación la Constitución de 1993 (art. 17) establece que fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona; luego también indica el dispositivo, que preserva las manifestaciones culturales y lingüísticas del país. La Constitución de 1979 (art. 35) prescribía que el Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes, garantizando el derecho de las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas *a recibir educación primaria en su propio idioma o lengua*.

En Perú es cierto que existen muchas lenguas que corresponden a las Comunidades Campesinas y Nativas, siendo las principales el quechua y aymara, sin embargo estas no tienen una grafía propia, sujetándose a la lengua castellana, siendo por tanto su utilidad muy limitada, por tanto tenía razón el texto de la Constitución de 1979 cuando limitaba la educación bilingüe a la educación primaria. La educación bilingüe en la educación media y superior afrontaría una serie de dificultades técnicas, puesto que los nativos para leer su lengua previamente deberían aprender el dominio de la lengua castellana. Por otro lado, teniéndose en cuenta que toda la gama de la cultura se encuentra en lengua española o idiomas extranjeros (alemán, inglés, francés, etc.) se torna casi imposible continuar recibiendo a los miembros de la comunidad educación en su lengua nativa.

Se puede admitir que es una reivindicación de los pueblos indígenas el expresarse y recibir educación en su propia lengua; sin embargo, la articulación de una educación en su propia lengua se limita sólo hasta cuando le sea útil, luego él mismo comprenderá que su lengua autóctona limita su desarrollo, y se verá obligado a abandonar para expresarse en otros idiomas. En otros términos el indígena a la larga comprenderá la necesidad de integrarse culturalmente a la educación formal de la sociedad y del Estado.

- c) *El derecho consuetudinario.* Con respecto a las costumbres que regulan las relaciones de grupos de indígenas, se ha llegado a plantear que se trata de un verdadero sistema jurídico, creados alrededor de sus cosmovisiones, que cuentan con sistema propios de autoridad y representación, decisión, control y regulación social.

Con relación a este aspecto en las Constituciones se establecen tres tendencias; la primera, que reconoce el Derecho indígena y el ejercicio de funciones jurisdiccionales, en base al mismo y por las propias autoridades indígenas; las segundas, que reconocen el Derecho indígena, pero la referida jurisdicción indígena; por último, las que no hacen referencia ni al Derecho indígena ni, por su puesto, a su jurisdicción⁽⁸⁾.

VII. La denominada jurisdicción indígena

En la actualidad, la gran mayoría de Estados Iberoamericanos que cuentan con poblaciones indígenas en sus territorios, reconocen en sus Constituciones la diversidad étnica y cultural de sus naciones. Se trata, sin duda, de un reconocimiento de una realidad sociológica como la existencia de culturas distintas a las “culturas nacionales dominantes”⁽⁹⁾.

El movimiento de plena comprensión y reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de nuestras sociedades fundamentalmente latinoamericanas se produce a partir de la década del 90 por las reformas parciales o totales de sus Constituciones al que también se suma el Perú con la Constitución de 1993, no obstante en muchas Constituciones se introdujeron reformas a partir de 1961⁽¹⁰⁾. Las diversas reformas constitucionales introducidas patentizan la preocupación de muchos estadistas en el ineludible reconocimiento de la condición pluriétnica de tales sociedades y en la necesidad de la práctica de un pluralismo jurídico que exprese el reconocimiento de

(8) Vicente José Cabedo Mallol, *ob. cit.* p. 81

(9) *Ibidem*, p. 75

(10) Las reformas constitucionales se dieron en la Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Chile (Ley indígena de 1993), Bolivia y Argentina (1994) y Ecuador (1996 y 1998); pero estos cambios prosiguieron a otros como los de Venezuela (1961), Panamá (1972), Costa Rica (1987, Ley), Ecuador (1978), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988), según datos proporcionados por Víctor Hugo Cárdenas, *Lección Inaugural*.

otros órdenes jurídicos, distintos al estatal, como la forma más evidente y práctica de una democracia jurídica⁽¹¹⁾.

Es así que la Constitución colombiana establece que 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 leyes de la República. Dejando a la ley que establezca las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (art. 246). La Constitución boliviana no utiliza la terminología de jurisdicción sin embargo, reconoce que las autoridades naturales de las comunidades indígenas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de las normas como solución alternativa de conflictos, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. Reservando a la ley que compatibilice estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado (art. 171-III).

A) Diversos conceptos sobre el derecho alternativo

El reconocimiento de la diversidad cultural y étnica conduce, a partir de la década del ochenta el planteamiento de desarrollo de una teoría jurídica alternativa, basada en la crítica de las concepciones formales, teniendo en cuenta a los usos que en la práctica hacen los indios del derecho y de sus costumbres jurídicas para construir estrategias de defensa de sus intereses y de maniobras de su complejidad social⁽¹²⁾. Luego se plantea que el análisis de los diversos conflictos y su solución, es un método útil, la urdimbre del sistema legal tradicional y su relación con el sistema jurídico nacional, puede admitirse la existencia de un subsistema del derecho consuetudinario más que un sistema paralelo, que influye en los procesos jurídicos y administrativos a nivel local⁽¹³⁾.

Administración de justicia y pueblos indígenas, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia Pueblos Indígenas*, pp. 165-166.

⁽¹¹⁾ Rolando López Godínez, *Pluralidad jurídica, derecho indígena y teoría del Estado*, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, p. 316.

⁽¹²⁾ Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (compiladores), *Entre la Ley y la Costumbre, Derechos consuetudinarios en América Latina*, p. 19.

⁽¹³⁾ *Ibidem*.

Además se plantea la existencia de una presión ejercida por la ley nacional, externa al grupo, que producen disfunciones y resistencias, conduciendo al nacimiento de un organismo regional de defensa que asume la resolución de conflictos y la administración de justicia de acuerdo a los valores tradicionales de la comunidad y de la familia⁽¹⁴⁾. Luego, similar al planteamiento anterior también existe el concepto de que en el mundo andino ha surgido nuevas formas de control social que las leyes del Estado comienzan a reconocer como tales y que son el resultado de la resistencia del mundo campesino al derecho ciudadano y formal, al cual perciben como hostil y distante⁽¹⁵⁾.

Existen también planteamientos en el sentido de que el derecho consuetudinario no es precisamente indígena sino propio de comunidades campesinas. También subsiste el planteamiento de que los problemas son de carácter étnico o de clase. Luego debe tenerse en cuenta que en otros contextos también se han observado innovaciones jurídicas de tipo consuetudinario, o que algunos califican como derecho alternativo, precisamente porque no están previstos en las leyes existentes y se producen al margen de éstas. El planteamiento en referencia ha recogido lo que ocurren en los grandes asentamiento humanos latinoamericanos donde han surgido formas de mantenimiento del orden, de reglamentación de controversias, solución de conflictos y de control social, al margen de las legislaciones vigentes⁽¹⁶⁾ como la denominadas Rondas Campesinas en Cajamarca frente al robo de ganado o abigeato. El denominado derecho indígena estará sujeto al mismo proceso de cambio y de innovación de reglas consuetudinarias al igual que cualquier grupo social, obviamente a falta de presencia del poder del Estado y sobre todo por falta de fortaleza y legitimidad de la función jurisdiccional. Pero, hay una tendencia mayoritaria que sostiene que en el derecho consuetudinario indígena es necesario tener en cuenta que está vinculado a otros fenómenos de cultura y de identidad étnica, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores culturales propios de la etnia.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 20. El planteamiento corresponde a Francisco Ballón al analizar la justicia nativa de los aguarunas del Alto Marañón en Perú.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*. El planteamiento corresponde a Ana María Vidal.

⁽¹⁶⁾ Rodolfo Stavanhagen, “Derecho Consuetudinario en América Latina”, en *Entre la Ley y la Costumbre, el Derecho consuetudinario indígena en América Latina*, p. 35.

B) Concepto de jurisdicción

Nuestra cultura jurídica nos conduce a tener muy claro que la jurisdicción es ejercida por los Juzgados y Tribunales, que tienen por función determinar el derecho en un caso concreto con carácter de irrevocabilidad⁽¹⁷⁾; en otros términos, consiste en que la autoridad investida para tal función, resuelva los conflictos que se generan dentro de la sociedad en estricta aplicación de las normas existentes dentro del sistema. Esta actividad del Estado se presenta como dirigida a la tutela concreta e individualizada de intereses ajenos insatisfechos, mediante la comprobación definitiva y la consiguiente actuación de la norma jurídica en el caso concreto; para lo cual el juez se limita a interpretar la norma jurídica y a aplicarla en el caso concreto, sin crear nunca un nuevo derecho⁽¹⁸⁾. Luego hay que tener en cuenta que, por otro lado, se ha establecido la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (art. 139-1), lo que significa que los juzgados y tribunales integrantes del Poder Judicial son los únicos en ejercer la potestad jurisdiccional, pero que esos mismos juzgados y tribunales no pueden ejercer, en principio, nada más que la potestad jurisdiccional. Este precepto constitucional conduce a salvaguardar la pureza de la división de poderes; pero no frente a las intromisiones de otros poderes del Estado en el Poder Judicial –lo que resulta protegido mediante el principio de exclusividad en el sentido positivo, sino frente a las posibles extralimitaciones del Poder Judicial mismo, es decir frente a las tentaciones legislativas o ejecutivas de jueces y magistrados⁽¹⁹⁾.

El texto constitucional reconoce excepcionalmente la jurisdicción militar y la arbitral (art. 139). En casos de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. La Carta establece que los civiles serán sometidos a este fuero sólo en casos de traición a la patria y por delito de terrorismo que la ley determine (art. 173). Quizás en este punto es necesario hacer referencia que el régimen gubernamental pasado en Perú, con el propósito de someter a este fuero a los civiles, llamó “terrorismo agravado” a simples delitos contra el patrimonio mediante la promulgación del Decreto Legislativo 895 (23-05-

⁽¹⁷⁾ Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, p. 757.

⁽¹⁸⁾ Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, pp. 520-521.

⁽¹⁹⁾ Luis María Diez-Picazo, *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, pp. 49-50.

98) que posteriormente mediante Ley 27235 (20-12-99) se cambió la denominación por la de “terrorismo especial”.

En este punto, es necesario resaltar que los fallos del fuero militar están sometidos a revisión por la Corte Suprema (art. 141); sin embargo, ésta opera sólo cuando el fallo concierne a pena de muerte (art. 173). También, la Constitución, establece que el Jurado Nacional de Elecciones, administra justicia en materia electoral (art. 178-4); es decir, se reconoce una función de carácter jurisdiccional en materia electoral. Cuyas resoluciones son dictadas en instancia final, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno (art. 181).

La denominada jurisdicción arbitral, aunque no es reconocida como una verdadera jurisdicción, sin embargo sirve para resolver conflictos a quienes voluntariamente se someten a ella, sin embargo hay asuntos que no pueden ser objeto de la misma⁽²⁰⁾. Se considera necesario indicar que la Comisión de Estudio de las Bases de las Reforma Constitucional del Perú nombrada por el ex presidente Valentín Paniagua, recomienda un expreso reconocimiento a nivel constitucional de los denominados medios alternativos de resolución de conflictos (conciliación, negociación y arbitraje), sin desconocer ni minimizar el rol de la justicia estatal, dada la importancia que han tomado en los últimos años estos medios.

Conforme puede apreciarse, no obstante postular la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, se ha establecido jurisdicciones especiales en materia castrense, electoral, inclusive la arbitral; pero se desarrolla o funciona dentro del sistema jurídico estatal; es decir regulado por éste; sin embargo, con el establecimiento de la denominada jurisdicción campesino nativa se sujeta el funcionamiento de ésta a las costumbres de los grupos sociales, postulados como sistema independiente al sistema jurídico imperante. El sistema jurídico en referencia no ha sido construido o reconstruido con categorías y conceptos propios, manteniéndose sólo en conceptos sociológicos y antropológicos.

C) Antecedentes para el establecimiento de este mecanismo

En la legislación nacional peruana encontramos el antecedente de conceder a estos grupos sociales la potestad de resolver sus problemas todavía

⁽²⁰⁾ El arbitraje está regulado por la Ley 26572 de fecha 5 de enero de 1996.

con el *Estatuto de Comunidades Campesinas*⁽²¹⁾, donde se facultaba al órgano de gobierno, *Consejo de Administración de la Comunidad Campesina*, la aplicación de ciertas sanciones a sus miembros, por decisión del *Consejo* o por acuerdo de la *Asamblea General*, de acuerdo al reglamento interno. La disposición prescribía (arts. 28 y 30) que el reglamento de cada comunidad debería de establecer el número de faltas, las respectivas sanciones y el procedimiento. Fundamentalmente la tendencia fue de sanción administrativa que jurisdiccional. Por otro lado, la legislación pertinente para las Comunidades Nativas (D.L. 22175, art. 19) estableció que los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se susciten entre los miembros de la comunidad, así como las faltas que se cometan, debían de ser resueltas o sancionadas en su caso, en forma definitiva por los órganos de gobierno.

El Código Civil vigente⁽²²⁾ en el Libro I que concierne al Derecho de las Personas, sección cuarta regula las Comunidades Campesinas y Nativas, los define como órganos tradicionales y estables de interés público; establece la necesidad de su inscripción en el registro respectivo como su reconocimiento legal. Se establece la presunción de propiedad comunal poseídas de acuerdo a su reconocimiento e inscripción de la comunidad; establece que la asamblea general es el órgano supremo de las comunidades y que los cargos directivos y representantes son elegidos periódicamente, mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio. Regula también la existencia del padrón comunal actualizado con fecha de ingreso, luego sobre su catastro. El Código Civil no menciona para nada la denominada función jurisdiccional de las comunidades.

Es necesario consignar en este punto aunque no como antecedentes, sino como fuente de la regulación externa, el Convenio 169 de OIT relativos a los pueblos indígenas y tribales en países independientes⁽²³⁾, que establece (arts. 8 y 9) que al momento de aplicar la legislación nacional debe tenerse o tomarse

⁽²¹⁾ El D.S. 37-70 A, de fecha 17 de febrero de 1970.

⁽²²⁾ Promulgado el 24 de julio de 1984, siendo Presidente de la República el arquitecto Fernando Belaunde Terry y Ministro de Justicia Max Arias Schreiber Pezet, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, en sus artículos 134 al 139.

⁽²³⁾ Instrumento aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 02 de diciembre de 1993. Instrumento de ratificación del 17 de enero de 1994. Depositado el 2 de febrero de 1994. Fecha de vigencia para el Perú 2 de febrero de 1995.

en cuenta su *costumbre o su derecho consuetudinario*. Luego les concede también el derecho de conservar *sus costumbres e instituciones propias* siempre y cuando que no sean compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionales reconocidos. Se permite la represión de los delitos cometidos por sus miembros siempre que las sanciones no sean contrarias a los derechos humanos internacionales reconocidos. Luego prescribe que en las sanciones impuestas a los miembros de los pueblos indígenas no debe obviarse sus costumbres y culturas. Lo expuesto ha contribuido para que el constituyente de 1993 opte para conceder potestad jurisdiccional a las autoridades de la comunidades campesinas y nativas de acuerdo a la tendencia de la época.

VIII. Particularidades del artículo 149

El Constituyente de 1993 concede el ejercicio de la función jurisdiccional a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas; es decir, declarar derecho en base al derecho consuetudinario con apoyo de Rondas Campesinas. Esta función jurisdiccional debe ejercerla en el ámbito territorial que le compete. Luego plantea que debe establecerse formas de coordinación con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. El dispositivo no se ha desarrollado por cuanto el Estado no ha promulgado esa ley de coordinación de esa jurisdicción con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. Tampoco existe una norma que regule el apoyo de la Ronda Campesina a la función jurisdiccional de las autoridades de las Comunidades Campesinas como nativas. La Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional se ha pronunciado en el sentido que considera oportuno consignar un ámbito de acción de la impartición de justicia a nivel de las comunidades campesinas y nativas, y en su caso, las rondas campesinas, debiendo de reiterarse los criterios expresados en el art. 149 de la Carta de 1993.

IX. A manera de conclusión

Es indudable que, las comunidades o sectores indígenas en el país tienen costumbres que regulan su convivencia diferentes a los de otros sectores sociales. Sin embargo, afirmar que es un sistema jurídico totalmente distinto al oficial y que pueda establecer su propia jurisdicción, es un planteamiento extremado que puede quedar sólo en la literatura de un articulado, sin que exista una materialidad real de los postulados.

No debe confundirse entre el surgimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos, de autodefensa, de seguridad, etc., en ciertos lugares donde se presentan espacios de ausencia del Poder del Estado por cuestiones geográficas, sociales, económicas, etc., con la existencia de costumbres con legados históricos que dan solidez y base a una jurisdicción totalmente distinta a la del Estado Constitucional.

Lo coherente es que en el sistema jurídico nacional se incorpore esas diferencias, esa diversidad de las Comunidades o pueblos indígenas, para que las normas jurídicas sean realmente expresión de la naturaleza pluricultural y multiétnica del pueblo peruano. En otros términos integrar esa diversidad para consolidar un Estado Constitucional Democrático. El problema indígena no puede ser tratado como una cuestión ajena e independiente a los problemas del Estado. Se considera que el problema de las comunidades es problema del Estado.

La diversidad cultural no puede por ningún motivo quebrar ni debilitar el Estado democrático constitucional sino debe fortalecerla, en la medida en que se incorpore instituciones, conceptos y valores necesarios para una integración adecuada. El planteamiento no puede confundirse con el denominado proceso de homogeneización sobre todo compulsiva.

Debe establecerse los mecanismos más idóneos para que los grupos de sociales de indígenas puedan participar en el pacto político e integrarse paulatinamente al Estado y mediante mecanismos democráticos al Estado y al Derecho respetando su diversidad e identidad cultural

Debe integrarse al Derecho los medios o mecanismos indígenas que son adecuados para el fortalecimiento de la Democracia y con la finalidad de que el Denominado Derechos Oficial no los discrimine menos los margine.

No puede admitirse conceptualmente la articulación de un derecho indígena con elementos y categorías constitutivos propios al margen de desarrollo del Derecho en su conjunto, sin que articule mecanismos de integración.

El problema indígena subsiste por cuanto el desarrollo del Derecho y del Estado y sus instituciones, no los ha integrado ya que hubo concepciones que justificaron tal situación, hecho que limitó el desarrollo realmente democrático de la sociedad peruana.

Tampoco puede llegarse a concepciones míticas y utópicas de la cuestión indígena. Hay que darle su verdadera dimensión en el conjunto de todo el problema que afronta cada Estado y especialmente el Estado peruano.

Estemos de acuerdo o no con el proceso de la globalización y el desarrollo de las comunicaciones, éstas han revolucionado últimamente. En qué medida beneficia o perjudica la identidad étnica, siempre la identidad cultural será un aspecto rescatable del mundo globalizado.