



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

## **CURSO: HITOS HISTÓRICOS EN EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN LAS AMÉRICAS**

**Elaborado por: Raquel Z. Yrigoyen Fajardo**

## UNIDAD II: HITOS HISTÓRICOS EN EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN LAS AMÉRICAS

En esta Unidad los/as participantes desarrollan las siguientes competencias:

| Conceptuales                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Procedimentales                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Actitudinales                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Aprenden sobre los ciclos históricos de invasión que han vivido los pueblos hasta el día de hoy.</p> <p>Aprenden las distintas políticas históricas que se han llevado a cabo en la región relativas a la existencia de sistemas indígenas.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Era colonial y política de pluralismo jurídico subordinado: fuero indígena y “usos y costumbres limitados”.</li> <li>2. El Horizonte del constitucionalismo liberal, la exclusión constituyente indígena en el s. XIX y el monismo jurídico.</li> <li>3. El Horizonte del constitucionalismo social y el indigenismo integracionista del s. XX.</li> <li>4. El Horizonte del constitucionalismo pluralista de finales del s. XX e inicios del s. XXI: reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y el pluralismo jurídico.               <ol style="list-style-type: none"> <li>a) La emergencia del multiculturalismo de los 80's.</li> <li>b) El Estado pluricultural y el reconocimiento del pluralismo jurídico en los 90's.</li> <li>c) El Estado plurinacional y el pluralismo jurídico paritario del s. XXI.</li> </ol> </li> </ol> | <p>El marco histórico permitirá a los participantes ubicar los problemas y retos del pluralismo jurídico en sus casos concretos y en su quehacer cotidiano.</p> <p>Aprenden a analizar leyes, sentencias y políticas actuales a la luz del marco histórico, identificando rezagos del pluralismo subordinado colonial, del monismo jurídico republicano, del pluralismo integracionista del s. XX.</p> <p>Aprenden a identificar los retos del pluralismo igualitario en los casos que tienen.</p> | <p>Aprenden a cuestionar la herencia colonial en el tratamiento de los sistemas jurídicos indígenas y en sus propias actitudes.</p> <p>Se cuestionan la premisa de la incapacidad indígena para conocer y juzgar casos graves, que viene de la política colonial.</p> <p>O la premisa que sólo el Estado puede administrar justicia y que lo hace mejor que otros.</p> <p>Aprenden a valorar las luchas históricas de los pueblos por la descolonización y el reconocimiento del pluralismo igualitario.</p> |
| <p><b>Lecturas obligatorias:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Yrigoyen Fajardo, Raquel (2006): “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino” en Berraondo, Mikel (coordinador): Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (pp. 537-567). Véase en: <a href="http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf">http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf</a></li> <li>• Yrigoyen Fajardo, Raquel (2010): “El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización”. Lima: IIDS, VI Congreso de RELAJU.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| <p><b>Lecturas complementarias:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Yrigoyen Fajardo, Raquel (2010): Pueblos indígenas, constituciones y reformas políticas en América Latina. Lima: ILSA, INESC e IIDS. Capítulo 1. A los veinte años del Convenio 169 de la OIT. Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica.</li> <li>• Barié, Cletus (2003): Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina. México: INI.</li> <li>• Bonilla, Daniel (2006): La Constitución Multicultural. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana- Instituto Pensar. 300 p. [caso Colombia].</li> <li>• Beltran, Bolivar (2010): Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la jurisprudencia indígena. Quito: Fundación Llanas.</li> <li>• Clavero, Bartolomé (1994): Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América. México: Siglo XXI. Capítulo I: “Tiempo de Colonia, Tiempo de Constitución” (p. 1-44).</li> </ul>                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |

**Unidad  
2****HITOS HISTÓRICOS EN EL RECONOCIMIENTO DEL  
PLURALISMO JURÍDICO EN LAS AMÉRICAS****CONTENIDO**

|      |                                                                                                 |         |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| I.   | Ciclos históricos de invasión de los territorios indígenas.....                                 | 4       |
| II.  | Hitos históricos en el reconocimiento del pluralismo jurídico .....                             | 133     |
| III. | Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la<br>Descolonización..... | 32<br>2 |
| IV.  | Hacia Una Jurisprudencia Pluralista.....                                                        | 48      |
| V.   | Normativa Nacional e Internacional aplicable al Estado peruano .....                            | 644     |

## I. Ciclos históricos de invasión de los territorios indígenas<sup>1</sup>

En el marco del 156º Periodo Ordinario de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el 19 de octubre de 2015, se llevó a cabo la audiencia “Situación de derechos humanos de defensoras/es del medio ambiente en el contexto de las industrias extractivas”. En esta ocasión, autoridades indígenas presentaron ante la CIDH la situación de cómo sus pueblos sufren un tercer ciclo histórico de invasión de sus territorios por los llamados “proyectos de desarrollo o inversión” (como proyectos extractivos, de infraestructura y energía), y la represión que vienen sufriendo por su resistencia.

Entre estos proyectos están, por ejemplo, la construcción de carreteras para el acceso a fincas de terceros y turismo de lujo, como en el caso del pueblo Mapuche; represas, como en caso de los pueblos Maya de Guatemala; actividades extractivas, como en el caso del megaproyecto minero Conga, que afecta a comunidades y rondas campesinas de Cajamarca, Perú; o actividades agroindustriales como en el caso de la Comunidad indígena Makutinga del pueblo Mbya Guaraní, Paraguay.

Estos proyectos se basan en políticas y normas que promueven la inversión de corporaciones extranjeras en territorios indígenas, en abierta contradicción con los derechos territoriales y a la libre determinación de los pueblos indígenas a los que los Estados se han obligado mediante decisiones soberanas a través de tratados internacionales y su sometimiento a instancias internacionales.

### El problema

Actualmente vivimos una paradoja. De un lado, un avance significativo, en las últimas décadas, en cuando al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, en normas internacionales y nacionales, e importantes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Y, del otro, una situación de despojo, destrucción y contaminación de los territorios de dichos pueblos, de tal dimensión, que configura un nuevo ciclo histórico de invasión neocolonial, sólo comparable al experimentado por los pueblos en los siglos XVI y XIX.

<sup>1</sup> Este artículo actualiza y revisa el texto de la misma autora titulado “Descolonización y Estado plurinacional”.  
Link: [http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2016/Descolonizacion\\_y\\_Estado\\_Plurinacional.pdf](http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2016/Descolonizacion_y_Estado_Plurinacional.pdf)



Foto: Poblador de la comunidad José Olaya. Foto: Julio Angulo - La República

La capacidad de despojo y destrucción que generan las actividades extractivas, monocultivos y obras de infraestructura y energía ejecutados en los territorios indígenas en este ciclo de invasión es tan grande que ha logrado alcanzar a lugares dónde no llegaron los otros ciclos de invasión. Aliada de maquinaria pesada, tecnología y biotecnología, la capacidad de tala, remoción de tierra, trasvase de agua, plantación de transgénicos, uso de agroquímicos, y contaminación, es de un volumen nunca visto. Ello se traduce en un nivel de impacto, en un *ratio* de tiempo relativamente corto, como tampoco se había dado antes. La acelerada extracción de recursos por parte de las corporaciones reproduce las injusticias históricas y genera una relación inversamente directa de acumulación primitiva de capital por parte de tales corporaciones, de un lado, y de desposesión y empobrecimiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas, del otro. El grado de expolio y destrucción de las condiciones de vida de los pueblos es tal, que no sólo genera y exacerba la desigualdad, sino que pone en cuestión la viabilidad misma de la existencia de los pueblos indígenas. La afectación de la vida e integridad de los pueblos se da de forma tan estructural, masiva y sistemática, que podemos calificarla como una crisis humanitaria. Lamentablemente, la propaganda generada por las corporaciones y los *mass media* hace ver los impactos contra los pueblos como una mera “externalidad” del progreso, como el “necesario” costo del crecimiento económico, enfocado sólo en las cifras macroeconómicas. Ello confabula contra la visibilización y reversión de esta situación. He ahí el reto.

**PREGUNTAS:**

- ¿Cuáles son los ciclos históricos de invasión de los territorios indígenas?
- ¿Qué los caracteriza? ¿Y es qué es posible hacer?

**Los ciclos históricos de invasión**

En las notas que siguen quiero reseñar lo que podemos caracterizar como los tres grandes ciclos históricos de invasión de los territorios indígenas, para la extracción de recursos naturales en beneficio de terceros. Estos ciclos de invasión han sido contestados por las respectivas luchas de resistencia anticolonial indígena, tanto activa como pasiva; y la conquista de ciertos derechos.

**1. Primer ciclo histórico de invasión territorial: s. XVI y la instauración colonial.***De la autarquía al “mundo al revés”*

En el s. XVI, con la llegada de los europeos, se dio la primera invasión de los territorios de los pueblos originarios por terceros. Ello dio fin a la forma de desarrollo autárquica de las civilizaciones prehispánicas y “puso el mundo al revés”, como diría Guamán Poma de Ayala, primer cronista mestizo. En efecto, antes de la invasión, florecían las civilizaciones de muchos pueblos, adaptados al hábitat andino y amazónico. Así por ejemplo, las civilizaciones precolombinas ubicadas en una gran extensión de los Andes, luego articuladas en el Tawantinsuyo, lograron un “control vertical de pisos o nichos ecológicos”<sup>2</sup> (Murra), y gracias a un importante adelanto hidráulico, desarrollaron el cultivo de plantas y animales que, según los especialistas, les permitió un significativo grado de satisfacción de sus necesidades alimentarias. Lo mismo cabría decir de los pueblos amazónicos, cuyo conocimiento de su hábitat, desarrollado en siglos de coexistencia, les permitía desarrollar sus formas de vida.

*El objetivo y método del conquistador: apropiación de recursos.*

El objetivo de los conquistadores era extraer oro y otras riquezas, para lo cual requerían apropiarse todas las tierras y explotar la mano de obra de la forma más eficiente para su inversión trasatlántica, a través de la esclavitud. Y eso es lo que hicieron desde la llegada misma de Colón, que tomó a los indígenas como esclavos. Los originarios fueron llamados “indios”, sin importar que pudiesen pertenecer a diferentes pueblos. Desde entonces, los pueblos empezaron su resistencia, activa y pasiva. De otro lado, el abuso de los conquistadores era tan manifiesto que algunos curas hicieron llegar su protesta hasta las Cortes. Y, finalmente, por sus propios intereses, la Corona se convirtió en un primer freno de los colonizadores.

*La Corona: el freno a la esclavitud y despojo total de tierras.*

La esclavitud de los *indios* no le convenía a la Corona, porque como esclavos no pagaban tributo. Por lo tanto, la Corona dispuso que fueran vasallos libres y que vivieran en tierras reservadas para ellos, bajo el nombre de

<sup>2</sup> Véase: <http://imperiocadelsol.blogspot.pe/p/pisos-ecologicos.html> (Fecha de visita: 20/02/2016)

reducciones o “pueblos de indios”. Como se requería su trabajo en las minas, las Leyes de Indias establecieron que el trabajo de los *indios* era obligatorio (la *mita* minera o los obrajes), pero debía ser remunerado por los colonizadores, para que con dicho pago los indios pudiesen, a su vez, pagar el tributo a la Corona. Ahí nació el llamado “pacto fiscal” entre la “república de indios” y la Corona.

Los conquistadores al inicio se resistieron abandonar la esclavitud indígena y no aceptaban tener que pagar por el trabajo indígena. Menos aún querían pagar impuestos a la Corona, el “Quinto real”. Luego de que los conquistadores mataran al primer virrey enviado por la Corona, esta tuvo que imponerse a sangre y fuego, también pasando por las armas a algunos conquistadores. Sólo así pudo instaurarse el modelo y estabilizarse la economía colonial: un sistema económico centrado en la explotación de la mano de obra indígena, para la extracción de recursos naturales, con privilegio de los minerales, en función de los requerimientos externos, y sin preocupación por satisfacer las necesidades básicas de los originarios. No obstante ello, a lo largo de la Colonia, los indígenas hicieron respetar el llamado pacto fiscal, esto es, que la Corona les otorgara los títulos de las tierras de los *pueblos de indios*, y que reconociera su propio fuero y curacas o caciques.

Esto pasó con los Inkas (hoy parte de Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, parte de Chile y Argentina), Aztecas (hoy México) y mayas (hoy México, Guatemala, Honduras y Belice), a quienes los españoles lograron someter militarmente y, finalmente, reducirlos a *pueblos de indios*, para su explotación, aunque no sin resistencia indígena. En efecto, levantamientos y motines fueron una constante durante toda la era colonial, especialmente cuando la Corona pretendía subir los tributos.

En el caso de pueblos con organizaciones descentralizadas, como los mapuche, pehuenches, requeles (hoy Chile y Argentina), los españoles no pudieron vencerlos militarmente, por lo cual se vieron obligados a firmar tratados o “parlamentos generales” con acuerdos sobre límites y reglas paz.

En el caso de pueblos ubicados en lo que hoy se llama la Amazonía, la Guajira, el Orinoco, el Chaco Paraguayo y bosques húmedos tropicales o subtropicales, ingresaron misioneros para la colonización.

## **2.1. Segundo ciclo histórico de invasión de los territorios: el S. XIX y la fundación republicana**

La crisis de la Corona española a inicios del s. XIX, debido a sus guerras con Francia e Inglaterra, fue una ocasión para la emergencia de los procesos independentistas, liderados los criollos, especialmente por aquellos que querían desarrollar un mercado por fuera del monopolio colonial. Además, ese liderazgo criollo fue posible por la derrota de Túpac Amaru II, los hermanos Katari y demás curacas reprimidos luego de la rebelión que buscaba reconstituir el Tawantinsuyo.

Los criollos fundaron los nuevos Estados republicanos a su imagen y semejanza y a espaldas de los pueblos originarios. Así por ejemplo, en Bolivia y Perú, sólo entre el 5 y 10% de la población hablaba castellano, pero éste se erigió en el idioma oficial, en desconocimiento de los idiomas indígenas. Y, si bien durante la era Colonial la Corona reconocía el fuero indígena y autoridades

indígenas como los curacas, así como alcaldes vara, en era republicana se instauró un modelo jurídico monista. No se reconocía ningún tipo de autoridad o fuero indígena.

Libres de la Corona, los criollos buscaron los mecanismos para, como en la primera invasión, apropiarse de las tierras y del trabajo indígena. Así, al llegar al Perú, Bolívar decretó la abolición de curacazgos y de *pueblos de indios*, disponiendo la parcelación de las tierras colectivas (Cusco y Trujillo, 1824). Al dar fin a las protecciones colectivas de las tierras indígenas, y posibilitar su parcelación y venta, los criollos adquirieron tales tierras —por diversas vías— y crecieron las haciendas. Los hacendados obligaron a las familias indígenas a pagarles una forma de “renta de tierra”, a cambio de seguir quedándose en lo que habían sido sus tierras. Y así, se convirtieron en siervos de hacienda, como “pongos”, yanaconas, aparceros o quinceneros. En casi todo Latinoamérica, donde hubo “pueblos de indios” en era colonial, las tierras colectivas se quedaron sin protección legal debido a las políticas liberales del s. XIX, los hacendados o finqueros se apropiaron de ellas y los indígenas pasaron a trabajar gratis para los hacendados (Perú, Bolivia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, etc.). Los criollos lograron en el s. XIX lo que no habían logrado en era colonial, por impedírselos la Corona, esto es: apropiarse de las tierras de los *pueblos de indios* y del trabajo indígena, sin pago.

Esta situación, bajo un modelo oligárquico, duró hasta los procesos de reforma agraria que se dieron en algunos países durante el s. XX.

Además, los nuevos Estados facilitaron la presencia de nuevos agentes económicos de Inglaterra y Estados Unidos, los que establecieron enclaves para la extracción de minerales y, posteriormente de petróleo y otros recursos naturales.



Foto de Max Uhle tomada en 1968 de hacendados siendo cargados por sirvientes indígenas. / Créditos: Archivo fotográfico de la Mula.pe

En el caso de las “naciones de indios” que habían firmado tratados con la Corona Española durante la era colonial, los Estados de Chile y Argentina desconocieron los mismos a partir de mediados del s. XIX. Desde entonces utilizaron la guerra como un mecanismo de anexión de los territorios indígenas, produciendo un gran genocidio y la reducción de los sobrevivientes. En Chile, la guerra de “pacificación de la Araucanía” redujo el territorio mapuche a un 5% del original. En Argentina, la guerra de la “Conquista del Desierto” se desarrolló contra mapuches, pehuenches, renqueles, entre otros, reduciéndolos a colonias o misiones.

En la Amazonía y otros bosques húmedos, los Estados consideraron a los pueblos originarios que no habían sido colonizados como “salvajes” o “infieles”. Las constituciones y normas inferiores ordenaron su reducción a la civilización y cristianización mediante misioneros, acompañados de guarniciones militares o policiales y colonos. Los Estados fomentaron la presencia de colonos nacionales y extranjeros para la ampliación de la frontera agrícola y la protección de la frontera internacional. Los pueblos originarios se vieron invadidos por ganaderos, agricultores y caucheros, quienes los despojaron de sus territorios y los esclavizaron. Algunos pueblos se vieron obligados a huir de la esclavitud y formaron lo que actualmente se conoce como “pueblos en aislamiento”.

#### *Resistencia y conquista de derechos*

Los levantamientos indígenas no se hicieron esperar en toda la región. Ello dio lugar a la revolución mexicana en 1910, que concluyó con una reforma agraria. Bajo el lema de “tierra y libertad”, la revolución permitió redistribuir la tierra a sujetos colectivos. Luego, en 1917, la Constitución consagró derechos sociales y colectivos. Este modelo fue seguido por varios países de la región, que adoptaron el constitucionalismo social e hicieron reformas agrarias, devolviendo “la tierra al que la trabaja”, aunque con una identidad más “campesina” que indígena. Lo mismo aconteció en el Perú. En 1920, la Constitución reconoció comunidades indígenas. Y, en 1933 la Constitución garantizó la integridad de la propiedad colectiva de comunidades de indígenas, consagrando el principio de la reforma agraria. Sin embargo, debido a la tenaz resistencia de la oligarquía, dicha reforma fue imposible hasta 1969, con el gobierno de Velasco Alvarado. En el marco de las reformas, el Estado nacionalizó la explotación de los recursos naturales, expulsando a las empresas norteamericanas que extraían petróleo y mineras. Algo afín hicieron otros gobiernos de la región. Gracias a la Reforma Agraria terminó la servidumbre en el campo, pues donde existía la misma, las haciendas fueron expropiadas (cuando no tenían conducción directa) y sus tierras adjudicadas a las comunidades de indígenas, cuyo nombre fue cambiado por decreto a “comunidades campesinas” (DL 17716). En la Costa y sierra miles de Comunidades campesinas fueron adjudicatarias de tierras colectivas en un rápido procesos, que luego quedó inconcluso. En la Selva, grandes grupos étnicos quedaron, más bien, fragmentados en comunidades nativas. El objeto de ello era reconocer sus territorios para evitar la entrada de terceros.

### **2.3. Tercer ciclo histórico de invasión de los territorios: s. 1980's-XXI y políticas del Consenso de Washington**

Este ciclo de invasión de los territorios se ha venido dando desde hace unos 40 años, cuando se frena la reforma agraria e inicia el debilitamiento de las protecciones legales a las tierras colectivas que había hecho el constitucionalismo social. Esta tendencia se consolida con el Consenso de Washington en los ochentas del s. XX que orienta las políticas hacia inversión extranjera en actividades extractivas. En efecto, luego de las políticas de nacionalización de la explotación de recursos naturales, las corporaciones transnacionales no se quedaron tranquilas.

A través de los organismos internacionales ante los cuales los Estados latinoamericanos tenían deudas, como el Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, etc., las transnacionales lograron presionar y generar los acuerdos de políticas que les permitan volver. Estas políticas se han denominado “el Consenso de Washington”. Se trata de diez (10) “recetas” para, entre otros, liberalizar la economía de los países deudores y así permitir la inversión extranjera directa, sobre todo de las corporaciones que querían retornar para extraer recursos naturales; firmar tratados de libre comercio para la anulación de impuestos; flexibilizar las reglas laborales, que permitan a las empresas contratar a través de *services* sin compromisos laborales; reducir y reestructurar el Estado, para que sea más pequeño, que no se dedique a extraer recursos ni regular el mercado, sino tan solo a facilitar la infraestructura y las reglas para el ingreso de las corporaciones; disciplina fiscal y reducción del gasto en políticas sociales; sólo se permiten gastos focalizados en programas de educación o salud, para frenar el impacto de estas políticas.

Las políticas del “Consenso de Washington” son las que han dado el marco para facilitar el retorno de las corporaciones transnacionales en territorios indígenas, buscando sacar oro y otros recursos naturales. En el Perú, esto se dio luego del autogolpe de Alberto Fujimori. Si bien en 1992, los agentes del orden detuvieron al líder del grupo terrorista denominado “Sendero Luminoso”, la legislación anti-terrorista fue mantenida por otra década más, para evitar levantamientos sociales ante la imposición de las recetas del Consenso de Washington. En este marco, el gobierno de Fujimori dio normas para facilitar la venta de tierras indígenas, lo que no era posible desde 1920, a fin de que las transnacionales pudieran hacer actividades extractivas en sus territorios. Asimismo, adoptó la legislación minera, que crea las figuras de la “expropiación y servidumbre administrativa”. Ello es un mecanismo de despojo directo de las tierras indígenas en caso las comunidades no acepten vender o autorizar el uso de sus tierras para actividades mineras. De hecho, las corporaciones mineras han utilizado dichas figuras para quebrar la voluntad de los pueblos en resistencia. Fujimori convocó un Congreso Constituyente Democrático con el objeto de facilitar la venta de tierras indígenas y reducir el papel del Estado en la economía y reducir los derechos sociales.

Paralelamente, en estas últimas décadas y gracias a la lucha de los pueblos, se ha dado un importante avance en el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto a nivel de instrumentos como

de jurisprudencia. Asimismo, se han dado tres rondas de reformas constitucionales dentro del horizonte del constitucionalismo pluralista.

En la actualidad, hay una suerte de contradicción entre el derecho internacional sobre derechos humanos de pueblos indígenas, que ha evolucionado del lado de las demandas indígenas, estableciendo derechos como la consulta y el consentimiento antes de concesiones para actividades extractivas en territorios indígenas.

Por lo general, los gobiernos, en vez de dar prioridad a los derechos humanos de los pueblos indígenas, promueven y protegen las actividades extractivas y proyectos de desarrollo de las corporaciones transnacionales en territorios de pueblos indígenas, afrodescendientes y otros colectivos rurales, sin respeto de los derechos ambientales ni de los pueblos. Los Estados otorgan concesiones mineras, petroleras, forestales, de aguas y otros recursos, a las empresas, sin consulta ni consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Y, además, sin protección de la integridad territorial indígena. Y sin garantizar salvaguardas, indemnizaciones ni beneficios. Esta situación da lugar a innumerables conflictos y a una sistemática vulneración de los derechos de los pueblos.

Corporaciones agroindustriales se han logrado apropiarse de lo que eran tierras comunales en la costa; en la sierra, para concesiones mineras, y en la selva, para plantaciones de palma africana, destinada al biodiesel, y para el establecimiento de lotes petroleros. A la fecha, el despojo de las tierras indígenas supone un nivel de concentración de la tierra por las corporaciones que, según los estudios especializados, sería mayor a la que había antes de la reforma agraria.<sup>3</sup>

Según datos de Perupetro, los contratos de lotes petroleros para exploración y explotación alcanzan a casi el 20% del territorio nacional y se superponen a territorios indígenas.<sup>4</sup> Hay pueblos con dos tercios o más de sus territorios concesionados, como el pueblo Achuar. La situación se agrava con los derrames de petróleo, que son endémicos y carecen de respuesta oportuna y adecuada. La contaminación de fuentes de aguas les deja sin medios de alimentación segura, considerando que el pescado es la principal fuente proteínica de los pueblos amazónicos. Lo mismo pasa desde que el gobierno de Fujimori abrió la puerta a las concesiones mineras en territorios de comunidades de la Amazonía. Comunidades como Tres Islas tienen el 65% de su territorio concesionado a terceros para pequeña minería, que usa mercurio. Como resultado, sus fuentes de agua están contaminadas, tienen un promedio de 6 PPM de mercurio, cuando el máximo aceptable es 1 PPM. Incluso hay niños con 3 PPM de mercurio. Y DIRESA les ha informado que no pueden comer el pescado de sus ríos. Sin embargo, el

<sup>3</sup> Véase: Burneo, Zulema (2011): El proceso de concentración de la tierra en el Perú. Lima: International Land coalition, CEPES y CIRED. (Disponible en:

[http://americalatina.landcoalition.org/sites/default/files/Burneo-Zuli\\_PERU\\_Concentracion-tierras\\_2011.pdf](http://americalatina.landcoalition.org/sites/default/files/Burneo-Zuli_PERU_Concentracion-tierras_2011.pdf)).

<sup>4</sup> Los contratos de exploración alcanzan el 16.41% y los de explotación el 3.14% del territorio nacional. Véase: Perupetro: "Mapa de lotes de contratos, cuencas sedimentarias y áreas naturales protegidas". Véase mapa disponible en sitio web de Perupetro: <http://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/763e602d-2c81-4b40-b819-e4b33062c27d/CNT+Ene+2016.pdf?MOD=AJPERES&Mapa%20Lotes%202015-12> (visita 20/2/2016).

Estado no quiere anular la concesiones otorgadas en su territorio ni facilitarles una alternativa alimentaria a través de piscigranjas, como lo han solicitado.

En el caso de la sierra, según la sistematización hecha con base en los datos de INGEMET, el 20.23% del territorio nacional está bajo concesión para proyectos mineros.<sup>5</sup> Una gran parte se ubica en cabeceras de cuenca, secando, destruyendo o contaminando los sistemas hídricos. Ello afecta directamente la agricultura, ganadería y el consumo humano. Los megaproyectos que realizan minería a cielo abierto, además, generan desplazamiento y una serie de impactos socio ambientales.

#### *Uso de violencia estatal para imponer megaproyectos extractivos*

Ante la resistencia indígena frente a tales megaproyectos, los gobiernos en Latinoamérica utilizan a las fuerzas del orden para reprimir a los pueblos que resisten, a fin de imponer megaproyectos que no cuentan con el consentimiento de los pueblos. Como parte de ello, declaran estados de emergencia; imponen presencia policial permanente o militarizan los territorios indígenas; firman convenios con las empresas extractivas (mineras o hidrocarburíferas) para que personal policial pueda trabajar, con uniforme y armas nacionales, como fuerza de seguridad y “choque” de las empresas; persiguen a los líderes/as indígenas a través de denuncias y procesos penales, incluso fuera de su jurisdicción o juez natural; atentan contra su vida e integridad; y permiten que las empresas utilicen paramilitares y violencia contra quienes se oponen a sus proyectos. Igualmente, persiguen a defensores/as y comunicadores/as.

#### **La lucha por la descolonización: de la invasión a la libre determinación**

Frente a esta nueva ola de invasión y violencia contra los pueblos indígenas, los mismos se organizan y utilizan antiguas y nuevas formas de resistencia, apelando a su larga historia de lucha anticolonial. Como parte de la resistencia, los pueblos hacen levantamientos y movilizaciones, y buscan la solidaridad internacional. También hacen uso del litigio estratégico nacional e internacional que les permite utilizar el corpus de derechos conquistado para exigir sus derechos.

El reto que esta situación plantea es muy grande y no sólo compromete a los pueblos indígenas, pues los conflictos y, sobre todo, la destrucción ambiental no es sólo un asunto que afecte a los indígenas. Ello tendrá un impacto sobre el planeta y sobre todos, así es que es una tarea de todos comprometernos para buscar alternativas al extractivismo. Además, nos toca cerrar filas para que nuestras sociedades y Estados se desenvuelvan de forma democrática, garantizando los derechos humanos de los pueblos.

El reto de fondo es la refundación del Estado, para levantar los lastres de la colonialidad en la economía- que nos hace dependientes del extractivismo-, la forma de ejercer el poder –de modo opresivo y violento con los pueblos originarios; y la cultura, que nos impide vislumbrar otros horizontes, donde todos los pueblos tengan igual dignidad y derechos.

<sup>5</sup> Véase: Cooperación: “Mapa de concesiones mineras”, elaborado con base en datos de INGEMET. Ver mapa disponible en: <http://www.conflictosmineros.org.pe/multimedia/mapas/18/06/2014/mapa-de-concesiones-mineras-del-mayo-de-2014> (visita 20/2/2016).

## II. Hitos históricos en el reconocimiento del pluralismo jurídico

Esta unidad contiene una reseña de las políticas indigenistas en los países andinos así como un bosquejo histórico de los diferentes modelos de tratamiento constitucional de los indígenas, en particular considerando el tema del derecho indígena y el pluralismo jurídico.<sup>6</sup>

Cabe hablar del *derecho indígena* como un sistema jurídico, tanto desde una perspectiva histórica como comparada, en la medida que el concepto de derecho utilizado no identifique *derecho* con *Estado*, como lo hace el *monismo jurídico*. El *pluralismo jurídico* es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad.<sup>7</sup>

Por ahora, antes que aspirar a un concepto *esencialista* de derecho, me interesa identificar los elementos de los sistemas confrontados que producen los conflictos de interlegalidad. De ahí que me es útil -como categoría operativa- definir al derecho como “un sistema de normas, prácticas, valores, procedimientos y autoridades/instituciones que sirve para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden, así como las reglas para cambiar las reglas; que tiene legitimidad y eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico”.

Esta categoría me sirve como herramienta de estudio comparado y diacrónico. Y, sin asumir que en tales elementos se agota la definición del derecho de los pueblos indígenas o colectivos no estatales, tal categoría me permite identificar dónde se encuentran las claves del sometimiento del derecho estatal respecto de los sistemas indígenas o campesinos. Y, por lo tanto también, las resistencias y demandas de reconocimiento.

<sup>6</sup> Este texto es parte de la tesis doctoral de Yrigoyen Fajardo, Raquel (2005): *Sometimiento Constitucional y Penal de los Indígenas en los Países Andinos en el s. XIX*, Universidad de Barcelona: Facultad de Derecho. Y, también fue publicado en: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Hitos del Reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en las Políticas Indigenistas y el Constitucionalismo Andino. En: Berraondo, Mikel (coordinador): *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (pp. 537-567).

<sup>7</sup> Hay una situación de pluralismo jurídico cuando en un mismo espacio social o geopolítico (como el de un Estado) co-existen varios sistemas normativos. Boaventura de Sousa Santos (1994) considera que puede haber muchas fuentes del pluralismo legal: una situación colonial, la presencia de pueblos indígenas, un período revolucionario o de modernización, poblaciones marginales en zonas urbanas de países independientes; así como también situaciones de desregulación al interior del propio Estado, y un pluralismo transnacional (lex mercatore) que imponen las transnacionales por encima de las regulaciones locales. Véase: Santos, Boaventura De Sousa (1987) “Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law”, 14 *Journal of Law and Society* 279; (1991): *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá: ILSA (p.63 y ss); (1994) “Entrevista a Boaventura de Sousa Santos” por Raquel Yrigoyen. En: *Desfatiendo Entuertos*, N° 3-4 (pp. 27-31); (1995): *Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nueva York: Rutledge; y (1998): *La Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional de Colombia. También véase: Bohannan, Paul (1964): “La antropología y la ley”, en *Antropología una nueva visión*. Cali: Editorial Nosma; y Gluckman, Max (1978): *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*. Madrid: Akal. Para una síntesis actualizada de los aportes de la antropología jurídica, véase: Krtoz, Esteban (2002): *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Anthopos, y Sánchez, Esther (2004): *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, (pp. 17-45).

**Definición operativa de derecho**

| Contenido                                                                                                                                                                                                            | Funciones                                                                                                                                                        | Contextualización                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Sistema de <ul style="list-style-type: none"> <li>- Normas, Valores o principios (retórica)</li> <li>- Procedimientos y prácticas,</li> <li>- Autoridades, instituciones y Reglas para cambiar las reglas</li> </ul> | Que sirve para <ul style="list-style-type: none"> <li>- Regular la vida social,</li> <li>- Resolver conflictos,</li> <li>- Organizar el orden público</li> </ul> | Que tiene cierto grado de <ul style="list-style-type: none"> <li>- Legitimidad y</li> <li>- Eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico</li> </ul> |

**1. Las políticas indigenistas en los Países Andinos**

Antes de analizar los modelos constitucionales, me parece pertinente dar un marco general sobre las políticas indigenistas andinas en las cuales tales modelos constitucionales se encuadran. Marzal, de quien tomo en parte su tipología sobre Perú y México, define las políticas indigenistas como los diferentes “proyecto[s] de los vencedores para integrar a los vencidos dentro de la sociedad que nace después de la conquista.”<sup>8</sup> Dichas políticas difieren de acuerdo al grado de autonomía o sometimiento en el que se encuentren las sociedades indígenas respecto de la sociedad dominante. *Grosso modo*, creo que cabe agruparlas en tres modelos, que siguen rutas históricas diferenciadas: a) Naciones indígenas colonizadas en el s. XVI, b) Naciones Indígenas no sometidas con las que la Corona firmó tratados, y c) Naciones indígenas no colonizadas a donde la Corona enviaba misioneros.<sup>9</sup>

Como tendencia general, los españoles se asentaron más fácilmente sobre dominios que ya pertenecían o habían sido conquistados por los Incas, como ocurrió también en Mesoamérica, con territorio que fuera de Aztecas y Mayas. Tales naciones indígenas fueron sometidas y reducidas en *pueblos de indios*. Pero las naciones indígenas que no habían conquistadas por los Incas tampoco lo fueron por los españoles, y tuvieron un desenlace histórico distinto. En el caso de los pueblos del Sur como los Mapuche, Pehuenque, Ranqueles, entre otros, ante la imposibilidad de su sometimiento militar, la Corona española decidió firmar tratados y parlamentos para mantener relaciones de paz y comercio durante todo el período colonial, a partir de 1610 en adelante.<sup>10</sup> Estos pueblos nunca fueron sometidos a servidumbre personal ni a la *mita*. En el caso de los pueblos ubicados en las selvas (Amazonía, Orinoco, Guajira), la Corona mandó misioneros, y la colonización de la misma se produjo propiamente en el s. XIX. De estas tres situaciones se derivan, políticas indigenistas diferenciadas.

<sup>8</sup> Marzal, Manuel (1986): *Historia de la Antropología indigenista: México y Perú*. Lima: PUCP, 1986, p. 43.

<sup>9</sup> Véase un mayor desarrollo en: Yrigoyen Fajardo, Raquel (2001): “Políticas históricas de relación estado-pueblos indígenas en los países andinos, nuevo constitucionalismo y posibles acuerdos constructivos” en: Curso de Verano *Tratados y otros acuerdos constructivos entre estados y pueblos indígenas*. Sevilla Universidad Internacional de Andalucía.

<sup>10</sup> Fernández Sonia (2001): *Naciones Indígenas. Análisis histórico y constitucional de los casos de Argentina y Chile*, en [www.Alertanet.org](http://www.Alertanet.org) (Foro II). De esta autora tomo valiosa información sobre los pueblos no sometidos de Chile y Argentina. Sobre Argentina también me valgo del trabajo de Briones y Carrasco (2000) y Levaggi (2001). Y sobre Chile, de Aylwin (1999, 2001 y 2002), Bengoa (2001), Lincoqueo (2000), Lillo (2000) y Namuncurá (2001).

### 1.1. Naciones indígenas colonizadas

Marzal estudia los casos de Perú y México y alude a las políticas desarrolladas por los estados respecto de los indígenas que lograron ser sometidos y colonizados, y por ende, convertidos en *indios*. En gran modo, es semejante lo ocurrido en los demás países Centroandinos en tanto formaban parte de la misma unidad histórico-política. Según Marzal, ha habido tres grandes proyectos políticos organizados desde el poder/ los gobiernos respecto de los pueblos indígenas.<sup>11</sup> De mi parte, introduzco unas variantes al esquema de Marzal, y añado un par de modelos.<sup>12</sup> Uno al inicio y otro al final. De este modo, anoto cinco momentos o políticas respecto de los pueblos colonizados.

(1) Históricamente, aparece primero el proyecto de ocupación y sometimiento de naciones originarias en el siglo XVI. Tal se implementa a través de la ocupación político-militar de los pueblos pre-colombinos, lo que implicó la desestructuración del Tawantinsuyo (el llamado “Imperio de los Incas”) y el sometimiento de los pueblos y señoríos que lo componían, así como el de otros pueblos vecinos. El sometimiento de los pueblos originarios a partir de la invasión hispana constituye el hecho fundacional de la condición indígena posterior.

(2) Le sigue el proyecto de subordinación política y segregación colonial. El Derecho Indiano establece un régimen de separación física y diferenciación legal que se implementa desde el siglo XVI hasta inicios del XIX. Los indígenas fueron reducidos en *pueblos de indios*, y sujetos a cargas coloniales (tributo, trabajo forzoso, penas especiales), bajo régimen legal diferenciado. La Corona establecía protección de sus tierras, frente a los colonos. Dentro de los *pueblos de indios* regía un sistema de gobierno indirecto, dado que el Derecho Indiano permitía la existencia de autoridades indígenas (curacas y alcaldes), y pluralismo legal subordinado, esto es, el fuero indígena y la aplicación de sus “usos y costumbres” —en tanto no contradijeran la religión o las leyes—. Según las Leyes de Indias, los alcaldes de *pueblos de indios* así como los curacas o caciques tenían jurisdicción civil y criminal, pero sólo para pleitos entre *indios* en casos que no ameritaban pena grave. Los casos graves pasaban al corregidor español y las audiencias. Cuando los indígenas eran sometidos a las audiencias, entonces se les aplicaba un régimen diferenciado, bajo las reglas del derecho castellano medieval correspondientes a los rústicos, miserables y menores. Esto es, procedimientos simplificados, aplicación de usos y costumbres, exoneración de costas procesales, y presencia de defensores y procuradores.<sup>13</sup>

(3) Luego de la Independencia aparece el proyecto asimilacionista de inicios de la República. Tal dura desde el s. XIX hasta bien entrado el s. XX. Su objetivo es

<sup>11</sup> Según Marzal hay 3 políticas seguidas por los estados: 1) el *indigenismo colonial* cuyo proyecto político es *segregar* y “conservar” a las sociedades y culturas indígenas como tales bajo el control (defensa-explotación) de la sociedad dominante; 2) el *indigenismo republicano* cuyo proyecto político es “*asimilar*” a los indígenas a la sociedad nacional para formar una nación mestiza; y 3) el *indigenismo moderno*, de mediados del siglo XX, que tiene como proyecto político *integrar* a los indígenas a la sociedad nacional pero conservando ciertas peculiaridades culturales propias.

<sup>12</sup> Utilizo la categoría de “modelos” en el sentido de los *tipos ideales* de Weber (Weber, Max (1974): *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica). Es decir de construcciones teóricas basadas en la relevancia de determinados aspectos. Por lo tanto, esta taxonomía plantea *modelos* que más o menos corresponden con un momento histórico, pero no significa que sean cerrados, pues en cada momento se aprecian elementos de modelos previos y la emergencia de rasgos que caracterizarán modelos posteriores.

<sup>13</sup> Véase: Clavero, Bartolomé (1994): *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI Editores.

convertir a los *indios* en ciudadanos, mediante el levantamiento de sus cargas coloniales (tributo, mita), y la desaparición de sus protecciones colectivas (tierras, autoridades, fuero, usos y costumbres, idioma, etc.).

(4) Posteriormente, aparece el proyecto integracionista de mediados del s. XX, que reconoce ciertos derechos colectivos y especificidades indígenas, pero sin renunciar al modelo de Estado-nación ni al monismo legal. Y,

(5) Finalmente, aparece el *horizonte pluralista* a finales del s. XX e inicios del s. XXI, gracias a reformas constitucionales y, la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Dichas constituciones reconocen el carácter pluricultural del Estado/nación, los pueblos indígenas, y el pluralismo legal.

## 1.2. Los pueblos no sometidos con los que la Corona firmó tratados

Aquí la ruta histórica es diferente.

(1) En el s. XVI estos pueblos no pudieron ser conquistados militarmente, por lo que no fueron sometidos ni colonizados.

(2) Entre el s. XVII y fines del XVIII, mientras los otros pueblos del núcleo colonial eran reducidos y sufrían las cargas coloniales, los no conquistados firmaron tratados o parlamentos con la Corona, aunque siempre mantuvieron una relación tensa.

(3) Después de la Independencia, a mediados del s. XIX, los nuevos estados de Chile y Argentina desconocieron los tratados y parlamentos firmados entre la Corona y los pueblos originarios, e iniciaron una campaña de ocupación militar y exterminio, lo que no ocurrió en el s. XVI.<sup>14</sup> Así, fueron despojados de su territorio y reducidos en espacios segregados, como en la era colonial.<sup>15</sup> Por el contrario, en lo que fue el núcleo colonial Centroandino, se aplicaban políticas de asimilación, esto es, de desaparición de las reducciones coloniales. En las reducciones, misiones, colonias o mercedes indígenas de la era republicana, Argentina y Chile permiten una suerte de pluralismo jurídico subordinado, esto es, autoridades y costumbres indígenas de modo limitado.

(4) Después de la segunda década del s. XX, mientras los estados Centroandinos empiezan a reconocer derechos colectivos y a elaborar discursos de integración indígena, Chile inicia una política de asimilación mediante leyes que buscan disolver las reducciones indígenas. Argentina mantuvo un modelo de constitución asimilacionista-misionera entre 1853 y 1994.<sup>16</sup>

(5) Chile y Argentina ensayan algunas políticas integracionistas limitadas. En Chile, luego de las políticas de exterminio, reducciones y privatización de tierras del siglo XIX, se ensayaron políticas de orientación “campesinista” en los setentas, incluyendo una reforma agraria y entrega de tierras a los mapuches, en tanto campesinos; proceso fue revertido por el gobierno de Pinochet.<sup>17</sup>

(6) La apertura limitada al pluralismo. Argentina cambia la Constitución asimilacionista de 1853 en 1994, fecha en la que por primera vez en la historia constitucional reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, y un conjunto de derechos, aunque con limitaciones. Y en el 2000 hace el depósito internacional del

<sup>14</sup> Los expertos calculan que la llamada Campaña de Pacificación de la Araucanía en Chile y la Conquista del Desierto en Argentina exterminaron más de 300,000 indígenas (Fernández 2001).

<sup>15</sup> Estas políticas despojaron del 95% de sus tierras a los mapuche (Aylwin 2002).

<sup>16</sup> En Argentina la población indígena constituye apenas el 1% del total mientras que en Chile bordea el 8%, con aproximadamente un millón de personas.

<sup>17</sup> Namuncurá (2001) y Aylwin (2001).

Convenio 169 de la OIT. En Chile, Con la llegada de la democracia se reivindican los derechos indígenas, pero su reconocimiento todavía queda en un nivel infraconstitucional (mediante ley de 1993), siendo Chile el único país andino que no ha logrado constitucionalizar los derechos indígenas ni ratificar el Convenio 169 de la OIT. Los intentos frustrados de reforma constitucional, el último el 18 de mayo de 2005, reflejan todavía una vocación integracionista, bajo la ideología del Estado-nación y el monismo jurídico.

### 1.3. Naciones no colonizadas a donde la Corona envió misioneros

Se trata de las regiones de la Amazonía, el Orinoco, la Guajira.

(1) En el s. XVI los españoles enviaron misioneros dado que no era efectivo el envío de conquistadores, pues los indígenas se internaban selva adentro. La Iglesia logró hacer ensayos autonómicos sin presencia de encomenderos (como las misiones de los Jesuitas en Maynas o entre los Guaraní; los dominicos en las Verapaces de Guatemala; o los pueblos-hospitales de Vasco de Quiroga en México). Estas misiones a su vez permitían el control de fronteras. Esta política se mantuvo durante toda la Colonia. En los espacios autonómicos indígenas controlados por los misioneros había una suerte de pluralismo jurídico subordinado en tanto se permitía un cierto nivel de autoridad indígena y la vigencia de algunas de sus normas y costumbres, mientras fueran acordes con el modelo misionero.

(2) Después de la Independencia los estados republicanos adoptan como política de Estado, nuevamente, el envío de misioneros para la conversión y civilización de “salvajes”. A diferencia de la era colonial, en que las misiones eran un freno a los colonos, en era republicana, las misiones son la punta de lanza para la entrada de colonos y militares. Van juntos “la cruz, el arado y el fusil”,<sup>18</sup> lo que permite ampliar la frontera agrícola interna y asegurar la externa. Colombia y Venezuela establecen territorios y regímenes especiales, y fuero eclesial para indígenas *salvajes* que dura hasta casi finales del s. XX. Perú, Ecuador y Bolivia establecen el envío de misioneros y la colonización de los “Orientes” mediante abundante legislación secundaria. El s. XIX es la era de la penetración colonizadora en la Amazonía, mediante actividades extractivas (caucho, petróleo, café, etc.).

(3) Integracionismo. Perú, Ecuador y Bolivia establecen políticas integracionistas y *campesinistas* en lo social a partir de la tercera década del s. XX, mientras todavía mantienen políticas de colonización. En lo penal, los códigos empiezan a incorporar dicha población, al contemplar reglas especiales para *salvajes* o *inimputables*, pero expresan un proyecto asimilacionista. En Venezuela, las Constituciones de la segunda mitad del s. XX mantienen políticas de regulación especial, pero ya no bajo el discurso misionero-civilizador, sino integracionista.

(5) Con la llegada del pluralismo, Colombia y Venezuela, enlazan -casi sin solución de continuidad- directamente el paso de los regímenes especiales del modelo segregacionista de carácter civilizador a los nuevos regímenes constitucionales autonómicos de corte pluralista.

<sup>18</sup> García, Pilar (2001): *Cruz y arado, fusiles y discursos. La construcción de los Orientes en el Perú y Bolivia 1820-1940*. Lima: IEP.

**Cuadro síntesis de las políticas indigenistas**

| Casos/ Períodos                               | PUEBLOS SOMETIDOS EN EL S. XVI                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | PUEBLOS NO SOMETIDOS EN EL S. XVI                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-----------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>1. Sometimiento (S. XV-XVI)</b>            | <ul style="list-style-type: none"> <li>-Ocupación militar y política.</li> <li>-Guerras de conquistas contra los pueblos originarios.</li> <li>-Desestructuración militar y política de la cabeza del Tawantinsuyo (mega-estado Inca), y sometimiento de los pueblos que lo conformaban. (Igual en el caso de otras grandes confederaciones o estados: Aztecas, Mayas).</li> <li>-Debate sobre las <i>Justas Causas</i> de las guerras contra los indios: <i>Teoría de la servidumbre Natural</i>.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <ul style="list-style-type: none"> <li>-Pueblos no conquistados por los Incas ni españoles:</li> <li>Pueblos del Sur: mapuches, pehuenques, renqueles y otros (ahora Argentina y Chile).</li> </ul>                                                                                                                                                                                        | <ul style="list-style-type: none"> <li>Pueblos no colonizados:</li> <li>Pueblos de la Amazonía y el Orinoco</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>2. Colonia (S. XVI- Inicios S. XVIII):</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>-Segregación, gobierno indirecto y pluralismo subordinado</li> <li>-Instalación de gobierno colonial. Virreinato del Perú.</li> <li>-Subordinación política y explotación económica de los pueblos sometidos.</li> <li>-Sometimiento e incorporación al sistema colonial: indios <i>vasallos</i> de la Corona.</li> <li>-Dualismo legal Subordinado: dos regímenes jurídicos diferenciados.</li> <li>-Segregación física de <i>pueblos de indios</i> para facilitar tributo, mita y evangelización.</li> <li>-Gobierno indirecto (autoridades indígenas) y pluralismo subordinado: fuero indígena para casos menores y "<i>Usos y costumbres</i>" limitados.</li> <li>-Justificación: "<i>ideología de la inferioridad natural de los indios</i>"</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Tratados</b></li> <li>a) Sur: Conflicto en las fronteras de núcleos coloniales establecidos con pueblos no sometidos.</li> <li>-Firma de <b>Tratados y Parlamentos</b> entre Corona Española y pueblos no conquistados del Sur.</li> <li>-Estos pueblos no fueron sometidos a servidumbre personal, tributo ni mita.</li> </ul>                  | <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Misiones</b></li> <li>b) Amazonía Y selvas del Orinoco y la Guajira: Envío de <b>misioneros</b> (no se firmaron tratados ni parlamentos).</li> <li>-En algunos casos se hicieron experimentos semi-autonómicos (como con los Guaraní).</li> </ul>                                                                    |
| <b>Independencia (Siglo XIX):</b>             | <ul style="list-style-type: none"> <li>-<b>Asimilación</b></li> <li>-Independencia: liderada por criollos.</li> <li>-Nuevas repúblicas: idea del Estado-nación (un pueblo, un idioma, una cultura, una religión).</li> <li>-Estado-derecho: monismo legal. Un solo sistema jurídico para todos. Abolición de regímenes legales diferenciados</li> <li>-Sólo el Estado produce derecho y monopoliza la violencia legítima.</li> <li>Fin de gobierno indirecto y pluralismo subordinado</li> <li>-Objetivo: desaparición de culturas indígenas, mediante la <i>conversión de indios en ciudadanos</i>: asimilación de los indios a la nueva nación mestiza.</li> <li>-Modelo individualista de derechos: desconocimiento de protecciones colectivas a indígenas (tierras, idiomas, etc.).</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Guerra: despojo territorial y sometimiento</b></li> <li>a) Desconocimiento de tratados y parlamentos por los nuevos estados de Chile y Argentina, que se reparten territorio de pueblos no sometidos.</li> <li>-<b>Campañas militares de ocupación y exterminio</b> por Chile y Argentina</li> <li>- Despojo territorial, reducciones</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Misiones y reducción para conversión y civilización de salvajes</b></li> <li>b) Pueblos de la Amazonía, Guajira, Orinoco:</li> <li>-Política misionera como política de Estado.</li> <li>- Colonización y penetración extractivo-mercantil para expansión de frontera interna y protección de la externa.</li> </ul> |
| <b>República: (Siglo XX)</b>                  | <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Integracionismo</b></li> <li>-Reconocimiento de sujetos y</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Asimilación.</b></li> <li>a)Pueblos del Sur:</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>Siguen políticas de</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                          |

|                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                               |
|--------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                            | <p>derechos colectivos, pero como minorías.</p> <p>-Reconocimiento de ciertos derechos culturales y socio-económicos.</p> <p>-“Problema indígena”: marginación, pobreza.</p> <p>-Proyecto: integrar a los colectivos indígenas al mercado y Estado.</p> <p>-Acciones: Institutos Indigenistas, reforma agraria, cooperativismo, <i>campesinización</i>.</p> <p>-Reconocimiento de derechos indígenas no debe afectar políticas de integración, ni unidad territorial.</p> <p>-Se mantiene monismo jurídico.</p> <p>-Convenio 107 OIT: reconocimiento de derechos dentro de marco integracionista/ asimilacionista.</p>                                                                   | <p>-Constitución <b>Argentina</b> de 1853 hasta 1994: Modelo <i>civilizador</i>.</p> <p>-<b>Chile</b>: Silencio constitucional sobre indígena, pero política de asimilación vía leyes <b>Integracionismo limitado</b>: 60’s: reforma agraria y entrega de tierras, <i>campesinización</i> (proceso revertido por Pinochet).</p>                                               | <p><b>colonización</b></p> <p>b) Amazonía: penetración extractivo-mercantil</p> <p>- Se mantienen regímenes especiales bajo fuero eclesial en Colombia y Venezuela</p> <p>- Perú: reconocimiento de potestades jurisdiccionales para casos menores (1974)</p> |
| <b>Última Década S. XX- Inicios S. XXI</b> | <p><b>Horizonte Pluralista</b></p> <p>-Convenio 169 OIT: superación de asimilacionismo e integracionismo. Propone que pueblos indígenas controlen sus propias instituciones dentro de los Estados en los que viven.</p> <p>-Reformas constitucionales: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), Venezuela (1999), que incluyen:</p> <p>-Reconocimiento del carácter Pluricultural de la Nación/ Estado/ República.</p> <p>-Reconocimiento de Pueblos Indígenas.</p> <p>-Reconocimiento del pluralismo legal: Derecho Indígena y jurisdicción especial/ justicia.</p> <p>-Aún hay tensiones, contradicciones y deficiencias pero se abre perspectiva pluralista.</p> | <p><b>Reconocimientos limitados (línea integracionista) y demandas pluralistas</b></p> <p>-Argentina: Reconocimiento constitucional limitado (1994).</p> <p>-Ratificación del Convenio 169 (2000).</p> <p>-Chile: Reconocimiento infra-constitucional de derechos indígenas (ley de 1993).</p> <p>-No ratificación del Convenio 169.</p> <p>-Conflicto con Pueblo Mapuche</p> | <p>Se extiende el modelo pluralista a los pueblos a los que antes se aplicaba políticas especiales de corte segregacionista. Se da continuidad a la legislación especial. Se mantienen políticas extractivas y por ende de conflicto.</p>                     |

## 2. Modelos constitucionales

### 2.1. Constitucionalismo liberal y sometimiento indígena

De la revisión de las constituciones americanas<sup>19</sup> postulo que las mismas adoptan tres modelos de tratamiento indígena en el marco del constitucionalismo liberal. El constitucionalismo liberal se caracteriza por el establecimiento del sistema institucional democrático y garantías liberales de corte estrictamente individualista.<sup>20</sup> Tales modelos de tratamiento indígena son bosquejados en las primeras constituciones históricas de las Américas, más la Carta de Cádiz de 1812. Tienen

<sup>19</sup> Además de mi propia búsqueda, he aprovechado la selección de textos constitucionales de Clavero, Bartolomé: Clavero, (2004): *Pronunciamientos indígenas de las Constituciones Americanas*, en [www.Alertanet.org/constitucion-indigenas.htm](http://www.Alertanet.org/constitucion-indigenas.htm). y Barié, Cletus Gregor (2003): *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. 2a ed. Bolivia: Instituto Indigenista Interamericano, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Editorial Abya-Yala. Cito los textos de las Constituciones de Iberoamérica de: <http://cervantesvirtual.com/portal/constituciones/constituciones.shtml>.

<sup>20</sup> En las constituciones andinas, el marco liberal no siempre es consistente, por estar en pugna con el conservadurismo, enclavado en las estructuras heredadas de la Colonia.

como objetivo el sometimiento indígena, esto es, el despojo de sus territorios, el aseguramiento de su subordinación política, y su anulación cultural. Las modalidades específicas de sometimiento constitucional indígena responden al grado de sujeción o autonomía indígena precedente.

Las tres modalidades de sometimiento indígena en el marco del constitucionalismo liberal son las siguientes:

**a) Modelo segregacionista colonial de tutela federal de naciones domésticas.**

El primer modelo de tratamiento constitucional de los indígenas en las Américas aparece ya con la Constitución de los Estados Unidos (EEUU) de 1787. Las provisiones de esta Constitución están destinadas a la domesticación de las *naciones indias* no sometidas, con las que la Corona Inglesa –previamente- y la Unión –luego- habían firmado tratados, como los que firmaban con naciones extranjeras. El desarrollo del modelo derivará en un formato segregacionista-colonial de tutela federal de “naciones domésticas”, uso de guerra –por fuera de las reglas de guerra-, reducción física y subordinación política, con regímenes diferenciados; establecimiento de *territorios* sin soberanía estadual, pluralismo jurídico subordinado y limitado, y suspensión constitucional de ciudadanía para los indígenas no tributarios.

**b) El modelo propiamente liberal-asimilacionista.**

El segundo modelo, de corte liberal asimilacionista, es diseñado por la primera constitución de la Hispanoamérica Independiente, la Constitución de Venezuela de 1811. Este modelo se dirige a los indígenas ya sometidos y reducidos en *pueblos de indios* durante la era colonial. Busca dar fin al régimen diferenciado y al remanente de autoridad colectiva indígena que el sistema de gobierno indirecto y pluralismo subordinado de la Colonia permitían. En el marco de la ideología individualista liberal los estados republicanos proscriben las comunidades indígenas y toda forma corporativa. Bajo tal ideología liberal se pregonaba la conversión de *indios* en ciudadanos iguales ante la ley, lo que se traduce en levantamiento constitucional de las cargas coloniales de los indios (mita y servicio personal). La otra cara de la moneda es el levantamiento de las protecciones colectivas que existían en era colonial y protegían a los indígenas frente al avance de los criollos, como la inalienabilidad de tierras colectivas indígenas. El constitucionalismo liberal busca desaparecer los elementos de cohesión colectiva, y de reproducción material, política y cultural de los pueblos indígenas, y así prevenir posibles levantamientos, como ocurrió a fines de la era colonial. Bajo la ideología del Estado-nación y el monismo legal, las constituciones sancionan un solo idioma, cultura, religión y ley para todos los ciudadanos, buscando la *asimilación* de los indígenas a dicho patrón general. Quedan proscritos el fuero, autoridades, y normas indígenas, así como sus idiomas y cultura.

**c) El modelo constitucional misionero-civilizador.**

El tercer modelo se desprende de las constituciones de Nueva Granada (Colombia) de 1811 y de Cádiz de 1812, todavía bajo esquema monárquico. Contiene un programa **Misionero-civilizador** de conversión y *civilización* de *indios infieles/incivilizados*, bajo **tutela eclesial** o estatal. Este modelo está destinado al

sometimiento de las naciones indígenas aún no colonizadas, buscando la sedentarización de las mismas en misiones o reducciones. Con ello, los nuevos estados buscan ganar territorio para ampliar la frontera agrícola interna con la presencia de colonos, y asegurar la frontera externa. El constitucionalismo misionero-civilizador utiliza los medios del segregacionismo colonial (segregación territorial, régimen legal especial, tutela eclesial y administrativa, gobierno indirecto, pluralismo subordinado), bajo suspensión transitoria de ciudadanía. Su objetivo explícito no es el de mantener a los indígenas segregados, sino de “civilizarlos”, a fin de que posteriormente se sometan a la ley general. Sin embargo, esta modalidad segregacionista tutelar tenderá a perpetuarse.

En el s. XIX, los nuevos estados andinos, y latinoamericanos en general, adoptan estos tres paradigmas de sometimiento constitucional de los indígenas, de modo directo o mixto, así como sucesivo, de acuerdo a la condición indígena precedente. La aplicación de tales modelos a las diversas realidades indígenas heredadas de la era colonial (naciones sometidas y reducidas en “pueblos de indios”, naciones no sometidas con las que se firmaron tratados, y naciones no colonizadas) dará lugar a políticas indigenistas diferenciadas.

Estas modalidades de sometimiento constitucional indígena mantendrán su vigencia durante todo el s. XIX y hasta entrado el s. XX, cuando aparezca el constitucionalismo social.

#### Cuadro de los modelos de sometimiento constitucional del indígena s. XVIII-XIX

| Modelos               | Modelo Segregacionista-colonial de Tutela Federal de <i>naciones domésticas</i>                                                                                       | Modelo Liberal-Asimilacionista: conversión de <i>indios</i> en <i>ciudadanos</i>                                                                                                                    | Modelo Misionero-civilizador: Tutela Eclesial o adm. de <i>salvajes</i> para su civilización                                   |
|-----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Paradigma             | EEUU 1787                                                                                                                                                             | Venezuela 1811                                                                                                                                                                                      | Nueva Granada 1811 y Cádiz 1812                                                                                                |
| Sujetos destinatarios | -Naciones indígenas no sometidas<br>-Habían celebrado <b>tratados</b> de paz, comercio y fronteras con Coronas.<br>-Gozaban de soberanía y control territorial        | - Indígenas colonizados y reducidos en “ <i>pueblos de indios</i> ”<br>-Sufrían cargas coloniales: tributo, trabajo forzado, azote<br>-Gozaban de: autogobierno limitado, fuero propio y territorio | -Pueblos indígenas <b>no colonizados</b> por difícil acceso para el conquistador (selvas, desiertos).<br>-Gozaban de soberanía |
| Objetivos             | 1. Domesticar naciones indígenas autónomas sometiéndolas a tutela del Congreso Federal<br>2. Incorporar territorios indígenas a la Unión<br>3. Mantener <i>indios</i> | 1. Promesa liberal: “Convertir <i>indios</i> en <i>ciudadanos</i> ”: levantar cargas coloniales, intitularlos de derechos<br>2. Desmontar <i>pueblos de indios</i> (tierras,                        | 1. “Civilizar y evangelizar salvajes” para someterlos a ley general<br>2. Colonizar: Incorporar nuevos territorios, y          |

|                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                           |
|------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                      | segregados pero subordinados                                                                                                                                                                                                                                                     | gobierno, fuero) y<br>3. Extender la ley general                                                                                                                                                                                           | 3. Proteger fronteras                                                                                                                                                                                                                     |
| <b>Medios</b>                                        | 1. Tutela federal y regulación especial<br>2. Trato pacífico y comercio<br>3. Guerra ante “invasiones”<br>4. “Territorios” segregados pero sin soberanía.<br>5. Interno: gobierno Indirecto y fuero indígena subordinado<br>6. Suspensión de ciudadanía y ders. constitucionales | 1. Eliminación de cargas coloniales<br>2. Disolución de tierras colectivas, fueros y gobierno propio<br>3. Sujeción a ley general<br>4. Programas de asimilación cultural o “desindianización”<br>5. Intitulación de ciudadanía individual | 1. Régimen especial “temporal” bajo tutela eclesial o estatal<br>2. Trato pacífico, misiones, comercio.<br>3. Fuerza ante “hostilidades”<br>4. Colonización y reducciones<br>5. Fuero indígena subordinado<br>6. Suspensión de ciudadanía |
| <b>Control punitivo</b>                              | 1. Guerra ante resistencia al sometimiento<br>2. Jurisdicción federal para crímenes mayores<br>3. Gobierno interno y fuero indígena para casos menores                                                                                                                           | 1. Aplicación de leyes generales (Código Penal) y jueces ordinarios (formal)<br>2. En la práctica: control por otras vías (propias comunidades indígenas, Haciendas, Ejército)                                                             | 1. Régimen especial bajo tutela eclesial o estatal<br>2. Pluralismo interno subordinado<br>3. Uso de fuerza ante “hostilidades”                                                                                                           |
| <b>Difusión del modelo entre países andinos (PA)</b> | Instituciones específicas: 1) Exclusividad del Congreso [de la Unión] sobre indígenas (Arg. Venezuela, Colombia, Perú, Chile), 2) <i>Territorios</i> (Col., Ven.), 3) Exclusión de ciudadanía (Col., Ve.), 4) Guerra, (Argentina, Chile)                                         | -Todos los Países Andinos (PA) aplican este modelo como regla general para indígenas ya colonizados (aún bajo silencio constitucional sobre indígenas)                                                                                     | -Componente “civilizador”: Lo aplican los P. A. con pueblos no sometidos: Chile, Arg., Col., Ven., Ecu., Perú. (Bolivia, bajo silencio const.) Chile: no aplica componente eclesial                                                       |
| <b>Otros</b>                                         | México, Centro América, Canadá, Brasil                                                                                                                                                                                                                                           | Regla general aún bajo silencio constitucional                                                                                                                                                                                             | Paraguay, Honduras, Panamá                                                                                                                                                                                                                |

## 2.2. El Constitucionalismo Social en el s. XX y el indigenismo integracionista

Con la emergencia del constitucionalismo social en Latinoamérica, a partir de la Constitución de México de 1917, se introducen los derechos sociales y colectivos,

que cuestionan las limitaciones del modelo liberal precedente.<sup>21</sup> Ello, por lo menos, tiene tres implicaciones. Primera. A diferencia del carácter fundamentalmente abstencionista que el modelo liberal clásico diseñaba como papel del Estado, los derechos de carácter social -como los relacionados al trabajo, la educación, la salud, la vivienda, las prestaciones sociales- obligan al Estado a formas de intervención en la vida económica y social, incluyendo políticas públicas proactivas, así como el establecimiento de limitaciones a la libertad contractual y al derecho de propiedad, asignando a éste una función social. Segunda. A diferencia de la interpretación liberal formal del principio de igualdad ante la ley, el constitucionalismo social asume una interpretación sustantiva del derecho a la igualdad teniendo en cuenta las condiciones materiales para que la misma se haga efectiva, por lo que asume un papel protector o tutelar de sectores o grupos sociales vulnerables –trabajadores, campesinos, madres- lo que posibilita el desarrollo de normas tutelares de carácter especial o diferenciado. Tercera. Superando la proscripción de sujetos corporativos que hacía el constitucionalismo liberal individualista, la introducción de derechos colectivos supone el reconocimiento y protección de entes colectivos -como sindicatos, cooperativas, comunidades-, y no sólo de individuos. De ese modo, el constitucionalismo social posibilita el reconocimiento legal del sujeto colectivo indígena, derechos específicos o especiales de carácter protector, y el desarrollo de políticas proactivas o intervencionistas del Estado en favor de derechos sociales de la población indígena. Este es el contexto de aparición del *indigenismo integracionista*.

En palabras de Marzal, el *integracionismo*, como proyecto político, busca superar la negación del indígena del modelo *asimilacionista* y reconoce ciertas especificidades indígenas con el objetivo político de integrar a los indígenas al Estado y el mercado.<sup>22</sup> El constitucionalismo integracionista responde de modo explícito a las limitaciones del modelo liberal asimilacionista del s. XIX, y se extenderá desde la segunda década del s. XX hasta los ochenta. En la última década del s. XX hará su aparición el indigenismo pluralista.

El constitucionalismo social define el “problema indígena” como un asunto de marginalidad socio-económica producida por la concentración de la tierra por la Oligarquía, la servidumbre indígena y la falta de desarrollo agrícola. Los derechos sociales y colectivos que introduce el constitucionalismo social buscan cambiar la situación de los indígenas a los que en el siglo precedente se les aplicara el modelo liberal individualista de disolución de sus entidades jurídicas colectivas, tierras, idiomas, costumbres, autoridades. Queda claro a los legisladores que el desmontaje de las protecciones colectivas que la Colonia daba a las comunidades indígenas no produjo prósperos agricultores sino despojo territorial a favor de hacendados,

<sup>21</sup> Hay una vasta literatura sobre los aportes del constitucionalismo social mexicano y sobre el constitucionalismo social en general, que no es materia de esta tesis. Sólo me referiré a su impacto en materia indígena. Véase, entre otros: Sayeg Helú, Jorge (1991): *El Constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*. México: Fondo de Cultura Económica; Kurczyn Villalobos, Patricia (1998): “*El constitucionalismo social frente a la reforma en el derecho del trabajo en México*” en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, Número 92 Mayo-Agosto 1998 (disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art5.htm>); Pisarello, Gerardo (1998): “*Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático*” en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, Número 92 Mayo-Agosto 1998 (disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>); Torre Villar, Ernesto de la y Jorge Mario García Laguardia (1976): *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>22</sup> Marzal, 1986.

servidumbre indígena, miseria generalizada y marginación social; lo que las nuevas políticas sociales buscan paliar. He ahí que las constituciones se preocupan por el reconocimiento de entidades colectivas y tierras; el fin de la servidumbre, y el establecimiento de diversas protecciones, con un propósito de integración y desarrollo.

En el marco del constitucionalismo social, el indigenismo integracionista reconoce derechos indígenas específicos que dan paso a nuevas políticas públicas. En primer lugar, los estados Centroandinos de Perú, Bolivia y Ecuador reconocen constitucionalmente entes colectivos como comunidades indígenas y campesinas, sindicatos campesinos, cooperativas y otras formas de organización colectiva indígena.<sup>23</sup> En segundo lugar, las constituciones establecen protecciones frente al abuso en el trabajo, buscando proscribir la servidumbre indígena, y dan un papel activo al Estado con relación a la educación, la salud y la integración de los indígenas al mercado y el Estado. En tercer lugar, las constituciones reconocen tierras colectivas, incluso restaurando el carácter inalienable que tenían en la Colonia. Aquí destacan las políticas de reforma agraria, fomento propiedad social, comunal o cooperativa, y de desarrollo agrícola. Los indígenas son definidos básicamente como campesinos. En cuarto lugar, las constituciones reconocen algunas especificidades culturales proscribas previamente, lo que hace permisible el uso de los idiomas y prácticas culturales indígenas. Ello va vinculado a la prestación de servicios públicos teniendo en cuenta las particularidades socio-culturales indígenas (como fomento de la educación en idiomas indígenas, difusión del folklore, y la artesanía, etc.). En cuarto lugar, también se reconocen algunas instituciones, autoridades, usos y prácticas jurídicas indígenas para regulación de la vida social y la resolución de conflictos, pero subordinadas a la ley y el orden público, y sin que en ningún caso amenacen la integridad territorial, el monopolio estatal de la violencia legítima y la llamada “unidad nacional”.

Si bien el pensamiento jurídico constitucional admite entidades y derechos colectivos, superando el liberalismo individualista decimonónico, no hace concesiones respecto de la identidad Estado-derecho. Al contrario, el Estado social supone un reforzamiento de la presencia estatal y el indigenismo permite la regulación estatal del mundo indígena. La máxima fisura intrasistémica que permite el pensamiento jurídico monista es la aceptación de “costumbres” indígenas, pero no el derecho indígena como tal, o el pluralismo legal. El reconocimiento de ciertas costumbres o incluso del derecho consuetudinario indígena mismo sólo cabe de modo transitorio y con el expreso límite de que no afecte las políticas de integración a las que los estados pueden someter a los pueblos indígenas. Esto tiene un claro desarrollo en el ámbito internacional con la elaboración del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales en Países Independientes de 1957. En el campo internacional americano el nuevo indigenismo integracionista se expresa a partir del Congreso de Puzcuaro en 1940, que permite la institucionalización del mismo como política de Estado a escala

<sup>23</sup> Ello permite una lenta superación del concepto de “raza indígena” con el que se calificaba a los colectivos indígenas luego del abandono de las categorías de *república de indios*, *pueblos de indios*, o *naciones de indios*, que se utilizaban en era colonial y que en tiempos constitucionales podían colisionar de algún modo con la idea del Estado-nación. Las constituciones no recuperan la terminología colonial, sino que introducen el concepto de “comunidad indígena”, y luego diversos nombres asociados a la condición campesina de los mismos.

intercontinental. La Carta Americana de creación de la Organización de los Estados Americanos –OEA en 1948 establece un marco integracionista sobre el “problema indígena”.

Respecto de los colectivos indígenas de los territorios del Orinoco, la Amazonía o los “orientes” de Colombia, Ecuador o Bolivia, que no se encontraban sometidos al inicio de la República, durante el s. XX, las constituciones continúan alentando las políticas de colonización y la emisión de legislación especial para indígenas.<sup>24</sup> En estos casos, la dación de legislación especial no es producto del nuevo constitucionalismo social, sino herencia del constitucionalismo misionero-civilizador (Venezuela en el ámbito constitucional, Colombia, al nivel de legislación secundaria. En Perú, Ecuador y Bolivia las constituciones siguen alentando las políticas de colonización). Con la colonización, los estados logran someter de hecho a la población indígena de la Amazonía que antes se encontraba por fuera de la sujeción estatal. Con la autorización constitucional de elaborar legislación especial para los indígenas, se abre la puerta para la sujeción legal de los indígenas mediante reglas especiales dentro de los códigos generales. Esto explica, por ejemplo, las normas especiales para indígenas dentro del Código Penal peruano de 1924. El constitucionalismo social, al permitir normas especiales para indígenas, da continuidad al constitucionalismo misionero-civilizador respecto de la existencia de regulación especial. Sin embargo, ello no da lugar al establecimiento de regímenes separados, sino de reglas especiales (como fisuras intrasistémicas) dentro de las leyes generales, para poder someter y asimilar a la población indígena. Se trata de un mecanismo de “integración” forzosa de los indígenas por parte de la regulación estatal, mediante nuevas formas de control legal e institucional. Curiosamente, esto permite realizar de modo más eficaz lo que no logró el constitucionalismo asimilacionista, la fagocitación del mundo indígena y su control por los no-indígenas, a partir del reconocimiento constitucional de su existencia y diferencia. La normativa especial y las políticas de integración indígena suponen una línea de continuidad histórica de más larga data, que hunde sus raíces en el hecho colonial: se establecen desde fuera del mundo indígena, con un marcado acento paternalista. En este sentido, reeditan la tutela colonial.

Con relación a las naciones indígenas que no habían sido conquistadas durante la era colonial y a las que los nuevos estados de Argentina y Chile aplicaron políticas de guerra durante la segunda mitad del s. XIX, el resultado fue el despojo de su soberanía y territorio. Luego del lacónico pronunciamiento civilizador de su Constitución de 1822, a partir de la Constitución de 1823, Chile impone silencio constitucional sobre los indígenas que se extenderá durante todo el s. XX y hasta nuestros días. Ello no le impide producir una vasta legislación especial. Argentina mantiene durante casi todo el s. XX el texto de la Carta de 1853, de carácter misionero-civilizador, y también produce legislación secundaria de carácter especial.

Entrado el s. XX, la población indígena superviviente al genocidio se encuentra reducida y “radicada” en comunidades aisladas, obligada a una economía agrícola

<sup>24</sup> La aplicación del modelo constitucional Misionero-civilizador en el s. XIX tuvo como efectos la penetración colonizadora en los territorios indígenas por colonos particulares y empresas extranjeras extractoras de recursos naturales (caucho, madera, hidrocarburos, etc.) acompañados de burocracia estatal; la desaparición de muchos colectivos indígenas (por enfermedades, enfrentamientos en los procesos de reducción, explotación) y la reducción de los indígenas supervivientes en asentamientos, con una profunda alteración de sus *modus vivendi*.

de subsistencia, y sujeta a un régimen legal de especial, en parte similar al modelo de segregación que se aplicó durante la era colonial a los indígenas sometidos. En Chile, la política de radicación o reducción indígena que terminó hacia la segunda década del s. XX. A partir de entonces, se inicia una política de aliento a las parcelaciones y desaparición de comunidades, siguiendo la ruta asimilacionista que iniciaran el siglo anterior los estados Centroandinos vecinos (Perú, Bolivia, Ecuador). Así, mientras los estados Centroandinos inician a partir de la tercera década del s. XX un nuevo indigenismo integracionista, al amparo del constitucionalismo social (para paliar los nefastos efectos de las políticas asimilacionistas y privatistas del siglo anterior), Chile y Argentina emprenden políticas de cuño asimilacionista. Tales se extienden hasta la segunda mitad del s. XX. Luego de medio siglo de políticas asimilacionistas en Chile, el efecto es el aumento del despojo territorial, la reducción del número de comunidades y la migración de indígenas a las ciudades. La llegada del constitucionalismo social no impacta sobre el mundo indígena sino hasta los sesentas, con las políticas agrarias que Freire (1967) y Allende (1970-73) emprenden a favor del “desarrollo agrario y la integración de las masas campesinas a la nación”.<sup>25</sup> Sin embargo, pronto se inicia un nuevo ciclo violento de despojo. Chile es el primer Estado que introduce, nuevamente mediante la violencia, el modelo económico neoliberal de privatización de la economía y la transferencia de recursos a las transnacionales. Ello impacta en un nuevo despojo de tierras y recursos que las políticas *campesinistas* habían logrado transferir o reconocer a los colectivos indígenas bajo el título de campesinos. Los indígenas tendrán que esperar el inicio de la democracia para la dación de una legislación indigenista que les reconozca derechos (1991). Sin embargo, todavía está pendiente la reforma constitucional que haga lo propio.<sup>26</sup>

En el caso argentino, hay variantes, pues en 1960 el Estado ratifica el Convenio 107 de la OIT, consagrando oficialmente el indigenismo integracionista, que se concreta con la Ley de 1980. El cambio constitucional se hace esperar hasta 1994 y en el 2000 el Estado ratifica el Convenio 169 que supera el Convenio 107.

### 2.3. El Constitucionalismo pluralista de finales del s. XX

En el marco del constitucionalismo social los estados reconocieron el sujeto colectivo indígena y derechos especiales. Sin embargo, los colectivos indígenas sólo fueron reconocidos como comunidades o etnias, no propiamente como pueblos. De otro lado, el modelo integracionista mantuvo el ideal del Estado-nación y el monismo legal. El reconocimiento de “costumbres” indígenas, así como de formas limitadas y subordinadas de la justicia indígena, constituyeron fisuras intrasistémicas que no implicaban el reconocimiento del derecho indígena o del pluralismo jurídico propiamente.

A fines del s. XX se producen cambios importantes que permiten la emergencia del *Horizonte Pluralista*.<sup>27</sup> La transición se da con las constituciones de Guatemala

<sup>25</sup> En Chile, la reforma agraria de Allende posibilita el reconocimiento y adjudicación de tierras colectivas a los indígenas, y favorece el fortalecimiento de sus organizaciones, aunque bajo el título de ‘campesinos’.

<sup>26</sup> Chile, hasta el presente, es el único país andino que no ha reconocido constitucionalmente a los pueblos indígenas y sus derechos, ni ha ratificado el Convenio 169 de la OIT.

<sup>27</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel (2004d): “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos” en: Revista [El Otro Derecho No 30, Variaciones sobre la justicia comunitaria](#). Bogotá: ILSA, 2004. (pp. 171-196).

(1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988) que empiezan a reconocer la conformación multicultural de la nación o el Estado, el derecho a la identidad cultural y nuevos derechos indígenas. La de Guatemala empieza a utilizar el discurso del multiculturalismo,<sup>28</sup> pero todavía bajo el horizonte integracionista y acentuando la perspectiva étnica –no habla de pueblos indígenas ni oficializa sus idiomas-. La de Nicaragua, luego de un proceso de confrontación armada, reconoce el carácter multicultural del pueblo, y es la primera en la región en reconocer “autonomías” de los pueblos indígenas, aunque todavía no plenamente el pluralismo jurídico, en particular para asuntos penales. La de Brasil, que se adelanta en un año al Convenio 169 de la OIT, incorpora importantes derechos indígenas que luego éste reconoce.<sup>29</sup>

El reconocimiento de la jurisdicción indígena, con sus propias autoridades y según sus propias normas y procedimientos, lo inaugura la Constitución de Colombia de 1991, a la que le siguen las constituciones andinas de Perú (1993), Bolivia (1994-2003), Ecuador (1998) y Venezuela (1999), aunque con variantes. Las constituciones de Paraguay (1992) y México (1992-2001), contienen fórmulas mediatizadas de reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena. En el caso del Paraguay, por su carácter voluntario, y en el de México, por su carácter subordinado (validación de las decisiones indígenas por los jueces ordinarios). Argentina luego de más de un siglo, cambia en 1994 la Constitución misionero-civilizadora de 1853, pero todavía bajo la fórmula norteamericana de otorgar atribuciones al Congreso para regular en materia indígena. No obstante, incorpora nuevos conceptos –como el de la preexistencia de los pueblos indígenas- y derechos específicos para los mismos.

La ratificación del Convenio 169 de la OIT asegura la incorporación del concepto de pueblos indígenas, superando el de poblaciones que tenía el Convenio 107. Igualmente, el Convenio 169 de la OIT hace una declaración explícita de superación de las políticas asimilacionistas e integracionistas que los estados habían desarrollado con los pueblos indígenas. Este Convenio reconoce de modo expreso las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones sociales, políticas y culturales, y su desarrollo económico, superando el modelo

<sup>28</sup> Barié, 2003.

<sup>29</sup> Véase: Clavero, Bartolomé (1994): *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI Editores; Yrigoyen Fajardo, Raquel (1994a): “Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana”, en *Desfatiendo Entuertos*. No 3-4, 1994. Lima: IPRECONM, y (1995b): *Constitución, jurisdicción Indígena y derecho consuetudinario* (Colombia, Perú, Bolivia). Lima: CEAS y Desfatiendo Entuertos; Sánchez, Enrique, comp. (1996): *Derechos de los pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina*, Villa de Leiva: COAMA et al.; Assies, W., G. Van der Haar y Hoekema, eds. (1999): [Los retos de la diversidad, Pueblos Indígenas y Reformas del Estado en Latinoamérica](#). México: Colegio de Michoacán; Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1999): *Memoria del segundo seminario internacional sobre administración de justicia y pueblos indígenas*, San José: IIDH; Van Cott, Donna Lee (1999): “Constitutional Reform and ethnic rights in Latin America”, en *Parliamentary Affairs: A Journal of Comparative Government*, (1999c): [Reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario y la jurisdicción especial en los países andinos](#) en *Pena y Estado*, *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, No 4, 1999. Buenos Aires: Editores del Puerto; Castro, Milka, ed. (2000): *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio*, Santiago de Chile: Universidad de Chile; Clavero, Bartolomé (2000): *Ama Llunco, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Sieder, Rachel ed. (2002): *Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy*. London: Palgrave Macmillan; Aparicio, Marco (2002): *Los pueblos Indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*. Barcelona: CEDECS; Peña, Antonio et al. (2002): *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima: PUCP; Barié, Cletus Gregor (2003): *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. 2a ed. Bolivia: Instituto Indigenista Interamericano, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Editorial Abya-Yala; Castro, Milka ed. (2004): *Desafíos de la Interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

tutelar. Para ello incorpora instituciones específicas como la consulta previa y la participación a todo nivel. Estos contenidos también aparecen en las distintas constituciones de modo diverso. Sin embargo, el Convenio limita el concepto de pueblos a fin de que no se interprete en el sentido del derecho internacional, buscando evitar alguna forma de secesión o reclamo independentista. De otro lado, busca limitar desde fuera el derecho indígena a fin de que no viole los derechos humanos, cómo si el derecho indígena careciera de reglas mínimas de convivencia humana y los derechos humanos fuesen, por definición, algo externo. Considerando el principio de la igual dignidad de las culturas que las nuevas constituciones reconocen ahora, lo coherente sería una definición intercultural de los derechos humanos donde los pueblos indígenas tuviesen igual poder de definición que otros pueblos. Del mismo modo, debería reconocerse poder de definición a todos los pueblos para establecer los principios y ejes de la articulación nacional de la diversidad de pueblos y culturas.

### **Contenidos del reconocimiento del pluralismo jurídico en los países andinos**

Las reformas constitucionales de los países andinos incorporan derechos indígenas y el discurso del multiculturalismo, y suponen cambios paradigmáticos respecto de la ideología jurídica monista. A ello se suma el Convenio 169 de la OIT. Ahora, voy a destacar algunos de estos cambios paradigmáticos.<sup>30</sup>

A) El reconocimiento del carácter pluricultural del Estado/Nación/república, y el derecho a la identidad cultural, individual y colectiva. Ello permite superar la idea del Estado-nación monocultural y monolingüe.

B) El reconocimiento de la igual dignidad de las culturas, que rompe la supremacía institucional de la cultura occidental sobre las demás.

C) El carácter de sujetos políticos de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas. Los pueblos indígenas tienen derecho al control de sus instituciones políticas, culturales y sociales y su desarrollo económico. Ello permite superar el tratamiento tutelar de dichos pueblos, como objeto de políticas que dictan terceros.

D) El reconocimiento de diversas formas de participación, consulta y representación directa de pueblos indígenas, campesinos y afro-descendientes. Ello supera la idea que sólo los funcionarios públicos representan y pueden formar la voluntad popular. Y,

E) El reconocimiento del derecho (consuetudinario) indígena y la jurisdicción especial. Ello supone una forma de pluralismo jurídico interno. A modo de ejemplo véase el texto del Convenio 169 de la OIT y de la Constitución peruana de 1993. Al final véase un cuadro referido a todos los países andinos que comprenden alguna fórmula de pluralismo legal.

### **Convenio 169 de la OIT**

**Considerando Quinto.** “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”

**Art. 8, 2:** “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles

<sup>30</sup> Véase Yrigoyen Fajardo (2004a) y (2004b): “[Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries](#)”, en [Beyond Law, Informal Justice and Legal Pluralism in the Global South Vol. 10](#), Issue # 27, 2004.

con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

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

### **Constitución del Perú de 1993**

**Art.2:** Toda persona tiene derecho,

**inc. 19:** “A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.”

**Art. 149:** “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

Del texto del Convenio 169 de la OIT y de las fórmulas constitucionales empleadas en los países andinos se desprende el reconocimiento de tres contenidos mínimos:

- i) El sistema de normas y procedimientos propios, o derecho consuetudinario, y por ende de la potestad normativa o reguladora de los pueblos indígenas y comunidades indígenas y campesinas,
- ii) La función jurisdiccional especial o la potestad de impartir o administrar justicia. Ello incluye la validez y eficacia de las decisiones de dicha jurisdicción especial de modo autónomo, y
- iii) El sistema institucional o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones de autogobierno, incluidos los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de autoridades.

El sujeto titular del reconocimiento de su propio sistema de derecho (o derecho consuetudinario), autoridades (e instituciones), y jurisdicción (incluyendo los mecanismos para el control de delitos) son los pueblos indígenas. Así lo dicen el Convenio 169 de la OIT y algunas constituciones. Otras constituciones añaden a las comunidades indígenas y campesinas. Por vía analógica, en tanto les corresponda y favorezca, también constituyen sujetos colectivos beneficiarios de dicho reconocimiento los pueblos negros o afroecuatorianos, como dice el texto de la Constitución ecuatoriana de 1998.<sup>31</sup> Igualmente, las rondas campesinas del Perú según la última Ley de Rondas, al garantizarles la aplicación de los derechos reconocidos a pueblos indígenas.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Constitución del Ecuador de 1998, Artículo 85: “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable.”

<sup>32</sup> Ley de Rondas Campesinas 27908. Aprobada el 17/12/2002, promulgada el 06/01/2003 y publicada el 07/01/2003. (Disponible en [www.Congreso.gob.pe](http://www.Congreso.gob.pe), Legislación Digital). El Art. 1ro dice: “(...) Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.”

En cuanto a la competencia territorial, el derecho propio se ejerce dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades indígenas y campesinas, y las rondas campesinas, según corresponda. En cuanto a la competencia personal, en algunos textos constitucionales ésta queda subordinada a la competencia territorial (fórmulas de las constituciones de Colombia y Perú), por lo que cabe aplicarse a cualquier persona que esté dentro del ámbito territorial de la jurisdicción indígena o especial. En otros textos (como la Carta de Venezuela), sólo se alude a los casos entre “indígenas”, aunque dicha potestad se amplíe por otros artículos. En cuanto a la competencia material, el alcance del derecho y la jurisdicción indígena no tiene límites de materia, cuantía o gravedad, en ningún texto constitucional andino ni en el Convenio 169 de la OIT, por lo que puede ser materia del derecho y la jurisdicción indígena cualquier materia y por cualquier gravedad o monto. En los textos de Bolivia y Ecuador la materia quedaría tan sólo limitada por lo que pueda constituir un “asunto interno”, aunque esto carece de precisión. En todo caso, sería lo que el pueblo o comunidad indígena consideran un asunto de su interés, en tanto alude a un bien jurídico propio.

El límite constitucional del reconocimiento del derecho indígena se asemeja, con variantes, al del Convenio 169 de la OIT, que señala que no debe haber incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En esta línea se inscribe la Carta constitucional peruana que limita la jurisdicción especial a la no vulneración de “los derechos de la persona”. Otras fórmulas constitucionales son bastante más limitativas en este punto al indicar que el derecho indígena o la jurisdicción especial no pueden contravenir la Constitución y las leyes (Colombia, Ecuador, Bolivia) o incluso el orden público (Venezuela). En estos últimos casos primaría el Convenio 169 de la OIT (art. 35), que dispone una interpretación progresiva pro-indígena, debiéndose aplicar lo que más favorezca a los pueblos indígenas. La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado por una interpretación favorable al principio del pluralismo y la búsqueda de un “consenso intercultural”, que supera largamente las limitaciones del texto escrito. Según esta Corte, la jurisdicción especial sólo está obligada a respetar unos *mínimos fundamentales* (no matar, no esclavizar y no torturar, y respetar el principio de legalidad de las penas, según su propio derecho).<sup>33</sup>

Todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado.

<sup>33</sup> En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado estableciendo que la jurisdicción indígena o especial no puede estar constreñida al respeto de toda la Constitución y las leyes, pues el reconocimiento del principio del pluralismo quedaría vacío.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-523/97:

*“Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos “de la comunidad indígena”, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico”). Estas medidas se justifican porque son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”.*

Los cambios reseñados tienen un carácter paradigmático pues permiten vislumbrar un *horizonte pluralista* y sentar las bases para la construcción de un Estado pluricultural. Ahora, si bien se trata de cambios realmente importantes, no están exentos de limitaciones y formulaciones contradictorias tanto políticas, como técnicas. En efecto, las reformas pluralistas también van acompañadas de otras que pueden tener incluso un efecto neutralizador. En el contexto de la globalización, las constituciones también han incluido normas relativas a la desregulación, la reducción de derechos sociales, y la apertura del Estado a la presencia de transnacionales que desarrollan actividades extractivas en territorios indígenas, generando nuevos conflictos e incluso restricción efectiva de derechos indígenas. Es necesario superar las nuevas formas de sometimiento de los pueblos indígenas, así como los resabios de las ideologías que las acompañan. Esto es, la ideología de la inferioridad indígena heredada del s. XVI, y la ideología del Estado-nación y el monismo jurídico heredada del s.XIX.

La construcción de estados pluriculturales o plurinacionales supone el desafío de reconocer poder de definición a los pueblos indígenas y otros pueblos y colectivos que coexisten al interior de los estados, a fin de que los mismos puedan negociar, bajo el principio de la igual dignidad de los pueblos y culturas, las bases de constitución de dichos estados, los mecanismos de articulación democrática de la diversidad, las formas de participación en el poder de gobernar, normar y ejercer funciones jurisdiccionales por parte de dichos colectivos; y los procedimientos para resolver los conflictos de interlegalidad a través del diálogo intercultural. Estos son algunos de los retos pendientes del constitucionalismo pluralista.

### III. Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización<sup>34</sup>

El presente apartado busca reseñar las principales novedades que traen los tres ciclos de reformas constitucionales que se han dado en las tres últimas décadas en Latinoamérica (desde los ochentas del s. XX hasta la primera década del s. XXI) con relación al reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas. Tales cambios son de tal magnitud que reconfiguran la relación entre el Estado y los pueblos indígenas e impactan en la configuración del Estado mismo, permitiendo vislumbrar el *horizonte del constitucionalismo pluralista*.

Las novedades constitucionales introducidas en el *horizonte del constitucionalismo pluralista* (con diversos niveles de implementación en la práctica) suponen rupturas paradigmáticas respecto del *horizonte del constitucionalismo liberal monista* del s. XIX y del *horizonte del constitucionalismo social integracionista* del s. XX, llegando a cuestionar el mismo hecho colonial.<sup>35</sup>

El *hecho colonial* colocó a los pueblos originarios en una posición subordinada. Sus territorios y recursos fueron objeto de expolio y expropiación por terceros; su mano de obra explotada, y su destino mismo como pueblos alienado de sus manos. La ideología de la “inferioridad natural de los indios” y la figura jurídica de la tutela indígena permitieron estabilizar a lo largo del tiempo el modelo de subordinación indígena. La Independencia política de las colonias americanas respecto de las metrópolis no significó el fin de dicha subordinación. Los nuevos estados latinoamericanos se organizaron bajo flamantes constituciones liberales pero con proyectos neocoloniales de sujeción indígena.

Los estados liberales del s. XIX se configuraron bajo el principio del monismo jurídico, esto es, la existencia de un solo un sistema jurídico dentro de un Estado, y una ley general para todos los ciudadanos. El pluralismo jurídico, como forma de coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, aún en su forma colonial subordinada, no fue admisible bajo la ideología del Estado-nación. Estado-nación monocultural, el monismo jurídico y un modelo de ciudadanía censitaria (para hombres blancos, propietarios e ilustrados) fueron las vértebras del *horizonte del constitucionalismo liberal* del s. XIX en Latinoamérica. Un constitucionalismo importado por las élites criollas para configurar estados a su imagen y semejanza, en exclusión de los pueblos originarios, afrodescendientes, mujeres y mayorías subordinadas, y con el objetivo de mantener la sujeción indígena.

En el siglo XIX, el proyecto criollo de sujeción indígena del *horizonte del constitucionalismo liberal* se expresó bajo tres técnicas constitucionales: a) asimilar o convertir a los *indios* en *ciudadanos* intitulado de derechos individuales, mediante la disolución de los *pueblos de indios*, tierras colectivas, autoridades propias y fuero indígena, para evitar levantamientos indígenas; b) reducir, civilizar y cristianizar indígenas todavía no colonizados, a quienes las constituciones llamaron “salvajes”,

<sup>34</sup> Elaborado y basado en: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010

<sup>35</sup> Para un mayor desarrollo, véase: Yrigoyen 1999, 2004 y 2006.

para expandir la frontera agrícola; y c) hacer la guerra ofensiva y defensiva a las naciones indias con quienes las coronas habían firmado tratados, y a quienes las constituciones llamaban “bárbaros”, para anexar sus territorios al Estado.

Como resultado de las políticas de parcelación de tierras colectivas y despojo territorial del s. XIX, los indígenas no se convirtieron en prósperos propietarios como propugnaba Bolívar y los liberales, sino que se expandieron las haciendas y la servidumbre indígena. Mientras tanto, nuevas formas de invasión de sus territorios, así como de tutela estatal y eclesial se impusieron sobre las naciones indígenas que no habían sido conquistadas en era colonial.

El *horizonte del constitucionalismo social*, inaugurado por la Constitución de México de 1917, permitió cuestionar el constitucionalismo asimilacionista e individualista del s. XIX mediante el reconocimiento de sujetos colectivos, derechos sociales y la ampliación de las bases de la ciudadanía. Ello, a su vez, posibilitó el reconocimiento de comunidades indígenas y derechos colectivos a la tierra, así como de otras especificidades culturales, dentro del marco de un indigenismo integracionista. El objetivo del *constitucionalismo social integracionista* era integrar a los indígenas al Estado y el mercado, pero sin romper la identidad Estado-nación ni el monismo jurídico. Tampoco cuestionó la potestad del Estado de definir el modelo de desarrollo indígena dentro de un marco tutelar. Monoculturalidad, monismo jurídico y modelo tutelar indígena recién son puestos en cuestión por los tres ciclos del *horizonte del constitucionalismo pluralista*, desde finales del s. XX a la fecha.

Los tres ciclos del *horizonte del constitucionalismo pluralista*, esto es: a) el *constitucionalismo multicultural* (1982-1988), b) el *constitucionalismo pluricultural* (1989-2005) y c) el *constitucionalismo plurinacional* (2006-2009), tienen la virtud de cuestionar, progresivamente, elementos centrales de la configuración y definición de los estados republicanos latinoamericanos dibujados en el s. XIX, y herencia de la tutela colonial indígena, planteando un proyecto descolonizador de largo aliento.

Las reformas constitucionales expresan antiguas y nuevas demandas indígenas, las que les dan impulso. Sin embargo, las reformas constitucionales también son el escenario en el que se expresa la resistencia que viene de antiguos y nuevos colonialismos. Los contextos complejos en los que se gestan las reformas llenan de tensiones así como de contradicciones (aparentes o reales) a los textos constitucionales, exigiendo una interpretación pluralista para salvar sus limitaciones y resolver tales tensiones en favor de la realización de los objetivos y principios del proyecto constitucional pluralista. Tal ejercicio de interpretación es un ejercicio de poder y, por ende, se trata de un ejercicio que ahora también es compartido por los pueblos indígenas en el marco del Estado plurinacional.

### **A. EL CICLO DEL CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL (1982-1988)**

El primer ciclo de reformas constitucionales que cabe ubicar en el *horizonte del constitucionalismo pluralista* se desarrolló durante los años ochentas del s. XX (1982-1988) y está marcado por la emergencia del multiculturalismo y nuevas demandas indígenas. En este ciclo, las constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe

de sociedad, el derecho –individual y colectivo– a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos.

La Constitución del Canadá (1982) abre la trocha con un pionero reconocimiento de su herencia multicultural (*multicultural heritage*) y la incorporación de derechos aborígenes (*rights of aboriginal peoples*). Dos constituciones centroamericanas, la de Guatemala de 1985 y la de Nicaragua de 1987, se inscriben en este horizonte, buscando reconciliar a sus sociedades y dar respuesta a demandas indígenas en el contexto de procesos bélicos.

La Constitución de Guatemala reconoce la configuración multiétnica, multicultural y multilingüe del país y “el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural”, así como ciertos derechos específicos para grupos étnicos y comunidades indígenas. La Constitución de Nicaragua reconoce también la “naturaleza multiétnica” del pueblo, así como derechos culturales, lingüísticos y territoriales a las comunidades étnicas del Atlántico, para que se organicen según “sus tradiciones históricas y culturales”, llegando a desarrollar un régimen de autonomías. La Constitución del Brasil de 1988, que antecede en un año a la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre derechos indígenas, ya recoge algunos planteamientos que se debaten en la revisión del Convenio 107 de la OIT, por lo que dicha Constitución está en el umbral del segundo ciclo.

En este ciclo, sin embargo, las constituciones no llegan a hacer un reconocimiento explícito del pluralismo jurídico. En algunos países que tampoco tenían reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico, sin embargo, había normas secundarias o políticas, ya sea por vieja herencia colonial, o por fisuras intrasistémicas alentadas por el Convenio 107 de la OIT, que reconocían la justicia indígena pero reducida a la resolución de conflictos menores entre indígenas, con competencias no mayores a las de la justicia de paz, como contemplaba la ley de Comunidades Nativas de 1978 en el Perú.

## **B. EL CICLO DEL CONSTITUCIONALISMO PLURICULTURAL (1989-2005)**

El segundo ciclo de reformas, el *constitucionalismo pluricultural*, fue desarrollado durante los noventa (1989-2005). En este ciclo, las constituciones afirman el derecho (individual y colectivo) a la identidad y diversidad cultural, ya introducido en el primer ciclo, y desarrollan además el concepto de “nación multiétnica/multicultural” y “Estado pluricultural”, calificando la naturaleza de la población y avanzando hacia una redefinición del carácter del Estado.

El pluralismo y la diversidad cultural se convierten en principios constitucionales y permiten fundar derechos indígenas así como de afrodescendientes y otros colectivos. Las constituciones de este ciclo incorporan un nuevo y largo listado de derechos indígenas, en el marco de la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Tales derechos incluyen la oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe intercultural, tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros.

La novedad más importante de este ciclo es que las constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico logrando romper la identidad Estado-derecho o el monismo jurídico, esto es, la idea de que sólo es “derecho” el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado (el Legislativo, Judicial y Ejecutivo). Las constituciones de este ciclo reconocen autoridades indígenas, sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia. A partir de estos reconocimientos se pone en cuestión la visión clásica de soberanía, y el monopolio que las constituciones asignaban a los “poderes u órganos soberanos” del Estado para la producción del derecho y la violencia legítima. Las constituciones pluralizan las fuentes de producción legal del derecho y de la violencia legítima, pues las funciones de producción de normas, administración de justicia y organización del orden público interno pueden ser ejercidas tanto por los órganos soberanos (clásicos) del Estado como por las autoridades de los pueblos indígenas, bajo techo y control constitucional. Sin embargo, se trata de fórmulas no exentas de limitaciones y no siempre son introducidas de modo orgánico y sistemático. Este modelo se expande en Meso y Sudamérica (Colombia 1991, México 1992, Paraguay 1992, Perú 1993, Bolivia 1994, Argentina 1994, Ecuador 1996 y 1998 y Venezuela 1999).

La adopción del multiculturalismo y los derechos indígenas en los noventa, se dio paralelamente a otras reformas en sede constitucional destinadas a facilitar la implementación de políticas neoliberales en el marco de la globalización. Ello incluyó la contracción del papel social del Estado y de los derechos sociales, la flexibilización de mercados y la apertura a las transnacionales, como en Bolivia y Perú. Así por ejemplo, la Constitución peruana de 1993, si bien reconoció por un lado el carácter pluricultural del Estado y el pluralismo jurídico, por otro, eliminó las garantías de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que tenían las tierras indígenas desde las constituciones de 1920 y 1930. En la práctica, ello posibilitó que un gran número de corporaciones transnacionales se instalaran en los territorios indígenas para realizar actividades extractivas, dando lugar a nuevas formas de despojo territorial, como no se había dado desde el s. XIX. Es decir, la simultánea adopción de planteamientos neoliberales y derechos indígenas en las constituciones, entre otros factores, tuvo como consecuencia práctica la neutralización de los nuevos derechos conquistados. Súmese a esto otros factores, como violencia interna, acciones de poderes materiales locales, narcotráfico, paramilitares, etc.

La incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas en sede constitucional, así como la ratificación de tratados de derechos humanos que entraron a formar parte del bloque de constitucionalidad generó, de alguna manera, una inflación de derechos sin correspondencia con mecanismos institucionales para hacerlos efectivos. Tales cambios constitucionales dejaron pendiente una tarea aún incompleta de revisión de todo el derecho constitucional, administrativo, civil, penal, etc., para poder dar cuenta de los nuevos derechos y atribuciones públicas reconocidos a los pueblos indígenas y otros colectivos.

Los nuevos derechos conquistados y la distribución de potestades que antes eran privativas de los órganos del Estado a los indígenas, dan lugar a un sinnúmero de disputas legales y políticas, aún no resueltas. Así por ejemplo, el Poder Legislativo en varios países sigue reclamando atribución soberana para dar leyes sin

estar condicionado o limitado por el derecho de consulta de los pueblos indígenas. Hasta ahora, ni las leyes ni las cortes han logrado aclarar extensión de este derecho. Lo mismo pasa con el tema de la jurisdicción indígena o conflictos en torno a la interpretación de los derechos humanos. Aquí hay grandes avances, pero también preguntas pendientes.

### **Sobre el pluralismo jurídico**

El reconocimiento del pluralismo jurídico en este ciclo fue posible en un contexto en el que se dieron varios factores: una demanda indígena de reconocimiento del derecho propio, el desarrollo del derecho internacional sobre los derechos indígenas, la expansión del discurso del multiculturalismo, y las reformas estructurales del Estado y la justicia.

**La demanda indígena.** En varios países, las organizaciones indígenas pasaron de demandar tierras a territorios, y ya no se contentaban con reclamar el derecho de acceder a la justicia (estatal), sino que reclamaban el ejercicio de potestades públicas en sus territorios. Por otro lado, la expansión de los estados en el s. XX dio lugar a una confrontación más evidente entre los aparatos estatales y las autoridades indígenas, por lo que se dieron casos de criminalización de indígenas y campesinos que administraban justicia en sus espacios territoriales (perseguidos como delito de “usurpación de autoridad” o “sedición”). De ahí que una importante demanda indígena y campesina era el reconocimiento de sus sistemas normativos, de autoridad y de justicia, tanto para frenar la criminalización de las autoridades indígenas y campesinas que administraban justicia, como para afirmar derechos territoriales.

**El desarrollo del derecho internacional.** El derecho al propio derecho consuetudinario y a los métodos de control de delitos de los pueblos indígenas es uno de los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT fue adoptado en 1989 y ratificado por varios países de la región en los noventa, paralelamente a los cambios constitucionales, e inspiró tales reformas. El Convenio 169 sólo limita el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a la no vulneración de los derechos humanos y fundamentales, superando la restricción que el Convenio 107 de 1957 establecía. Esto es, que el derecho consuetudinario indígena no debía afectar las políticas de integración que los estados podían imponer a los pueblos indígenas.

**El multiculturalismo.** En la arena teórica, se fue expandiendo el discurso del multiculturalismo, el cual permite afirmar el valor de la diversidad cultural y la necesidad de políticas públicas inclusivas que tengan en cuenta dicha diversidad. La diversidad cultural puede tener su fuente en la presencia de diversos conglomerados indígenas, pre-existentes al Estado, así como poblaciones de reciente inmigración. Teóricos canadienses como Taylor (1993) o Kymlicka (1995, 2001) desarrollaron teorías que permiten plantear políticas de reconocimiento de la diversidad y derechos de diversos grupos culturales en el marco de una “ciudadanía multicultural”; teorías que se exportaron a distintos países. El multiculturalismo favoreció el reconocimiento de derechos de grupo para los colectivos indígenas, incluyendo el derecho a su propio derecho y justicia, en tanto los indígenas eran

concebidos como “grupos culturalmente diversos”. La diversidad cultural sirvió de fundamento, pero también de límite para el reconocimiento del derecho indígena.

**Las reformas de la justicia.** Durante los noventas, tendencias globales, impulsadas por programas de la banca mundial (el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo), así como por agencias de la cooperación internacional, promovieron políticas de reforma del Estado y la justicia que obligaban a una nueva mirada sobre el Poder Judicial y su capacidad para administrar justicia. En ese marco se incorporaron mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la justicia de paz y la justicia indígena. Grosso modo, éstas políticas estaban destinadas a la modernización de los sistemas de justicia (diferenciación entre administración y jurisdicción, difusión del sistema acusatorio por sobre el inquisitivo, mayor transparencia en la gestión, garantías para el debido proceso, la automatización de los procesos, etc.). El reconocimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos incluía tanto el arbitraje internacional (para conflictos relacionados a corporaciones transnacionales) como mecanismos locales más flexibles, baratos y cercanos a los pobres, así como también culturalmente más asequibles a grupos diversos, pero sin menoscabo de los derechos individuales (especialmente de las mujeres). Estas reformas permitieron tanto una apertura ideológica como el financiamiento para impulsar programas de reconocimiento o fortalecimiento de la “justicia comunitaria”, pero concebida como una forma alternativa de resolución de conflictos locales para las comunidades indígenas pobres, y en tanto sólo resolvieran conflictos menores.

En el contexto de estos múltiples factores, las constituciones lograron superar el fantasma del monismo jurídico e incorporaron alguna fórmula de pluralismo jurídico interno buscando no afectar la integridad nacional, la seguridad jurídica y los valores de los derechos humanos. En este ciclo, todos los países andinos (excepto Chile), incluyeron alguna fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico interno en sus textos constitucionales: Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999.

**El fundamento.** Durante los noventas, las constituciones andinas introducen en sus primeros artículos un reconocimiento de la existencia de diversas culturas, definen a la nación o al Estado como multicultural o pluricultural (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador) y garantizan el derecho a la diversidad cultural (Colombia, Perú) o la igualdad de las culturas (Colombia, Venezuela). Con este reconocimiento, las constituciones quiebran el modelo de Estado-nación monocultural diseñado en el s. XIX. Igualmente, estas cartas constitucionales contienen un listado de derechos de pueblos/ comunidades indígenas (Colombia, Bolivia, Ecuador, Venezuela) o de comunidades campesinas y nativas (Perú), con diverso grado de desarrollo.

**Contenidos del reconocimiento.** Específicamente, en cuanto al pluralismo jurídico interno, las constituciones andinas mencionadas reconocen que las autoridades de las comunidades/pueblos indígenas/campesinos pueden ejercer funciones jurisdiccionales/ resolver conflictos de acuerdo a sus propias normas y procedimientos o derecho consuetudinario. Es decir, estas cartas reconocen a los colectivos indígenas y campesinos (comunidades/ pueblos) las siguientes potestades:

- a) La potestad de darse sus autoridades e instituciones (autoridades propias/ legítimas/ naturales).
- b) La potestad normativa para darse sus propias normas y procedimientos, o su derecho consuetudinario o costumbres; y
- c) La potestad de administrar justicia o de ejercer funciones jurisdiccionales (jurisdicción especial)/ función judicial/ solución alternativa de conflictos/ instancias de justicia.

Con este reconocimiento, las constituciones quiebran la identidad Estado-derecho que se impuso desde en el s.XIX. El monismo jurídico es sustituido por una suerte de pluralismo jurídico interno, bajo techo constitucional. Ahora, el reconocimiento del pluralismo jurídico no es suficientemente orgánico ni consistente en todas las cartas constitucionales. Y tampoco aparece sistemáticamente en todas las secciones que debería, sino sólo en el capítulo sobre el Poder Judicial, en las secciones referidas a la función jurisdiccional (Colombia, Perú), o inorgánicamente en otras secciones (como en la referida a asuntos agrarios en el caso de Bolivia).

En cuanto al ámbito de la competencia territorial, material y personal hay variantes en los textos. En el texto de la constitución colombiana y la peruana prima la competencia territorial, por lo que cabe interpretar que la misma aplica para toda persona dentro del territorio indígena; mientras que la constitución venezolana dice que las instancias de justicia sólo alcanzan a los indígenas. En cuanto a la competencia material, sólo la ecuatoriana y boliviana aluden a “asuntos internos”, mientras que las demás no restringen la materia a ciertos casos, como tampoco lo hace el Convenio 169 de la OIT. Estas competencias han sido restringido por vía legislativa (como la Ley Orgánica de Pueblos indígenas de Venezuela) y jurisprudencial (Colombia).

**La “excepcionalidad”.** En el caso de Colombia, con una población indígena minoritaria, la Constitución distingue entre “jurisdicción ordinaria”, que corresponde a la población en general, y “jurisdicción especial”, que corresponde a los pueblos indígenas, dando a entender que la primera es la general o común, mientras que la segunda es particular, en el sentido de excepcional. Cabe recordar la larga tradición de Colombia –como la de Venezuela- de contar con “legislación especial” y fuero diferenciado (eclesial) para los pueblos no colonizados de la Amazonía o la guajira, a los que llamaba “salvajes” o no-civilizados en el s. XIX. Esta legislación se extendió hasta finales del s. XX, haciendo prácticamente un entronque con la nueva Constitución, en cuanto a la idea de un régimen de “excepcionalidad”. Como Colombia fue el primer país en reconocer la jurisdicción indígena llamándola “especial”, imprimió su huella en la dogmática constitucional pluralista, siendo seguido por Perú, no obstante que en el Perú la población indígena es mayor. Incluso Bolivia ha heredado esta nomenclatura, llamando “jurisdicción ordinaria” a la no-indígena, en un país mayoritariamente indígena.

**El límite del reconocimiento.** El Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los derechos humanos y fundamentales (art. 8,2). La constitución peruana es la única que guarda consistencia con el Convenio al establecer que la jurisdicción especial no debe vulnerar los derechos de la persona (art. 149), mientras

que las demás constituciones andinas son más restrictivas: limitan el reconocimiento de la jurisdicción o justicia indígena a no contradecir “la Constitución y las leyes”. Y Venezuela va más allá al incluir el orden público. Estas limitaciones se volvieron fuente de disputa política y legal, porque las mismas aparecen inconsistentes con el principio del pluralismo, la protección de la diversidad cultural e incluso la igualdad de las culturas, que las mismas cartas proclaman. En una progresiva sentencia, la Corte Constitucional de Colombia resolvió esta aparente contradicción constitucional, diciendo claramente que la adopción del principio del pluralismo podría quedar vacía si la jurisdicción indígena tuviese que someterse a toda la Constitución y leyes. De ahí, la Corte estableció sólo cuatro mínimos fundamentales, esto es, que las decisiones de la jurisdicción indígena no podían incluir pena de muerte, tortura, esclavitud, y que debían ser de algún modo predecibles, esto es, que debían respetar su propio debido proceso.<sup>36</sup> Esta sentencia realmente sentó un precedente pluralista en Colombia y la región. Lamentablemente, sentencias posteriores de la Corte han ido más bien en una tendencia limitativa de la jurisdicción especial. De hecho, muchas de las limitaciones acaban semejando el patrón de pluralismo jurídico subordinado colonial, bajo el discurso que la jurisdicción indígena sólo se explica por la diversidad cultural: una justicia entre indios, circunscrita al territorio comunal, para casos menores, y sin tocar a blancos, así tales vulneren bienes jurídicos indígenas. Este terreno sigue siendo el de una disputa de poder abierta.

**Cómo resolver conflictos de interlegalidad y posibles vulneraciones de derechos humanos.** Las constituciones hablan de una ley de coordinación (Colombia, Perú) o compatibilización (Ecuador), dando a entender una relación horizontal entre la jurisdicción ordinaria y la indígena (o especial). Y con relación a posibles conflictos o violaciones de derechos humanos por la jurisdicción especial, las constituciones no dicen que automáticamente tales casos deben pasar a jurisdicción ordinaria. Sin embargo, tal es la tendencia práctica. En el segundo ciclo no se desarrollaron procedimientos institucionales para encarar posibles conflictos de un modo plural, bajo el principio de la igual dignidad de las culturas y en diálogo intercultural, donde las autoridades indígenas tuvieran igual poder de definición que los jueces ordinarios. Algunos países, como Colombia, avanzaron en instalar el peritaje cultural como un medio para el entendimiento intercultural, a fin de que los jueces pudieran comprender las culturas indígenas y así resolver de mejor manera las tutelas que recibían (Sánchez 1998). Sin embargo, el principio de la igual dignidad de las culturas quedó sin traducción institucional, pues solo la institucionalidad jurídica hegemónica retuvo la capacidad para decidir en los conflictos entre sistemas. El constitucionalismo pluralista sentó principios cuya efectiva implementación desborda a las instituciones soberanas monoculturales tradicionales, las que no representan en su estructura, composición y funcionamiento institucional a la diversidad de pueblos y culturas del país. Y este fue uno de los retos que dejó el segundo ciclo al siguiente.

### **C. EL CICLO DEL CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL (2006-2009)**

El tercer ciclo de reformas dentro del horizonte pluralista es el *constitucionalismo plurinacional*. Está conformado por dos procesos constituyentes, Bolivia (2006-2009)

<sup>36</sup> Véase Sánchez y Jaramillo 2001.

y Ecuador (2008), y se da en el contexto de la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2006-2007).

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado, iniciando con el reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y se plantean el reto histórico de dar fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como “culturas diversas” sino como *naciones originarias* o *nacionalidades* con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías, y participar en los nuevos pactos de Estado, el que se configura así como un “Estado plurinacional”. Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto de pueblos, no es un Estado ajeno el que “reconoce” derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y el hecho de haberseles considerado a lo largo de la historia como menores de edad, sujetos a tutela estatal.

Luego de la crisis del modelo de ajuste estructural y de las políticas neoliberales, la población en general reclama al Estado derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales. Esta demanda se traduce en nuevos derechos sociales que incorporan la visión indígena, como el derecho al agua, al “buen vivir”, la seguridad alimentaria, entre otros. Y, así mismo, reconocen el ejercicio del derecho propio en el marco de la cosmovisión indígena. Adicionalmente, la Constitución de Ecuador incorpora derechos para nuevos sujetos, como la naturaleza (la “pachamama”, los cursos de agua), por fuera de la sistemática homocéntrica occidental.

Las constituciones del s. XXI se inscriben de modo explícito en un proyecto descolonizador y afirman el principio del pluralismo jurídico, la igual dignidad de pueblos y culturas, y la interculturalidad. La Constitución de Bolivia busca traducir esos principios en consecuencias institucionales estableciendo la paridad entre la jurisdicción indígena y la ordinaria. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia establece la paridad de representantes de la jurisdicción indígena y la ordinaria en la conformación del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Sin embargo, las resistencias conservadoras a las que fueron sometidos los procesos de aprobación constitucional, introdujeron una serie de limitantes que ahora conviven con formulaciones pluralistas en el mismo seno del texto constitucional. Más limitantes aún aparecen en la elaboración legislativa.

El entrampamiento del proceso boliviano producido luego del primer texto de la asamblea constituyente refleja las resistencias teóricas y políticas que despiertan estos planteamientos. La resistencia del pasado no es pacífica ni se trata de una “transición amigable”, como había descrito Lee Van Cott (2000) al período de reformas anterior. Para salir del impase, las fuerzas políticas se vieron obligadas a pactar un nuevo texto constitucional por fuera de la asamblea, al costo de cambios importantes que buscaban introducir limitaciones al reconocimiento de la autonomía

y la jurisdicción indígena. Ello ha dado lugar a la existencia simultánea, en el texto constitucional, de principios pluralistas (principio de pluralismo, autonomía indígena, principio de representación paritaria de jueces ordinarios e indígenas) y normas limitativas (jurisdicción indígena restringida a indígenas, para asuntos indígenas y dentro de su territorio). Para salvar los principios pluralistas y el objetivo descolonizador de la Constitución será necesario hacer una interpretación pluralista del texto constitucional.

### **Sobre el pluralismo jurídico**

El fundamento del pluralismo jurídico en las Constituciones de Bolivia y Ecuador ya no radica solamente en la diversidad cultural, que también es recuperada a través del principio de la interculturalidad, sino sobre todo en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas u originarios a la autodeterminación (Ecuador) o libre determinación de los pueblos (Bolivia).

Bajo el concepto del “Estado plurinacional”, se reconocen nuevos principios de organización del poder, basados en la diversidad, la igual dignidad de los pueblos, la interculturalidad y un modelo de pluralismo legal igualitario, con un expreso reconocimiento de las funciones jurisdiccionales indígenas que las constituciones precedentes de Bolivia y Ecuador no contemplaban con tal claridad. Se pluraliza la definición de derechos, la democracia y la composición de los órganos públicos y las formas de ejercicio del poder. Así por ejemplo, la Constitución de Bolivia reconoce simultáneamente varias formas de participación política, incluyendo la forma clásica, representativa (a través del voto y cupos), pero también formas de participación directa (consulta, referéndum) y nuevas formas de participación, como la democracia comunitaria, esto es, el reconocimiento de formas de elección y ejercicio de la autoridad indígena de acuerdo a su propio derecho y procedimientos.

A diferencia de las constituciones precedentes, que apenas tenían un artículo sobre el derecho y la justicia indígena, estas nuevas cartas, sobre todo la de Bolivia, tienen varios artículos específicos, y a su vez menciones al derecho indígena que atraviesan todo el texto constitucional. Considerando los poderes que se consideraban privativos del Estado -y hacían colisión con las potestades que reclamaban los pueblos indígenas-, las constituciones, en particular la de Bolivia, han transversalizado el reconocimiento de potestades que hacían colisión con el organismo legislativo, ejecutivo y judicial.

**Contenidos.** Las Constituciones de Ecuador y Bolivia reconocen a los pueblos indígenas:

- a) La potestad de darse sus normas. La aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios (Bolivia: art. 190)/ tradiciones ancestrales y derecho propio/ normas y procedimientos propios (Ecuador: art. 171).
- b) Sus propias autoridades/ autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (Ecuador: art.171)
- c) Funciones jurisdiccionales (Ecuador: Sección sobre Justicia indígena, art. 171)/ (Bolivia: Cap. IV. Jurisdicción indígena originaria campesina).

- (a) **El derecho al propio derecho o el sistema jurídico indígena**, a sus normas y procedimientos propios, costumbres, usos, etc. Este derecho aparece:
- De modo específico en ciertos artículos, como el referido a los derechos colectivos.
  - De modo transversal a todo el texto constitucional. En el caso de Ecuador de modo más puntual. Pero en el caso de Bolivia, las referencias al derecho propio, aparecen en casi todos los capítulos y secciones de la Constitución: la definición de formas democráticas, las formas de elección de autoridades, la gestión del agua, los conocimientos, la tierra, la educación, la salud, etc.
  - Ejercicio de sistema jurídico es de acuerdo a su cosmovisión (Bolivia, art. 30, II, 14)
- (b) En cuanto a las **autoridades indígenas**:
- Ambas constituciones reconocen la autonomía indígena. Bolivia con un desarrollo (y también límite) más expreso. Al interior de las autonomías, los pueblos eligen sus autoridades de acuerdo a sus mecanismos de elección propios.
  - En ambos casos, pero con más reiteraciones en el caso de Ecuador, las constituciones garantizan la equidad de las mujeres en la representación y participación en sus propios sistemas de autoridad.
  - En cuanto a instituciones electivas, Bolivia busca garantizar que los/as representantes indígenas ante las mismas sean elegidos/as mediante sus formas de democracia comunitaria.
  - En lo que toca a nuevas instituciones plurinacionales, como el Tribunal Constitucional plurinacional, la jurisdicción agroambiental, la corte suprema, previstas en la Constitución de Bolivia, tales deben tener una composición plural o estar integradas de modo paritario, y reflejar una visión intercultural o plural, incluyendo la visión indígena y ordinaria (esto le falta a la Constitución de Ecuador).
- (c) En cuanto a la **jurisdicción indígena** o la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales, las constituciones de Bolivia y Ecuador:
- Se adscriben al principio del pluralismo jurídico (Bolivia: art. 1).
  - Reconocen la libre determinación de los pueblos (Bolivia), autodeterminación (Ecuador).
  - Reconocen autonomías indígenas (Bolivia) o Circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas (Ecuador: art. 257)
  - Establecen el principio de la igual jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria (Bolivia: art. 179, II)
  - Instauran el control constitucional (Ecuador art. 171) o el control por una institución mixta como el Tribunal Constitucional Plurinacional de composición plural y paritaria (Bolivia).
  - Afirman los principios de justicia, solidaridad, diversidad (Ecuador: art. 83).
  - Reconocen funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas de acuerdo a su propio derecho, a diferencia de las constituciones previas de Bolivia de 1994 y de Ecuador de 1998, que eran vagas.

En cuanto a los efectos jurídicos del derecho y la jurisdicción indígena, las constituciones establecen que:

- Las decisiones deben ser respetadas por instituciones públicas y privadas (Ecuador: 171)/ Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina (Bolivia: 192)
- Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para el efecto del *non bis in idem*. (Ecuador: 75, i)

**Competencias/ Alcance.** Cabe anotar que lo avanzado de estos planteamientos generó mucha resistencia. Así, en Bolivia, el primer texto constitucional aprobado por la asamblea constituyente, contemplaba un reconocimiento de la jurisdicción indígena de modo amplio, con competencia territorial dentro de las comunidades y por fuera en caso de indígenas, con amplia competencia personal para indígenas y no-indígenas que afectasen bienes jurídicos indígenas, sin mayor limitaciones que la de no violar los derechos humanos, entendido además interculturalmente. Igualmente, dicha versión preveía el principio del pluralismo jurídico, la igualdad de jurisdicciones, la conformación paritaria del Tribunal Constitucional Plurinacional, con representantes de la jurisdicción indígena y ordinaria. Sin embargo, luego del entrapamiento del proceso y del pacto político que permitió salvarlo, se introdujeron una serie de limitaciones de modo inconsistente con el modelo de pluralismo igualitario, lo que generará disputas legales y políticas.

Entre las limitaciones que, inconsistentemente se introdujeron en el texto boliviano final, cabe anotar:

- La autonomía indígena fue reducida por debajo de los límites departamentales, de modo inconsistente con el principio de la libre determinación de los pueblos.
- Se introdujo una cláusula para la restricción del ejercicio de la jurisdicción indígena desde una mentalidad colonial, con limitaciones a la competencia territorial, personal y material, de modo inconsistente con el principio de la igualdad de jurisdicciones y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas que el mismo texto consagra.

Limitaciones afines se debatieron en el Ecuador respecto de los derechos de participación y consentimiento, así como con relación a la justicia indígena.

La Constitución estableció límites a la competencia territorial y material de la jurisdicción indígena:

- Dentro de su ámbito territorial.
- Para la solución de “sus conflictos internos”.

**Control constitucional.** Con relación a los mecanismos de control, en ambas constituciones se establece que hay un control constitucional, pero la Constitución boliviana es explícita en indicar que el Tribunal Constitucional debe tener una composición paritaria, conformada por autoridades provenientes de ambas jurisdicciones, la jurisdicción indígena y la ordinaria. En el Ecuador no se incluyó la constitución de instancias mixtas interculturales para resolver conflictos de

interlegalidad, desde un pluralismo jurídico igualitario; pero sí se aseguró la paridad de género. En este sentido, estas constituciones rompen con la ceguera étnica y de género en la composición de las instituciones públicas, buscando garantizar la paridad étnica (sobre todo la de Bolivia) y la equidad de género (sobre todo la de Ecuador). También encaran el tema de posibles conflictos entre derechos de las mujeres y derechos indígenas, resolviendo que la cultura no puede ser invocada para vulnerar derechos (Ecuador). La creación de instituciones mixtas plurinacionales (como el Tribunal constitucional plurinacional de Bolivia) permite resolver posibles alegaciones de violación de derechos humanos por la jurisdicción indígena con base en el diálogo intercultural, donde los pueblos tienen poder de definición institucional.

**Retos.** Un primer reto que estos textos constitucionales plantean es la necesidad de construir herramientas para una hermenéutica y una doctrina pluralista, a fin de salvar sus limitaciones o inconsistencias y garantizar que el principio del pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador se puedan realizar en las normas secundarias, la jurisprudencia y políticas públicas.

Otro reto reside la necesidad de un fortalecimiento interno de los sistemas jurídicos indígenas y de la capacidad de todos los actores para que puedan entrar en auténticos procesos de diálogo intercultural que permitan construir espacios plurinacionales efectivos.

No es corto el horizonte ni poca la tarea.

Cuadro: Ciclos del Horizonte del Constitucionalismo Pluralista<sup>37</sup>

| Ciclos/ reformas constitucionales | PRIMER CICLO:<br>1982-1988<br>Constitucionalismo Multicultural                                                                                                              | SEGUNDO CICLO:<br>1989-2005<br>Constitucionalismo Pluricultural                                                                                                                                                                                                               | TERCER CICLO:<br>2006-2009<br>Constitucionalismo Plurinacional                                                                                                                                                                      |
|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Eje                               | La emergencia del multiculturalismo y el derecho a la diversidad cultural                                                                                                   | De la Nación multicultural al Estado Pluricultural, con pluralismo jurídico interno.                                                                                                                                                                                          | Proyecto descolonizador Estado Plurinacional, con pluralismo jurídico igualitario                                                                                                                                                   |
| Ejemplos de países                | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Canadá, 1982.</li> <li>• Guatemala, 1985.</li> <li>• Nicaragua, 1987.</li> <li>• Brasil, 1988.</li> </ul>                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Colombia, 1991.</li> <li>• México, 1992.</li> <li>• Paraguay, 1992</li> <li>• Perú, 1993.</li> <li>• Bolivia, 1994, 2004.</li> <li>• Argentina, 1994.</li> <li>• Ecuador, 1998.</li> <li>• Venezuela, 1999.</li> </ul>               | Bolivia, 2006-9.<br>Ecuador, 2008.                                                                                                                                                                                                  |
| Derecho internacional             | Aún en vigencia:<br>-La Convención del Instituto Indigenista Interamericano.<br>-El Convenio 107 de la OIT, que entra en revisión entre 1987-1989                           | -Adopción del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas en 1989.<br>- México ratificó Convenio en 1991. Le siguieron los países andinos, entre otros.                                                                                                                    | Aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.<br>-Por el Consejo de Derechos Humanos: 2006.<br>-Por la Asamblea General: 2007.                                                       |
| Política internacional            | - <b>Crítica al integracionismo</b> del Convenio 107 de la OIT.<br><br>-Constitución del Grupo de Trabajo de ONU sobre pueblos indígenas (1982) con participación indígena. | <b>Superación del integracionismo:</b><br>-Convenio 169 reconoce <i>las aspiraciones de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y desarrollo y a fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados.</i> | <b>Libre determinación:</b><br>- <i>Pueblos y personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos</i><br>- <i>Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación,</i><br>- <i>Autonomía, autogobierno.</i> |
| Contextos nacionales              | -Países con alta diversidad cultural y presencia indígena.<br>-Tensiones internas con pueblos indígenas, en contextos bélicos o post-bélicos (Nicaragua, Guatemala).        | -Articulación de movimientos y demandas indígenas<br>- Adopción de políticas neoliberales: Reformas estructurales del Estado, reducción de derechos sociales, apertura a transnacionales.                                                                                     | -Alta presencia indígena en constituyentes.<br>-Fracaso de políticas neoliberales.<br>- Presión para que Estado retome protección de derechos sociales.                                                                             |
| Sujetos de derechos               | -Comunidades (Nicaragua).<br>-Grupos étnicos,                                                                                                                               | -Comunidades (indígenas, campesinas, nativas, rondas campesinas).                                                                                                                                                                                                             | -Comunidades.<br>-Pueblos indígenas.<br>-Naciones originarias/                                                                                                                                                                      |

<sup>37</sup> Adaptado de Yrigoyen 2010.

|                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                               | comunidades indígenas (Guatemala).<br>-Poblaciones (Brasil).<br>-Canadá: pueblos aborígenes.                                                                                                                                                                                                         | -Pueblos Indígenas.<br>-Pueblos originarios (Perú).                                                                                                                                                                                                                                                                 | indígenas (Bolivia).<br>-Nacionalidades indígenas (Ecuador).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>Ejes de Reconocimiento</b> | -Multiculturalidad (Canadá).<br>-Derecho a la identidad cultural (Guatemala, Nicaragua).<br>-Multietnicidad (Nicaragua).<br>- Régimen de autonomías (Nicaragua)<br>- Derechos indígenas (Brasil, Guatemala).                                                                                         | -Se reafirma el derecho a la identidad y diversidad cultural.<br>-Del derecho a la diversidad se pasa a la definición de la nación/ multicultural república/ estado pluricultural.<br>-Inclusión de un listado de derechos colectivos indígenas.<br>-Derechos de consulta y participación.<br>-Pluralismo jurídico. | -Estado plurinacional<br>-Reconocimiento de existencia precolonial de naciones/ pueblos indígenas, y su libre determinación.<br>-Responsabilidad social del Estado.<br>-Nuevos derechos de individuos, grupos, comunidades, pueblos, naciones, nacionalidades indígenas.<br>-Nuevos derechos sociales (al agua, “al buen vivir”, seguridad alimentaria).<br>-Derechos de la Naturaleza (Ecuador).<br>-Autonomías indígenas.<br>-Instituciones mixtas plurinacionales interculturales.<br>-Se reconoce jurisdicción indígena de modo explícito. |
| <b>Pluralismo jurídico</b>    | La Constitución de Guatemala reconoce “costumbres”.<br>Estas Constituciones no reconocen el pluralismo jurídico propiamente: el derecho ni la jurisdicción indígena.<br>Los países que ratifican el Convenio 107 reconocen el derecho consuetudinario indígena sin afectar programas de integración. | -Introducción del pluralismo jurídico interno:<br>- Autoridades<br>- Derecho consuetudinario<br>- Jurisdicción especial indígena o sistemas de justicia o mecanismos alternativos de justicia.                                                                                                                      | -Principios de pluralismo jurídico y representación paritaria de autoridades indígenas y ordinarias en el sistema judicial y el Tribunal Constitucional (Bolivia).<br>-Reconocimiento de:<br>-Derecho indígena o consuetudinario (transversal a la Constitución)<br>-Autoridades indígenas dentro de régimen de autonomía o autodeterminación.<br>-Jurisdicción indígena.                                                                                                                                                                      |
| <b>Límites/ problemas</b>     | -El reconocimiento de la diversidad no modifica el carácter del Estado.                                                                                                                                                                                                                              | -Nuevos derechos no suponen reforma estructural del Estado (ejem. falta                                                                                                                                                                                                                                             | -Pactos políticos para viabilizar constituciones dan lugar a ciertas                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |

|  |                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p>-No se reconoce pluralismo jurídico ni la jurisdicción propia.</p> <p>(en los casos en los que se ensaya reconocimiento del derecho y justicia indígena por vía infra-constitucional, tal es sumamente limitado).</p> | <p>acomodación de nuevas formas de participación y consulta con estructuras institucionales).</p> <p>-Reducción de derechos sociales.</p> <p>-Adopción simultánea del multiculturalismo y contracción del papel social del Estado, lo que neutraliza derechos.</p> <p>-Introducción inorgánica de la justicia indígena (Perú, Bolivia).</p> <p>-Pluralismo jurídico: limitado a no contradecir Constitución ni leyes.</p> <p>-Confusión entre mecanismos alternativos (voluntarios) y jurisdicción (Bolivia, Ecuador).</p> | <p>restricciones.</p> <p>-Bolivia: texto final reduce algunos avances de texto inicial: No cabe autonomías indígenas supra-departamentales. Si bien se dejaron los principios pluralistas, se puso límites a la jurisdicción indígena: entre indígenas, sobre asuntos indígenas, dentro de su territorio.</p> <p>- Ecuador: jurisdicción indígena para asuntos internos.</p> |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

#### IV. Hacia Una Jurisprudencia Pluralista<sup>38</sup>

Comentario sobre la Sentencia de la Corte Suprema del Perú que interpreta el art. 149 de la Constitución y absuelve a ronderos por presunto delito de secuestro y otros

**Los hechos.** En el año 2002, las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa, Provincia de Moyobamba, Dpto. de San Martín, encontraron responsables de violación sexual, robo y homicidio, a cuatro personas, quienes con sus asaltos tenían aterrorizada a la población.<sup>39</sup> Tales personas habían reconocido sus acciones. Las rondas campesinas en este departamento fueron organizadas hace más de quince años, por inmigrantes procedentes de Cajamarca, donde las rondas se fundaron hace más 25 años. En general, las rondas tienen procedimientos relativamente comunes, llevando los casos graves a la asamblea local –donde participa toda la población del lugar- y coordinando con las rondas de otras “bases” o caseríos la aplicación de sanciones.<sup>40</sup> Entre las respuestas más comunes que dan a los hechos dañinos están la reparación, el trabajo comunitario, la llamada “cadena ronderil” (que consiste en pasar a los sancionados por diferentes bases ronderas, a fin de que durante el día realicen trabajos comunales y en las noches rondan o patrullen la comunidad), multas, medidas que pueden restringir ciertos derechos y, eventualmente, castigos morales o físicos. Las decisiones en asamblea constan en acta así como la aceptación por los sancionados de su responsabilidad y la medida adoptada. Siguiendo el procedimiento ordinario, luego de la detención y juzgamiento de estos malhechores, las rondas de Moyobamba determinaron en asamblea la aplicación de “cadena ronderil”. A raíz de ello, once autoridades ronderas (hombres y mujeres) fueron denunciadas por la fiscalía por los delitos de secuestro (en agravio de las personas sancionadas por las rondas), usurpación de funciones (por actuar como jueces sin serlo) y violencia y resistencia a la autoridad. La Sala Penal de Moyobamba, mediante sentencia del 11 de febrero del 2004, condenó a tales autoridades ronderas a tres años de prisión efectiva por los delitos mencionados, así como a pagar reparación civil a los presuntos agraviados (los asaltantes a quienes las rondas habían aplicado cadena ronderil). La sentencia condenatoria de Moyobamba fue revertida por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 9 de junio del 2004, absolviendo a los ronderos y ordenando su excarcelación. Esta sentencia es materia del presente comentario.

#### La sentencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL TRANSITORIA, RN. N° 975-04, SAN MARTÍN. Lima, nueve de junio del dos mil cuatro.

<sup>38</sup> Este texto constituye el ANEXO 2 de la tesis doctoral de Raquel Yrigoyen Fajardo (2005): *Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los países andinos en el s. XIX*. Barcelona: Universidad de Barcelona (pp. 433-449).

<sup>39</sup> Véase información sobre los hechos –que sigo aquí- y un breve comentario de la Sentencia –con la cual concuerdo- en Ardito, Wilfredo (2004): *Corte Suprema: Rondas Campesinas están facultadas para efectuar detenciones*. Lima: Consorcio Justicia Viva, Sitio web [www.IDL.org.pe](http://www.IDL.org.pe).

<sup>40</sup> Véase, entre otros: Yrigoyen Fajardo, Raquel (1993): *Las rondas campesinas de Cajamarca, Perú. Una aproximación desde la antropología jurídica*. Lima: PUCP, Tesis de licenciatura en Derecho; Espinoza, Oscar (1995): *Rondas Campesinas y Nativas en la Amazonía Peruana*. Lima: CAAAP; Gitlitz, Jhon (1998): “Decadencia y supervivencia de las rondas campesinas del Norte del Perú” en: Debate Agrario No 28, Lima: CEPES; y Starn, Orin (1999): *Nightwatch. The Politics, of the protest in the Andes*. Duke University Press.

“**CONSIDERANDO: Primero.-** “Que el delito de secuestro se configura cuando el agente priva a una persona, **sin derecho**, de la facultad de movilizarse de un lugar a otro, (...). **Segundo.-** Que en el presente caso los procesados en su condición de integrantes de las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa jurisdicción de la Provincia de Moyobamba en el departamento de San Martín, teniendo conocimiento que los presuntos agraviados ... admitieron ..., ser los autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato que se habrían cometido en sus territorios, decidieron sancionarlos de acuerdo a sus costumbres condenándolos, a “cadena ronderil”, esto es pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades. **Tercero.-** Que en tal sentido la conducta de los procesados no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo ciento cuarentinueve de la Constitución Política del Perú que a la letra dice “...las Rondas Campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario...” no habiéndose advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres. **Cuarto.-** Que el inciso ocho, del artículo veinte del Código Penal, señala que esta exento de responsabilidad penal, “el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, por lo que, sí los procesados en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados; sin embargo su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado en el artículo ciento cuarentinueve de nuestra Carta Magna. **Quinto.-** Que al haber concurrido la causa de justificación “el actuar por disposición de la ley” en el presente proceso; en consecuencia si bien la acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable, resultando de aplicación el artículo doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales. **Sexto.-** Que en cuanto a los acusados (...), que no han concurrido al juicio oral, igualmente procede que sean absueltos teniendo en cuenta los considerandos precedentes; por estas consideraciones: Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida (...) que **CONDENA** a (...) como autores del delito de secuestro, ..., usurpación de funciones y violencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado; ..., y reformándola **ABSOLVIERON** a (...) en consecuencia, **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes penales y judiciales que se hayan generado como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de todo lo actuado en su debida oportunidad; y encontrándose reclusos, **ORDENARON** la inmediata excarcelación de los procesados absueltos ...; y que se levanten las órdenes de ubicación y captura que puedan existir en su contra, así como de los procesados ...; y los devolvieron.”

### Comentario

Esta Sentencia es muy importante porque sienta una interpretación progresiva en varios puntos controvertidos del art. 149 de la Constitución de 1993 que reconoce la jurisdicción especial. A más de una década de la reforma constitucional de 1993 y de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países

Independientes (en adelante Convenio 169 OIT) la Corte Suprema se pone a la altura de los avances en el pluralismo en la región y abre paso a lo que puede ser el inicio de una *Jurisprudencia Pluralista* en el país. Esta Sentencia supera la mentalidad monista<sup>41</sup> que había marcado la mayor parte de decisiones judiciales en esta materia.<sup>42</sup> Analizaré algunos de los aportes pluralistas de esta Sentencia.

### Sobre el sujeto titular de funciones jurisdiccionales.

La Sentencia zanja con el debate sobre el alcance del art. 149 de la Constitución de 1993, superando la interpretación restrictiva que no consideraba a las rondas campesinas como sujetos titulares del derecho constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales. Es importante anotar que se trata de una “interpretación” y esta es función ineludible de la Judicatura ante el vacío o deficiencia de la ley. Me voy a detener en este punto pues había polarizado el debate haciendo que las rondas campesinas autónomas quedaran en un limbo jurídico por mucho tiempo.

El art. 149 de la Constitución de 1993:

“Las autoridades de las Comunidades campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las **funciones jurisdiccionales** dentro de su ámbito territorial de conformidad con el **derecho consuetudinario** siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha **jurisdicción especial** con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

Convenio 169 de la OIT, Artículo 8, inc 2.

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

Artículo 9 inc. 1

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

<sup>41</sup> El “monismo legal” identifica al Estado con un sólo sistema jurídico. El Pluralismo jurídico, por el contrario, admite la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. Véase: Sousa Santos, Boaventura de (1991): Estado, Derecho y Luchas Sociales. Bogotá: ILSA (p.63 y ss). También Sousa Santos, Boaventura de (1994) “Entrevista”. En: Desfaciendo Entuertos, N° 3-4 (pp. 27-31). El reconocimiento constitucional de la existencia de hecho de varios sistemas jurídicos al interior de un Estado es el primer paso para posibilitar una articulación democrática de la diversidad.

<sup>42</sup> Véase una crítica a la cultura monista reflejada en la mayor parte de la jurisprudencia sobre rondas campesinas después del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial: Yrigoyen Fajardo, Raquel: “Peru: Pluralist Constitution, Monist Judiciary - A Post-Reform Assessment” En: Sieder, Rachel ed. (2002): *Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy*. London: Palgrave Macmillan. Versión en español: “Constitucion Pluralista, Judicatura Monista: Balance de la Constitucion peruana de 1993.” (en [www.Alertanet.org](http://www.Alertanet.org)).

De una lectura literal del art. 149 de la Constitución, parecería que la misma reconoce a las autoridades de comunidades campesinas y nativas plena potestad para ejercer funciones jurisdiccionales, mientras que a las rondas sólo las reconoce en tanto “apoyo” de aquellas. Ante tal texto constitucional surgían dos preguntas: 1) a qué rondas se refiere la Constitución? a) a las rondas que son órganos de comunidades campesinas o nativas, o, b) a las rondas campesinas que han surgido justamente donde no hay comunidades campesinas ni nativas pero que constituyen la única autoridad comunal -sociológicamente hablando- (a las que llamaré rondas “autónomas”), y 2) cuál es el papel que tienen las rondas, es decir, a) gozan autónomamente de funciones jurisdiccionales o b) su función jurisdiccional es siempre dependiente de las autoridades comunales?.

Sabemos que las rondas que promovieron y lucharon por el reconocimiento constitucional fueron las rondas que surgieron en el Norte del país hace más de 25 años donde no había legalmente comunidades campesinas y nativas. Las mismas habían logrado reconstituir el sentido de comunalidad a través del manejo colectivo de la seguridad, la justicia y el gobierno local en estancias, caseríos, anexos donde no había propiedad comunal de la tierra y por ende donde no se habían podido constituir formalmente como comunidades campesinas. Tales rondas, desde su surgimiento, fueron objeto de persecución y sus dirigentes sufrieron procesos penales por usurpación de funciones, delito contra la administración de justicia, secuestro, etc. De ahí su lucha por el reconocimiento legal y constitucional. Sin embargo, después de darse la primera Ley de Rondas Campesinas 24571 (publicada el 07/11/1986), se dio la Ley de Comunidades Campesinas que contemplaba la figura de las rondas campesinas como un órgano o comité especializado de la misma, para asuntos de seguridad y justicia. De ahí que muchos que desconocen el campo pensaran que sólo había rondas campesinas dentro de comunidades campesinas o nativas así constituidas legalmente. La confusión creció cuando los gobiernos de Alan García y Fujimori instauraron los Comités de Autodefensa Civil, dependientes de los mandos militares en las Zonas de Emergencia para el combate anti-terrorista, a los que también les llamaron “rondas”, dada la legitimidad de esta institución andina en el campo.

Regresando entonces a la pregunta, las respuestas se polarizaron entre interpretaciones restrictivas y extensivas. Los que se inclinaban por la interpretación más restrictiva se basaban en una lectura literal de la Carta y decían que, según la Constitución, las rondas sólo podían ejercer funciones jurisdiccionales “como apoyo” de las autoridades de comunidades campesinas y nativas. Por lo tanto, las únicas rondas autorizadas por la Constitución para ejercer dichas funciones eran las rondas que constituían órganos internos o comités especializados de las comunidades campesinas o nativas. Esta interpretación, aparentemente la más apegada a la letra de la Constitución generaba, paradójicamente, un vacío legal, pues dejaba en el limbo jurídico a las rondas campesinas autónomas que constituían la única autoridad local donde no había comunidades campesinas o nativas formalmente constituidas. Tal interpretación además aceptaba implícitamente que la ley podía pedir un imposible jurídico, pues para efectos de que las rondas autónomas pudiesen actuar de acuerdo a la Constitución tenían que hacerlo como “apoyo” de Comunidades campesinas o nativas, algo inexistente en sus estancias, caseríos o aldeas. Esta interpretación llevaba al absurdo. De otro lado, hacía irrelevante el sentido de la mención constitucional a las rondas campesinas. Dado que la Constitución reconoce

funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas, tales pueden ejercer dichas funciones como les parezca conveniente y a través de los órganos que su asamblea decida. No es necesario que la Constitución autorice expresamente a cada órgano comunal para actuar con facultades delegadas de dicha comunidad. Las comunidades tienen derecho de decidir a través de qué órganos ejercen sus funciones jurisdiccionales. En síntesis, la interpretación restrictiva dejaba en el vacío legal a las rondas campesinas autónomas o les pedía un imposible jurídico. La posición extensiva consideraba que, más allá de la letra de la Constitución tenía que hacerse una interpretación que amparase el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas autónomas, cuyo fundamento anoto luego.

El problema se origina en la Asamblea Constituyente Democrática de 1992-1993 donde se agregó la frase “**con apoyo** de las rondas” a la propuesta de la Comisión de Reforma Constitucional del Poder Judicial, que a su vez había acogido la presentada por la Mesa de Pluralismo Cultural y Jurídica, que proponía reconocer “funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas, nativas **y** rondas campesinas”.<sup>43</sup> Basados en una gran ignorancia sobre el fenómeno rondero, los constituyentes añadieron la frase “con apoyo” pensando que sólo había rondas donde había comunidades campesinas o nativas y buscaban garantizar que la actuación de las rondas se ajustara a las decisiones de la comunidad y que no actuaran por su cuenta. Si nos atenemos al objetivo del constituyente, entonces, cabría interpretar que lo que busca la Constitución es otorgar funciones jurisdiccionales a instancias comunitarias, y no a grupos aislados. De las actas del CCD no se desprende que los constituyentes quisieran negar funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas autónomas, sino que simplemente pensaban que todas las rondas pertenecían a comunidades campesinas o nativas y que encargaban a las autoridades de éstas las funciones jurisdiccionales.<sup>44</sup> En este

<sup>43</sup> Mesa de Pluralidad Jurídica y Derechos Étnicos (1994): *Pluralidad Cultural y Derechos Étnicos. Propuesta de reforma constitucional*- 1993. En: Desfaciendo Entuertos, N° 3-4, 1994.

<sup>44</sup> En las Actas del Congreso Constituyente Democrático (1992-1993), que elabora la Constitución de 1993, se lee: “El 12 de abril de 1993 la Comisión de Constitución invitó a Fernando de Trazegnies a tocar el tema de la jurisdicción especial y sobre el tema de las rondas dijo “*no es que me oponga a ellos, sino simplemente no conozco como funcionan (...). Yo diría que todos aquellos que ejercen autoridad a nivel pequeño, autoridad con función delegada del pueblo, lo cierto es que el pueblo reconoce como autoridad, y yo creo que debería de tener esa función jurisdiccional (...).*” Congreso Constituyente, Actas del Diario de debate. 12.4.1993. De alguna manera, ese criterio guió el debate de la Comisión. El Diario de Debates del Congreso Constituyente del 23 de junio 1993, lo ilustra: “La señorita CHAVEZ COSSIO.- *Señor Presidente, pero creo que más bien las rondas campesinas son un mecanismo que tienen las comunidades, son como la policía; pero no son ellas soberanas ni representan una -diríamos- nación en pequeño. Yo creo que las rondas campesinas no tienen que tener funciones jurisdiccionales. (...) yo creo que ahí las rondas campesinas en el abigeato lo que hacen es atrapar o impedir que los que quieren robar ganado lo hagan, pero los derivan a sus autoridades; ellos no ejercen esa función jurisdiccional. Yo los casos que conozco, (...) las rondas campesinas son como la policía: Atrapan al delincuente que quiere incurrir en abigeato y lo pone a disposición de las autoridades comunales, pero ellos mismos por sí no administran justicia.*” (...) “El señor FERRERO COSTA (...) *en realidad necesitamos más elementos de juicio, si ponemos a las rondas como apoyo por el momento es suficiente, (...) lo esencial está consagrado (...) porque además pensemos en una cosa. La ronda tiene una peculiaridad y es seguridad, la ronda no es otra cosa que seguridad. En cambio, la comunidad campesina y la comunidad nativa es mucho más. La comunidad campesina es familia, sociedad, matrimonio, comercio, relaciones con el medio exterior, entonces antropológicamente (...) las comunidades campesinas y nativas tienen una estructura mucho más completa que una ronda, son globalizantes. Por tanto ellas quieren tener la facultad jurisdicciones plena o casi plena; en cambio la ronda es situacional, coyuntural al problema de la seguridad. Por eso creo que la fórmula presentada por la Mesa debería ser apoyada.*” (subrayado nuestro)” Tomado de: Yrigoyen Fajardo, Raquel: [Rondas Campesinas y Desafíos del Pluralismo Legal en el Perú](#), Ponencia en Foro Internacional de

sentido vale subrayar, que, dado que la ley no distingue, no se puede decir que unas rondas sí y otras no están autorizadas para ejercer funciones jurisdiccionales. Siguiendo el espíritu de la Constitución, cabría interpretar que cuando las rondas son comités especializados u órganos de comunidades tienen autorización constitucional para actuar en tanto lo hagan como parte de su comunidad o en apoyo a sus autoridades comunales, no de modo arbitrario o al margen de la autoridad comunal. Pero, cuando se trata de rondas campesinas autónomas, que constituyen la única autoridad comunal, y donde las asambleas de la ronda de estancia o caserío constituyen “la asamblea comunal” de hecho, entonces, estaríamos sociológicamente ante el mismo fenómeno, y por lo tanto la actuación de estas rondas debería entenderse amparada por la Constitución. Sin embargo, admito que ésta es una interpretación y puede haber otras. El problema entonces es qué tipo de interpretación puede hacer la judicatura: ¿Una restrictiva que genera vacío legal o una extensiva que permite la aplicación de derechos?

La Corte Suprema tiene el deber constitucional de interpretar el art. 149 de modo que pueda aplicar el derecho. A diferencia de una interpretación como mero ejercicio académico y que indica un vacío legal, la Judicatura está obligada a administrar justicia aún en caso de vacío o deficiencia de la ley, como sería este caso, debiendo aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario para suplir tal deficiencia legal.

Constitución del Perú de 1993,

Artículo 139.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

8. “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.”

Por lo tanto, la Corte está en todo su derecho y es su obligación constitucional interpretar de tal modo que no deje en el limbo legal a las rondas campesinas autónomas. La Judicatura, en este caso, ante una interpretación que dejaba en el vacío legal a las rondas autónomas por deficiencia de la ley y distinguiendo donde la ley no distingue, tenía la obligación de utilizar los principios del derecho e incluso el derecho consuetudinario para aplicar justicia, y eso es lo que hizo.

Una interpretación de la norma legal no puede quedarse en el análisis literal, debe incluir una interpretación sistemática, teleológica y progresiva, buscando la mejor y más amplia protección de los derechos y no su inaplicación. En este sentido, la Corte Suprema optó por una interpretación extensiva considerando que, según el art. 149 de la Constitución, “las Rondas Campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario.” Esta es una opción interpretativa digna de elogio.

Algunos jueces, olvidando que están obligados a utilizar los principios del derecho e incluso el derecho consuetudinario para suplir las deficiencias y vacíos legales, seguían repitiendo la letanía que la Constitución no autorizaba a las rondas autónomas a ejercer funciones jurisdiccionales porque no podían actuar como “apoyo” de comunidades campesinas y nativas. La Corte Suprema de Justicia del

Perú, con esta Sentencia, se pone al lado de la Corte Constitucional de Colombia (CCC), cuya jurisprudencia en esta materia es la más avanzada y progresista de la región. La CCC tiene una larga trayectoria en interpretar extensivamente, a favor de la jurisdicción especial, artículos oscuros o restrictivos. Como ejemplo, ante el artículo constitucional que reconoce la jurisdicción especial mientras no contradiga la Constitución ni las leyes,<sup>45</sup> la Corte señala que si se interpretara literalmente tal artículo, la jurisdicción especial quedaría vacía. Por lo tanto, la CCC, contra la letra expresa de la Constitución, pero atendiendo al objetivo teleológico de la misma de responder a un principio pluralista, concluye que no se puede exigir a la jurisdicción especial que respete toda la Constitución y las leyes, sino lo que llama los *mínimos fundamentales*, esto es, no matar, no esclavizar, no torturar, y que haya una cierta previsibilidad de la pena, siguiendo su propio derecho.<sup>46</sup> Este es un claro ejemplo de cómo la interpretación de los jueces puede salvar las deficiencias de textos constitucionales cuya interpretación restrictiva negaría el propósito constitucional de reconocer el pluralismo legal.<sup>47</sup>

Por lo tanto, es totalmente lícito que la Corte, ante la posibilidad de dejar en un limbo jurídico a las rondas campesinas autónomas, haya optado por interpretar extensivamente el art. 149 comprendiéndolas como sujetos titulares del derecho a ejercer funciones jurisdiccionales, además de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas que expresamente menciona la Constitución.<sup>48</sup> Sin embargo, cabe subrayar que no se agota en estos sujetos la titularidad de tal derecho, pues se debe interpretar la Constitución en conjunción con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Dicho Convenio reconoce a los pueblos indígenas, cualquiera fuese su estatuto legal, como sujetos titulares de ejercer su derecho consuetudinario y los propios métodos de control penal (art. 8 y 9). Cabe subrayar que las normas infraconstitucionales (leyes y decretos) sólo reconocen *comunidades* y no pueblos, por lo que quedan muchos pueblos indígenas por fuera de

<sup>45</sup> Constitución de Colombia de 1991. Artículo 246. “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**. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional”. (Subrayado mío).

<sup>46</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-523/97: “Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, decir, **el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura** y, por expresa exigencia constitucional, **la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas** (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse **conforme a las normas y procedimientos” de la comunidad indígena**, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico”). Estas medidas se justifican porque son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”.

<sup>47</sup> Véase: Sánchez, Esther e Isabel Cristina Jaramillo (2000): La Jurisdicción Especial Indígena. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

<sup>48</sup> En este punto discrepo del juez de Cajamarca, Fernando Bazán, quien parece quedarse en la interpretación restrictiva, sin considerar que ante la deficiencia de la ley no sólo le toca esperar su reforma sino que como juez tiene la facultad y el deber de hacer una interpretación (fundándose en los principios del derecho y el derecho consuetudinario) que se condiga con el principio del pluralismo que la misma Constitución quiere reconocer. Bazán indica respecto de la Sentencia en cuestión: “No podemos hacer que nuestra empatía con la importante labor que realizan las rondas nos haga “reformular” de facto el artículo 149° de la Constitución y por arte de birlibirloque hagamos decir o leamos en el texto de dicha norma lo que ello no dice o no se puede leer” (Sic). Comunicación abierta por e-mail a los miembros de la Mesa Técnica sobre Rondas Campesinas, 27 de setiembre de 2004.

reconocimiento legal. Ello no obsta para que puedan ejercer funciones jurisdiccionales, según la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, normas de rango superior a las leyes ordinarias.

Volviendo a las rondas. Cabe añadir un elemento más a favor de la interpretación extensiva que reconoce funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas autónomas. El art. 1ro de la nueva Ley de Rondas Campesinas 27908 (2003), establece que

“Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.”

Dado que las rondas campesinas autónomas son instituciones andinas que ejercen de hecho, con legitimidad y eficacia, funciones de gobierno comunal, administración de justicia y seguridad, es claro que les corresponde y favorece el reconocimiento legal de las funciones jurisdiccionales que ejercen de hecho y que la Constitución y el Convenio 169 reconocen a las comunidades campesinas y los pueblos indígenas, respectivamente. La ley no dice que las rondas sean pueblos indígenas, sino que se les apliquen los derechos de los mismos en tanto les corresponda y favorezca; como también hace la Constitución del Ecuador de 1998 respecto de los afroecuatorianos,<sup>49</sup> y la Constitución del Canadá de 1982 respecto de los Metis. Dado que la ley reconoce la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas a las rondas, les alcanza la protección que hace el Convenio 169 de la OIT respecto del derecho consuetudinario y la aplicación de sus propios métodos para la persecución de delitos (arts. 8 y 9 del Convenio).

El Convenio 169 es un instrumento internacional ratificado por el país en 1994, por lo que su cumplimiento deviene obligatorio. Según la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, el Estado está obligado a honrar los tratados ratificados sin utilizar como excusa las deficiencias de su legislación interna. Por lo tanto esto se convierte en un Principio interpretativo vinculante. Si hay aparente contradicción entre una norma del derecho interno y los derechos garantizados por un tratado, el Estado debe optar por los derechos consagrados en el Tratado, pues si no lo hiciese incurriría en responsabilidad internacional.

**Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigencia desde el 27 de enero de 1980).**

**Artículo 27.** El derecho interno y la observancia de los tratados. “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...)”

En este punto conviene hacer una aclaración con relación a la ley de Rondas Campesinas 27908, pues el art. 1ro de la misma puede entrañar una contradicción entre una previsión restrictiva y una extensiva.<sup>50</sup> De un lado, está la previsión que

<sup>49</sup> Constitución del Ecuador de 1998, Artículo 85: “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior [sobre pueblos indígenas], en todo aquello que les sea aplicable.”

<sup>50</sup> Ley de Rondas Campesinas 27908 (publicada el 07/01/2003)  
Artículo 1°.- Personalidad jurídica

acabo de citar, que reconoce a las rondas, sin restricciones, la aplicación de los derechos y ventajas de los pueblos indígenas en lo que les corresponda y favorezca, lo que incluye el derecho de ejercer funciones jurisdiccionales, incluyendo métodos propios para el control de delitos. De otro, el mismo art. de la Ley señala que las rondas “apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, [y]colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial” lo que podría llevar a una interpretación restrictiva, esto es, que no pueden ejercer directamente funciones jurisdiccionales sino sólo “como apoyo”, o sólo en lo que toca a funciones conciliatorias y no penales. Al respecto cabe nuevamente subrayar la necesidad de hacer una interpretación sistemática, teleológica y progresiva. Aquí cabe añadir que, en caso de duda o problemas de interpretación entre normas aplicables a pueblos indígenas el propio Convenio 169 de la OIT ofrece un principio de interpretación que podemos llamar pro-indígena. El art. 35 del Convenio establece que en la aplicación del Convenio priman las normas que otorgan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, sin importar la jerarquía de la fuente.<sup>51</sup>

Algunos sostienen que una ley no puede ampliar un derecho que aparece restringido en la Constitución, bajo el entendido que la Constitución no reconocería funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas autónomas, y que por la previsión arriba comentada de la Ley de Rondas (que se les aplican los derechos de pueblos indígenas, como el Convenio 169) sí se les reconocería tal derecho. Frente a esta objeción cabe recordar que la Constitución tiene una cláusula abierta de derechos o *numerus apertus* por la cual no excluye otros derechos de naturaleza análoga, aparte de los expresamente garantizados. De este modo, todos los derechos humanos, tienen rango constitucional aunque no estén contemplados en la Carta Magna, y provengan de otras fuentes, ya sea del derecho interno, internacional o consuetudinario.<sup>52</sup> Es decir, es legalmente válido que una norma de menor rango otorgue más derechos que una norma superior. Lo que sería inconstitucional es que los redujese. Igualmente, es totalmente compatible con la *Cláusula abierta de derechos* del art. 3 de la Constitución que tratados internacionales (como el Convenio 169 de la OIT) otorguen más derechos que la legislación interna. Y, ante dos posibles interpretaciones en materia de derechos, se debe optar siempre por la que otorga más derechos, no por la que los restringe, por

---

“Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, **apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas**, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de **conciliación extrajudicial** conforme a la constitución y a la ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. **Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.**” (Subrayado mío).

<sup>51</sup> Convenio 169 de la OIT, Artículo 35. “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.” El Convenio 169 se pone en el supuesto que normas de inferior jerarquía al Convenio puedan otorgar más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, por lo cual primarían dichas normas o incluso acuerdos nacionales o costumbres, sentando un principio pro-indígena en la interpretación de normas. Es decir, más allá de la jerarquía de la fuente, lo que prima es la norma, acuerdo o incluso costumbre por su contenido material, en tanto otorgue más derecho y ventajas a dichos pueblos.

<sup>52</sup> Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 3°. “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

el principio de progresividad que rige la interpretación de derechos humanos. Como anoté líneas arriba, el propio Convenio 169 de la OIT, art. 35, establece el principio pro-indígena por el cual prima la aplicación de las normas que otorgan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas así fuesen de menor rango que el Convenio, incluyendo hasta acuerdos nacionales, laudos y costumbres. Finalmente, por la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, el Estado no puede justificar el incumplimiento de tratados internacionales por deficiencias de su legislación interna.<sup>53</sup>

### ¿En qué consisten las funciones jurisdiccionales?

La Sentencia que comentamos deja claro que, cuando las rondas ejercen las funciones jurisdiccionales referidas en el art. 149 de la Constitución de acuerdo a su propio derecho, lo hacen bajo amparo constitucional para ello, por lo que no cometen delito alguno. Es decir, las rondas están constitucionalmente autorizadas para ejercer todas las funciones que la doctrina considera como “funciones jurisdiccionales”. Aquí cabe citar una definición sobre el contenido de la potestad o función jurisdiccional:

La “potestad jurisdiccional [tiene como] elementos integrantes a saber: *notio*, que es la facultad de conocer en todos los asuntos atribuidos a los órganos judiciales y que presupone, desde luego, la de citar a la parte (*vocatio*) para que comparezca a defenderse y la de realizar las notificaciones propias a esos fines, etcétera; *iudicium* que es la decisión o fallo que pone fin al litigio o causa y, finalmente, el *imperium*, consistente en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales.”<sup>54</sup>

<sup>53</sup> En este sentido discrepo de Ruiz, quien sostiene que: “Una vez concluido que el Convenio 169° se aplica a las Rondas Campesinas, incluso a pesar de que estas no se ajustan necesariamente a la noción de pueblos indígenas, la siguiente pregunta es, si “*la facultad de represión de los delitos*” que el Convenio 169 le reconoce a los pueblos indígenas en el artículo 9.1, también se aplica a las rondas campesinas.

El problema en resumen es si una norma emitida por el parlamento [la Ley de Rondas] puede modificar la Constitución Política. No estamos ante un vacío sino ante un craso e injustificado error del constituyente, fruto de la ignorancia de la realidad, lo cual ciertamente se tradujo en una articulado excluyente de las rondas campesinas, respecto de las facultades jurisdiccionales’.

Una razón adicional para no reconocer funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas la constituye el propio artículo 1° de la Ley 27908, que señala expresamente que las Rondas realizan funciones de **conciliación extrajudicial**. **Cualquier interpretación de las normas jurídicas, tiene que buscar armonizar y compatibilizar todos los posibles significados de la norma. En consecuencia, debemos de armonizar los dos significados referidos a la justicia comunal.** Desechar la primera disposición (que habla de conciliación extrajudicial) para quedarnos con la segunda (que abre la aplicación del Convenio 169), resulta **una interpretación forzada y poco técnica**, que desconoce que la norma es una unidad en sí misma, que no podemos interpretar de manera arbitraria, más aún si la primera es clara y directa, en relación con el tema de la justicia comunal.” Ruiz, Juan Carlos (2004): *Análisis de la justicia comunal en el plan de la CERIAJUS: Hacia un modelo de justicia inclusivo*. Lima: IDL, documento de trabajo, p.5 (Subrayado mío).

Es correcto que la interpretación de normas tiene que ser sistemática y buscar armonizar significados, pero esto se tiene que hacer bajo el principio de progresividad de los derechos humanos, y el principio pro-indígena del propio Convenio 169 (art. 35). Lo que más bien resulta forzado y antitécnico es que Ruiz acoge nuestra posición de aplicar el Convenio 169 de la OIT a las rondas campesinas y luego lo pretende restringir por una norma que resulta de menor rango (ley frente a tratado internacional), que reduce materialmente derechos (contra el art. 35 del Convenio); y pretendiendo hacer valer la legislación interna restrictiva (ley que dice que rondas sólo concilian) por encima de un tratado internacional (Convenio que otorga funciones de persecución de delitos), lo que expresamente está prohibido por la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, citado arriba.

<sup>54</sup> Carlos, Eduardo B. (1963): *Voz Jurisdicción*. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo XVII, p.538. También véase: Sánchez y Jaramillo, 2000:131; Yrigoyen Fajardo, Raquel: “*Rondas campesinas y pluralismo legal: Necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo*

El reconocimiento constitucional de funciones jurisdiccionales significa entonces que las autoridades de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, y rondas campesinas, tienen potestades como las que tiene cualquier autoridad jurisdiccional ordinaria para investigar, interrogar, privar de libertad, establecer sanciones y hacerlas ejecutar incluso utilizando la coerción, siempre que esté dentro de su propio derecho y no constituyan acciones abusivas. En ese sentido se pronuncia la Sentencia que comentamos.

“... las rondas campesinas ... teniendo conocimiento que los presuntos agraviados ... admitieron ... ser los autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato que se habrían cometido en sus territorios, decidieron sancionarlos de acuerdo a sus costumbres condenándolos, a “cadena ronderil”, esto es pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades. ... en tal sentido la conducta de los procesados no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo ciento cuarentinueve de la Constitución Política del Perú ... no habiéndose advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres.”

En el caso materia de la Sentencia, las rondas habían investigado, detenido y aplicado sanciones de trabajo comunal, reparaciones y *cadena ronderil* a las personas que encontraron responsables. No se trataba de un acto arbitrario o abusivo de un rondero, sino que, como la Sentencia explicita: a) las rondas habían comprobado la responsabilidad de las personas procesadas por ellas, b) les habían aplicado las medidas correspondientes a su propio derecho, y c) no hicieron ejercicio abusivo del cargo. Esta Sentencia, al reconocer a las rondas la aplicación del art. 149 legitima claramente la “cadena ronderil” y otras medidas o sanciones que aplican las rondas en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Es como si un juez de la jurisdicción ordinaria dispusiera trabajo comunitario, restricciones a la libertad, y cualquier otra sanción permitida en el derecho. Lo mismo pasa con la jurisdicción especial, está autorizada a actuar según el derecho indígena, comunal o rondero. El ejercicio legítimo de tales funciones, como el de cualquier juez que actúa según derecho, no constituye delito alguno.

Como explicita la Corte Constitucional de Colombia respecto de las decisiones de la jurisdicción especial, se trata de actos emanados de jueces jurisdiccionales, con eficacia y validez nacional. Sólo sería cuestionable en la medida que tales actos constituyan una violación de su propio derecho y de los mínimos fundamentales. Adicionalmente, al tratarse de decisiones jurisdiccionales, la policía y cualquier otra autoridad o particular están obligados a acatarlas y ejecutarlas.<sup>55</sup>

legislativo.” En: Defensoría del Pueblo: [Hacia una ley de Rondas Campesinas](#) (p. 81-122). Lima : Defensoría del Pueblo, 2002.

<sup>55</sup> Sánchez y Jaramillo, 2000.

## Competencia territorial, personal y material

Esta Sentencia reafirma que las rondas tienen competencia para actuar dentro de su *ámbito territorial* respecto de *todas las personas* que realicen hechos delictivos de *cualquier materia y gravedad*. Es decir, aunque las rondas no tengan “tierras colectivas” en propiedad común, tienen un “ámbito territorial” como espacio de acción jurisdiccional, donde tienen competencia para conocer los casos que consideren que amerita su intervención. Aquí cabe aplicar el concepto amplio de “territorio” que tiene el Convenio 169 de la OIT (arts. 13-16) que incluye no sólo los espacios territoriales de propiedad o posesión de un colectivo, sino también aquellos que dicho colectivo ocupa o utiliza de alguna manera. Sabemos que las rondas campesinas actúan en coordinación entre distintas bases locales, como en el caso de la “cadena ronderil”, por lo que su espacio territorial legítimo alcanza todo aquel donde realiza su actuación.

Las rondas de Moyobamba habían intervenido y sancionado a personas que encontraron responsables de robo, violación sexual y homicidio. La Sentencia, al legitimar dicha actuación rondera, se alinea a la interpretación más progresiva que había en el debate sobre el alcance de las funciones jurisdiccionales del art. 149 y de la Ley de Rondas Campesinas. Así, enmienda la plana a quienes consideraban que las rondas carecían de funciones jurisdiccionales y que sólo podían ejercer funciones conciliatorias y no penales. Igualmente, a quienes sostenían que, en todo caso, tenían limitaciones en cuanto a la materia, sin competencia para conocer hechos delictivos graves como homicidios. En este punto, la Sentencia es coherente tanto con la Constitución como con el Convenio 169 de la OIT que no reducen la competencia material de la jurisdicción indígena o comunal a hechos civiles de menor cuantía o a hechos penales de menor gravedad.

## Consecuencias de la Sentencia en la protección de derechos

El efecto inmediato de la Sentencia es la descriminalización de la justicia rondera y de la jurisdicción especial en su conjunto. La Sentencia pone en evidencia la ilegitimidad e ilegalidad de las acciones de persecución penal contra autoridades o miembros de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, y rondas campesinas por el mero hecho de administrar justicia de acuerdo a su cultura y derecho. Como consecuencia de esta interpretación progresiva de la Corte Suprema, se desprende un marco amplio de protección de las funciones jurisdiccionales de las rondas como institución y de las rondas y los ronderos como personas individuales. Entre las consecuencias inmediatas que se derivan de la Sentencia, cabe mencionar:

- a) En principio, las autoridades judiciales ordinarias deberían rechazar de plano abrir procesos penales contra autoridades de la jurisdicción especial que han ejercido legítimamente sus funciones.
- b) Los procesos penales en curso contra ronderos y otras autoridades de la jurisdicción especial derivados del ejercicio legítimo de funciones jurisdiccionales deberían archivers, bajo los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema en dicha Sentencia. Esto es, que las acciones realizadas por las rondas constituyen el

ejercicio de un derecho constitucional, y al estar permitidas por ley no son punibles.<sup>56</sup> Y debería ponerse en libertad a los procesados por tales motivos. Dado que el reconocimiento de funciones jurisdiccionales data de 1993, todas las condenas desde tal fecha podrían revisarse por la Suprema. Y las anteriores por retroactividad benigna.

c) En el supuesto que la policía, fiscales o jueces no archiven dichos casos, ahora más fundadamente que antes, cabría la interposición de diversas acciones tanto en el plano penal como constitucional, para garantizar el derecho de ejercer funciones jurisdiccionales que tienen las rondas, así como los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas.

c) En el plano penal, cabría la interposición de varios tipos de acciones. Una de ellas, en el caso de procesamiento de autoridades de la jurisdicción especial por presunto delito de secuestro, es la “excepción de naturaleza de la acción”, como explico abajo. Otra, es la justificación por ejercicio legítimo de un derecho (anotado arriba y sostenido por la Corte Suprema). No cabe descartar tampoco, en caso conveniente, la aplicación del art. 15 del CP para la exoneración de pena por costumbre o cultura.

d) En el plano de las acciones de garantía constitucional, cabría interponer acciones de Habeas Corpus a favor de las personas procesadas, encarceladas, condenadas o requisitorias por ejercer tales funciones jurisdiccionales, pues queda claro que la acción penal en su contra carece de base legal y es a todas luces arbitraria. El ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las rondas se basa en un derecho constitucional y el procesamiento penal por tal motivo deviene arbitrario.<sup>57</sup>

e) También cabría interponer acciones de Amparo a favor de las organizaciones ronderas en caso de persecución de sus miembros, pues las rondas como colectivos tienen el derecho de ejercer funciones jurisdiccionales, lo que se ve amenazado o impedido por la persecución de sus autoridades o miembros.<sup>58</sup>

f) Cabría solicitar indemnización judicial por detención arbitraria en los casos ronderos cuya detención y procesos penales se motivan en el ejercicio legítimo de funciones jurisdiccionales.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Código Penal de 1991, Artículo 20.- Inimputabilidad. Está exento de responsabilidad penal: 8. “El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;” (Subrayado mío).

<sup>57</sup> Constitución de 1993, Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

1. “La **Acción de Hábeas Corpus**, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.”

<sup>58</sup> Constitución de 1993, Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

2. “La **Acción de Amparo**, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni resoluciones judiciales emanadas por procedimiento **regular**.”

<sup>59</sup> Constitución de 1993, art. 139. inc. 7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

g) En todos los casos debe verificarse además el cumplimiento de los derechos de defensa, uso del propio idioma (o presencia de intérprete), consideración de la cultura y derecho propio, el uso de recursos legales, y si cabe, aplicación de medidas distintas al encarcelamiento, en cumplimiento de los arts. 8, 9, 10 y 12 del Convenio 169 de la OIT.<sup>60</sup>

Si bien la Sentencia es a todas luces un gran avance, no quisiera dejar pasar un punto que, en el contexto de lo positivo, resulta un asunto menor, pero no irrelevante. La sentencia dice, con relación a la imputación del delito de secuestro que, dado que los ronderos aprehendieron a los delincuentes, la “acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable [en la medida que] su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado en el artículo ciento cuarentinueve de nuestra Carta Magna”. Sin embargo, en el delito de *secuestro* la carencia de derecho para privar a alguien de libertad es un elemento del tipo, *i.e.* “*el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada* priva a otro de su libertad”.<sup>61</sup> Y como la misma Sentencia señala, las rondas tienen tal derecho por el art. 149 de la Constitución. Es decir, privaron a delincuentes de su libertad “*con derecho*, motivo y justificación legal.” Dado que la acción que realizaran los ronderos no cumple todos los elementos típicos, tautológicamente, no puede ser una acción típica. Esto tiene una consecuencia muy importante, pues apenas abierto el proceso penal por secuestro (u otros delitos afines) cabría interponer una “Excepción de naturaleza de la acción” sin tener que esperar procesalmente al momento de la defensa. Esta excepción se interpone al inicio del proceso, porque dice que, si bien los hechos son ciertos (privar a alguien de la libertad) dicha conducta no constituye un delito porque le falta un elemento del tipo (hacerlo sin derecho, motivo o justificación). Sino, imaginémonos a los jueces ordinarios procesados diariamente por ordenar detenciones, debiendo justificar en un proceso penal una acción considerada típica. No. La conducta de un juez que ordena una privación de libertad de acuerdo a derecho no es típica. Lo mismo pasa con las autoridades de la jurisdicción especial cuando actúan legítimamente. En otros delitos, que no contienen este elemento típico (“el que sin derecho”), la autorización constitucional sí constituiría una causa de justificación, pero no así en el caso del secuestro, que requiere que quien realiza

<sup>60</sup> Convenio 169 de la OIT

#### **Artículo 8**

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

#### **Artículo 9**

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

#### **Artículo 10**

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

#### **Artículo 12**

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.”

<sup>61</sup> Código Penal de 1991, Artículo 152.- **Secuestro**

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años **el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada**, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.”

la acción de privar a alguien de su libertad carezca de derecho, motivo o justificación para ello.

### Síntesis y Proyección favorable para un entendimiento democrático

Esta Sentencia da un giro de ciento ochenta grados a la jurisprudencia en esta materia que, en general, se había mantenido dentro cánones monistas, sin acoger el pluralismo jurídico. La Judicatura no había hecho suyo, propiamente, el reconocimiento constitucional de las funciones jurisdiccionales a pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas, que se desprende del mencionado art. 149 de nuestra Carta Magna y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por el Perú en 1994.<sup>62</sup> Dicha sentencia también permite hacer una interpretación progresiva de la última Ley de Rondas Campesinas 27908 (07/01/2003), reforzando la disposición de su art. 1ro, respecto de la aplicación a las rondas de los derechos y ventajas de los pueblos indígenas en tanto les correspondan y favorezcan.

### Impulso a legislación pluralista

La Sentencia no sólo tiene efectos favorables respecto de casos penales puntuales sino que puede iluminar el debate normativo y constitucional sobre el tema. La posición de la Corte Suprema en esta Sentencia es más progresista que las propuestas restrictivas presentadas en diversos proyectos de ley de desarrollo constitucional del art. 149 de la Constitución que pretendían reducir el papel de las rondas a funciones conciliatorias, de mero apoyo policial, o sólo para casos de menor gravedad.<sup>63</sup> Es claro que la Suprema, al aplicar sin restricciones el art. 149 a las rondas, les reconoce plenas funciones jurisdiccionales.

Esta Sentencia también supera la posición restrictiva de CERIAJUS respecto de la Jurisdicción especial, cuya propuesta de reforma constitucional abandona dos nociones fundamentales de la Constitución de 1993.<sup>64</sup> Primero, elimina la afirmación que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo”, lo cual no es un asunto menor o demagógico, pues es el fundamento de la jurisdicción indígena, comunal, rondera. Segundo, elimina el concepto de “funciones jurisdiccionales” y propone tan sólo reconocer “las decisiones” de las autoridades indígenas, comunales y ronderas. Las funciones jurisdiccionales, como anoto arriba, comprenden las potestades de investigación –que incluye la de convocar partes para interrogatorios o

<sup>62</sup> Véase un análisis de la jurisprudencia en la materia en: *“Tratamiento Judicial de la Diversidad Cultural y la Jurisdicción Especial en el Perú.”* En: Castro, Milka ed. (2000): *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio*. Arica: Universidad de Tarapacá y Universidad de Chile.

<sup>63</sup> Véase un análisis de las propuestas de desarrollo constitucional en esta materia en Yrigoyen Fajardo, Raquel: *Retos para construir una Jurisdicción Pluralista (Balance de los Proyectos de ley sobre el art. 149-Derecho Consuetudinario - Legislaturas 1995-2000 y 2000-junio 2001)*. I Encuentro de la Sección Peruana de Antropología Jurídica. Lima, PUC, febrero 2001. También: Ruiz (2004) ob.cit.

<sup>64</sup> CERIAJUS es la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia, creada por Ley N° 28083 (publicada el 3/10/2003) para elaborar en forma concertada y global un Plan Nacional de Reforma Integral del Sistema de Administración de Justicia. **Propuesta de CERIAJUS.** Artículo 138. “El Poder Judicial ejerce la potestad de impartir justicia, de conformidad con la Constitución y las leyes. (...) Las **decisiones** de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas y pueblos indígenas, que resuelvan conflictos dentro de su ámbito territorial y de conformidad con el derecho consuetudinario, deben observar los derechos fundamentales. La Ley establecerá las formas de coordinación correspondientes. (...)” (Subrayado mío). Citado en Ruiz, ob. Cit. p.18.

averiguaciones-, juzgamiento y toma de decisiones, así como la de aplicación coercitiva de sanciones y medidas diversas. CERIAJUS parece desconocer que hay ronderos procesados por usurpación de funciones por interrogar y citar a personas (como los ronderos Paima, Piura), es decir por acciones previas a la toma de decisiones, pero que sí son parte de las funciones jurisdiccionales.

### **Pedagogía sobre la justicia y la Interculturalidad**

Esta Sentencia tiene un importante valor pedagógico que no hay que dejar pasar por alto pues legitima un sistema de justicia que puede ser no sólo más eficaz y legítimo en el contexto en el que opera, sino que también interpela las prácticas de “justicia” de otros sistemas. Las medidas y sanciones que las rondas adoptan muestran a la sociedad nacional que es posible encarar problemas frecuentes como robos e incluso muy graves como homicidios, sin abandonar a las víctimas y sin tener que linchar a los delincuentes o someterlos a largos e inútiles años de prisión. Las rondas encaran hechos dañinos sin enviar a los que los han realizado a las cárceles –de donde saldrían peores- sino obligándoles a reparar, trabajar para la comunidad, y a rondar con otros ronderos en diferentes bases para que las comunidades los conozcan –como dice la Sentencia-, pero también para que “los ladrones vean lo que se sufre rondando y no repitan su error” –como explican los ronderos sobre el sentido de la “cadena ronderil”-.

Las normas de reconocimiento de los sistemas de justicia indígenas y comunales, así como los proyectos de ley sobre la materia, ponen siempre como límite expreso del reconocimiento la no violación de derechos humanos, bajo la presunción de que las formas de justicia comunales e indígenas son más violentas o abusivas que la justicia ordinaria. Sin negar los abusos o violencia que dichos sistemas deben superar, quiero destacar que los sistemas comunales e indígenas también tienen mucho que ofrecer al sistema de justicia ordinario.<sup>65</sup> Y es bueno que todos nos dejemos interpelar.

En este sentido, esta Sentencia tiende un puente para el diálogo intercultural y el desarrollo de posibles mecanismos de coordinación democráticos entre la jurisdicción ordinaria y la comunal. Al legitimar la justicia rondera, también da un mensaje a las rondas, para que actúen dentro de su derecho, con rectitud y sin abusos. En un contexto de falta de legitimidad de la Judicatura, esta sentencia da un paso muy importante hacia el pluralismo y la democracia, que vale destacar y difundir.

<sup>65</sup> Como ejemplo, Hurtado-Pozo analiza el caso de unas rondas que cometieron abusos con una pareja adúltera. Hurtado-Pozo, José: Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado? En: Anuario de Derecho Penal, No 2003: Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano (también disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/03/Hurtado.pdf>). Sin embargo, considero que no se debe generalizar a partir de ello que las rondas sistemática o estructuralmente violan los derechos humanos. Ciertos estudios comparan las prácticas de los sistemas comunales con los discursos de la justicia ordinaria. Sería bueno que se hiciera los dos niveles de comparación, discursos y prácticas. Ello revelaría el gran camino por andar que tiene la justicia ordinaria, con sus inhumanas cárceles, corrupción, abusos, abandono o doble victimización de las víctimas, etc. Por ello, es necesario el diálogo para aprovechar lo que el otro sistema puede aportar, y para identificar lo que cada sistema requiere cambiar y mejorar.

## V. Normativa Nacional e Internacional aplicable al Estado peruano

### A. MARCO NACIONAL

| CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>TÍTULO I. DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD. CAPÍTULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA</b><br><b>Artículo 1°.</b> La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Artículo 2°.</b> Toda persona tiene derecho: (...) <ol style="list-style-type: none"> <li>1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. (...)</li> <li>19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.<br/>               Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.</li> </ol> |
| <b>CAPÍTULO VI. DEL RÉGIMEN AGRARIO Y DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS</b><br><b>Artículo 88°.</b> El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.<br>Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.                                                                                                                          |
| <b>Artículo 89°.</b> Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.<br>Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.<br><b>El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.</b>                                                                                                      |
| <b>Artículo 149°.</b> Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las <b>Rondas Campesinas</b> , pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.                                                                                                                                                   |
| <b>Artículo 191°.-</b> Los gobiernos regionales ...<br>(...)               La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y <b>pueblos originarios</b> en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Consejos Municipales.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| <b>TÍTULO V. DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES</b><br><b>Artículo 200°.</b> Son garantías constitucionales: <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte</li> </ol>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |

de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.
3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2º, incisos 5) y 6) de la Constitución.
4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.
5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137º de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

#### **DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS**

**Cuarta.** Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

#### **LEY DE RONDAS CAMPESINAS- LEY 27908**

##### **Artículo 1.-** Personalidad jurídica

Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.

##### **Artículo 7.-** Actividades en beneficio de la paz comunal

Las Rondas Campesinas en uso de sus costumbres pueden intervenir en la solución pacífica de conflictos suscitados entre los miembros de la comunidad u

organizaciones de su jurisdicción y otros externos siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción comunal.

**Artículo 9.- Coordinación y apoyo con autoridades jurisdiccionales**

Las autoridades de la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación con los dirigentes de las Rondas Campesinas respetando las autonomías institucionales propias. Los dirigentes de las Rondas pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado.

**CÓDIGO PROCESAL PENAL**

**ARTÍCULO 18°** Límites de la jurisdicción penal ordinaria.- La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer:

1. De los delitos previstos en el artículo 173° de la Constitución.
2. De los hechos punibles cometidos por adolescentes.
3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149° de la Constitución.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y  
TRANSITORIAS  
ACUERDO PLENARIO N° 1-2009/CJ-116**

8°. En la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo el criterio fundamental la conciencia de su identidad (artículo 1°), entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas –según se tiene expuesto– son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender –en vía de integración– que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos que luego se precisarán. No hacerlo importaría un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación [JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA: *¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas?*, IDL, Lima, mayo 2008, páginas 24-25]. Si 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 –el artículo 8°.2 del Convenio fija como pauta que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias–, es obvio que al ser las Rondas Campesinas parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario –cuya identificación y definición previa es tarea central del juez–, deben tener, como correlato, funciones jurisdiccionales en lo que le es privativo [Conforme: DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas*, Lima, octubre, 2004, páginas 23/28]. Las Comunidades Campesinas y Nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario.

Es cierto que el artículo 1° de la Ley número 27908 –en igual sentido el Reglamento de esa Ley (Decreto Supremo número 25-2003-JUS, del 30.12.2003)– ratifica las funciones de seguridad de las Rondas Campesinas dentro de su ámbito territorial y

precisa que estas últimas apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, y colaboran con la solución de conflictos. Sin embargo, en vía de integración y según los parámetros constitucionales ya abordados, ha de entenderse que las funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia son ínsitas a las Rondas Campesinas tanto si éstas se originan en el seno de las citadas Comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas, puesto que, como el propio artículo 1° preceptúa, son formas autónomas y democráticas de organización comunal. Cabe resaltar que en muchos casos las funciones jurisdiccionales en cuestión se dan no solo como un intento de reivindicar y afirmar sus propias esferas, sino que vienen „propiciadas“ por la ausencia o casi nula existencia de presencia estatal.

11°. El segundo, el factor de congruencia, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados [RENÉ PAUL AMRY: *Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 95]-. Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas –bajo la noción básica de „previsibilidad“ para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)-. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia.

## B. MARCO INTERNACIONAL

### CONVENIO 169 DE LA OIT (1989)

5to Considerando: Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a **asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo** económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

## Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su **derecho consuetudinario**.

## Artículo 8, 2.

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

## Artículo 9

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

### DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2007)

**Art. 3.** Los pueblos indígenas tienen derecho a la **libre determinación**. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

**Derecho al propio sistema jurídico**

**Artículo 5.** Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias **instituciones** políticas, **jurídicas**, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

**Artículo 34.** Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus **estructuras institucionales** y sus **propias costumbres**, espiritualidad, tradiciones, **procedimientos**, prácticas y, cuando existan, costumbres o **sistemas jurídicos**, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

### Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 134 período de sesiones. **Anexo** del Comunicado de Prensa de la CIDH No 28/11 del 1-4-2011

**“Situación de los derechos de los pueblos indígenas (...)**

Finalmente, en una **audiencia sobre jurisdicción indígena y derechos humanos**, se recibió información sobre la **falta de respeto por la aplicación de sistemas jurídicos** ancestrales por las autoridades indígenas. La CIDH recuerda que el ejercicio de la **jurisdicción indígena** constituye una manifestación del **derecho a la autonomía** de los pueblos indígenas, el cual está reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos.”

## Bibliografía

Ariza, José. 2009. Derecho, saber e identidad indígena. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes- Facultad de Derecho y Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

Bonilla, Daniel. 2006. La Constitución multicultural. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes- Facultad de Derecho y Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

Chivi, Idón. 2006. Justicia Indígena. Los Temas pendientes. La Paz: Azul Editores.

Kymlicka, Will. 1995. Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona: Paidós.

Kymlicka, Will. 2001. Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism, and citizenship. New York: Oxford University Press.

Sánchez, Esther. 1998. Justicia y pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: UNC y UNIJUS.

Sánchez, Esther e Isabel Jaramillo. 2001. La Jurisdicción especial indígena. Bogotá: Procuraduría General de la Nación y Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas.

Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde. 1990. Entre la ley y la costumbre. México: III-IIDH.

Taylor, Charles 1993. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México: FCE.

Yrigoyen Fajardo, Raquel. 1999. Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal. 1ra Edición. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2004. “Vislumbrando un *horizonte pluralista*: rupturas y retos epistemológicos y políticos” En: Castro, Milka. Los desafíos de la interculturalidad. Santiago de Chile: Universidad de Chile. (p. 191-228).

Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2006. “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”. En: Berraondo, Mikel. 2006. Pueblos indígenas y Derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto (p. 537-567).

Yrigoyen Fajardo, Raquel (ed.). 2010. Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en Latinoamérica. Lima: IIDS, INESC, ILSA.

Van Cott, Donna Lee 2000. The friendly liquidation of the past. The politics of Diversity in Latin America. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.