



ANEXO DE LECTURAS

**CURSO “MARCO JURIDICO Y PRINCIPIOS DE
COORDINACION ENTRE LOS SISTEMAS
JURIDICOS Y ORDINARIOS”**

UNIDAD I: MARCO JURÍDICO Y PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS Y ORDINARIO

CHIBA, Masaji (1987): Tres Dicotomias del Derecho Bajo Pluralismo (version en español) - “Three dichotomies of law. An analytical scheme of legal culture”, En *Tokai Law Review*, Tokyo, N° 1.

Tres Dicotomías del Derecho bajo el Pluralismo¹

Masaji Chiba

1. Introducción

La cultura legal o el pluralismo legal se está convirtiendo en uno de los problemas o temas más frecuentemente discutidos en varios campos del Derecho. Las asociaciones internacionales en filosofía, antropología y sociología del Derecho, así como las del Derecho comparado, han empezado a abordar temas relacionados a este problema en sus conferencias; además se han llevado a cabo o se realizan diversos encuentros internacionales acerca de esta temática. En virtud de estas actividades internacionales, la situación problemática de la cultura legal o el pluralismo legal contemporáneo se ha vuelto más conocido en el mundo, sin embargo gran parte de ello debe ser aún explorado.

En contraste con esta creciente conciencia, se presenta una aparente demora debido a la elaboración de una metodología apropiada para un nuevo problema, como señalan (complain) los principales abogados acerca de la jurisprudencia del tercer mundo:

“...una teoría legal apropiada para las sociedades industrializadas occidentales en la manera en que han evolucionado durante los pasados 200 años fue inapropiada, en importantes aspectos, para explicar las principales funciones y proveer de una base filosófica a los sistemas legales de los países del tercer mundo”. (Marasinghe y Conklin, 1984:vi)

La metodología para concebir un nuevo esquema conceptual apropiado para este nuevo requerimiento, no ha sido completamente descuidada. M. B. Hooker, por ejemplo, intentó aplicar sus conocimientos dicotómicos –primero “ley dominante vs. ley sirviente” (1975) y luego “contrato vs. Status” (1978)-- para los componentes principales del pluralismo legal; pero no pudo abrir nuevos horizontes porque sus conceptos fueron adoptados a través de aquellos originados en la moderna doctrina occidental. Algunos otros estudiosos han propuesto concepto como “ley en pequeñas escalas sociales” (Roberts, 1979) o la “ley de la gente” (Baxi, 1982; Allott & Woodman, 1985) para legislación distinta a la estatal en sociedades no occidentales y “ley indígena” para legislaciones no estatales en sociedades americanas (Galanter, 1981; cf. note 14, p.106). Asimismo, “la ley del pueblo” fue sugerida como una etiqueta provisional para adoptar una ley distinta a la estatal en sociedades tanto occidentales como no occidentales, ello a través de acercamientos que guardan relación con su “ley sustantiva”, “procedimientos” e “interacción entre la ley de un pueblo y la de otros o la ley estatal”. Sin embargo, esos esfuerzos

¹ Originalmente publicado por el autor como “Three Dichotomies of law: An Analytical écheme of Legal cultura”, presentado en ISA Research Committee on Sociology of Law, XI Congreso Internacional de Sociología, Nueva Deli, 18 y 22 de Agosto, luego publicado en la revista Tokai Law Review, N° 1, 1987, pp. 1-11. Traducido en la Clase de Sociología del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (profesor Antonio Peña Jumpa), por Daniel Alvarado, Cristina Blanco, Fabiola Chavez y Samara Lafitte (horario 401), y revisado por los adjuntos del curso Julio Avellaneda y Oscar Súmar.

no parecen haber alcanzado ningún avance significativo además del de reemplazar viejas etiquetas por nuevas, o redefinir hechos conocidos con nuevas palabras.

Me gustaría en este punto intentar un nuevo esquema conceptual reformulando aquellos que sugerí anteriormente. Ante que el argumento metodológico, aunque podría ser útil o incluso necesario, para establecer el objetivo al cual la metodología demandada va a ser aplicada; el objetivo es, sea expresado como cultura legal o pluralismo legal, la estructura completa de funcionamiento acerca de la ley de un pueblo, constituida no por un único sistema de legislación estatal, sino por múltiples complejos sistemas de leyes llamados costumbristas, religiosos, locales, entre otros; y por otro lado, muchos factores ideológicos especialmente relevantes para la función de la ley, tales como: ideas, valores, creencias, filosofías, actitudes, y otros. Lo que se requiere, entonces, es un esquema conceptual capaz de ser utilizado como una herramienta analítica para observar con precisión y dilucidar la estructura completa de funcionamiento de la ley de un pueblo, tanto occidental como no occidental.

2. Esquema inicial: tres niveles estructurales de Derecho

Mi primer esquema conceptual fue concebido como un trabajo de hipótesis para facilitar la unión en la búsqueda dentro del Derecho de un grupo indígena-asiático, empezado en 1977, donde se diferencia toda una estructura de Derecho dotado de tres niveles. El primer nivel, *derecho oficial*, fue definido como “el sistema legal autorizado por la autoridad legitimada de un país”, típica de este nivel es la *ley del Estado* “directamente sancionada por el gobierno legítimo de un Estado”. Otros tipos de derecho, como el derecho religioso, el derecho familiar, el derecho local, el derecho étnico, en lo sucesivo, pueden ser clasificados también como derecho oficial en la medida en que reciben la autorización oficial del Estado y funcionan en consonancia con la ley del Estado.

El segundo nivel es el del *derecho no oficial* definido como un sistema legal, el cual no ha sido oficialmente autorizado por las autoridades pero sí autorizado por la práctica de un consenso general de cierto grupo de personas, sea dentro de un país o sin él o más allá de él, y limitado a ser “uno con algunas influencias distintas sobre la efectividad del derecho oficial, suplantando, oponiéndose, modificando o hasta socavando el derecho oficial. Todos los tipos de derecho, distintos al *derecho oficial*, han sido clasificados como no oficiales, en la medida en que no han sido autorizados, directa o indirectamente, por la autoridad oficial.

El tercer nivel es el del *derecho básico* o el sistema de valores e ideales específicamente relevantes para ambos derechos, oficial y no oficial, y constituido por ideas legales, preceptos y enseñanzas religiosas, postulados sociales y culturales relacionados con la estructura social fundamental o ideologías políticas relevantes conectadas con política económica. Dado que este nivel forma la fundación adicional de toda la estructura de derecho de una persona, esta variedad de componentes debe ser capaz de mantener la

mínima integridad no obstante alguna menor incongruencia y conflictos entre ellos. Luego, ya en respuesta a la crítica en la que confundida con el rótulo de valores e ideales de un tercer nivel de derecho incluso limitado a lo básico, reemplacé el rotulado de “derecho básico” con “postulado jurídico” en 1982 y luego con “postulado legal” desde 1984, sin un cambio sustancial en la definición.

Llamado tres niveles de estructura legal, este esquema conceptual llegó a través de una investigación teórica de una extensa doctrina occidental y recientes investigaciones empíricas en el estudio socio-cultural del derecho no occidental. Esta fue una hipótesis de trabajo que requirió verificación en una investigación empírica. Consecuentemente, organicé dos proyectos de investigación para llevar a cabo la tarea de verificación.

Un proyecto, planeado y organizado en 1977, fue con colaboración de cinco académicos de diferentes países que albergó diversas culturas originarias de Asia, esto es: Tailandia con su budismo, India con su hinduismo, Egipto con su sunni-Islam, Irán con su shii-Islam y la multi religiosa Sri Lanka. Yo, por supuesto, estuve encargado de la caracterización japonesa, de su religión popular, el shintoísmo. De cara con varias dificultades, desde la distancia geográfica y cultural entre los colaboradores, este proyecto fue finalmente plasmado en Chiba 1986^a.

El otro proyecto fue en colaboración de diez académicos japoneses de diferentes campos de doctrina, antropología e historia económica. Después de dos años de examen teórico y preparación práctica, el grupo de búsqueda empezó una extensiva investigación en Sri Lanka en el año 1980 con el propósito de recolectar información fiable en Asia, con el ánimo de intentar una verificación del proyecto conceptual sobre el Estado. El resultado de la investigación, llevado a cabo principalmente en el verano de 1982 y enriquecido por visitas individuales, antes y después de esa fecha, fue descrito en Chiba, 1984^a, aunque en una forma preliminar, el reporte final del proyecto ha sido recientemente completado en japonés.

Los resultados de estos dos proyectos son sumariamente descritos en adelante, en tanto están relacionados con la verificación del esquema conceptual bajo consideración.

3. Verificación del esquema inicial

El esquema conceptual hipotético, la estructura de la Ley de tres niveles con sus componentes del derecho oficial, derecho no oficial y presupuestos legales, fue verificado por el primer proyecto conjunto, ambos en su formulación y en la definición de conceptos de sus componentes. Sin embargo, la revisión empírica de seis países diferentes presentó varios requerimientos para complementar y mejorar el esquema básico. Según el derecho oficial, sus subsistemas deben ser clasificados con precisión y su interrelación e interacción mutua, deben ser ordenados sistemáticamente basados en la información presentada. Requerimientos similares parecen aplicarse también para el derecho no oficial: también fue determinado que más información debe ser recogida para

complementar aquella que ya se conoce, para que luego pueda hacerse un esfuerzo en redefinir su concepto y reorganizar su naturaleza en el esquema integral en relación con el derecho oficial y los presupuestos legales.

Una necesidad similar parece verse apreciada en la relación al concepto *postulado legal*, junto con otro requerimiento que surge de su naturaleza ideal, que es, la necesidad de identificar el mecanismo completo de los presupuestos legales, así como de comprender que ese componente básico contribuye distintivamente a la integración mínima indispensable del mecanismo completo.

De hecho, un esquema conceptual adicional se ha preparado al inicio de este proyecto, porque el derecho de los pueblos no occidentales fue el objetivo elegido del proyecto conjunto. Este esquema adicional fue presentado con *la interacción entre la ley recibida y la ley nativa*; definida la primera como “ley que es recibida por un país de uno o varios países diferentes” y la segunda como “ley originaria en la cultura nativa de la gente”. En la sociedad humana, al menos en el mundo contemporáneo, es casi imposible encontrar *ley nativa* pura a causa de la difusión cultural entre las personas: la dicotomía, *ley nativa versus ley recibida* está, por ende, predestinada a ser sólo de validez relativa. Por ejemplo, una *ley recibida* antigua, después de ser asimilada dentro de la cultura de la gente que la recibe, puede ser caracterizada como una ley nativa cuando se encuentra con la nueva ley recibida. Otro hecho mucho más serio en el mundo contemporáneo es el conflicto entre la ley nativa de pueblos no occidentales, la cual ha existido desde antes de la inserción de la ley occidental moderna, y su *ley transplantada*², así ésta haya sido impuesta involuntariamente o recibida voluntariamente.

El esquema conceptual hipotético ha sido también verificado básicamente con la información obtenida mostrando que las estructuras contemporáneas de la ley de los seis países son, respectivamente, el resultado de una interacción entre la ley nativa y la ley transplantada. La información hasta ahora presentada sugiere que dicha interacción ha tenido lugar dentro de ciertos límites, los cuales permitieron la justa preservación de la identidad cultural de cada persona, llevándonos a asumir que un postulado legal básico se encontraba funcionando durante el curso de la interacción. Este postulado ha sido etiquetado: postulado de identidad de los pueblos indígenas.

El segundo proyecto emprendido por académicos japoneses, comenzó después del primero descrito arriba y estuvo por ende en oposición para observar críticamente y mejorar en el esquema original. En consecuencia, un avance remarcable en reformular esos esquemas fue posible, como se presenta en el reporte preliminar del proyecto. Ese reporte, sin embargo, no ha sido publicado; fue escrito en calidad de reporte especial para el gobierno japonés, el cual proporcionó subvenciones para cubrir los gastos del proyecto. Lo que deseo hacer más abajo es ir un paso más allá y tentar hacer una reformulación sintética de los esquemas conceptuales para obtener una herramienta analítica necesaria para la cultura legal o pluralismo legal, en el mundo contemporáneo, no occidentales y occidentales por igual.

² Nota del traductor: presumiblemente el autor hace referencia a la ley que impera en un país no occidental desde la colonia.

4. Esquema revisado: tres dicotomías del Derecho

El esquema conceptual sintético descrito abajo puede llamarse tres dicotomías del Derecho, combinando los esquemas descritos arriba con el postulado de identidad de derecho indígena en un solo espacio.

La primera dicotomía comprende, en relación a los diferentes modos de la autoridad de sanción legal, derecho oficial versus derecho no oficial, términos que son definidos respectivamente como “el sistema legal y sus componentes autorizados por la autoridad legitimada de un país”, y “el sistema legal y sus componentes no autorizados oficialmente por ninguna autoridad legítima, pero autorizados en la práctica por el consenso en general de un cierto círculo de personas, ya sea dentro o fuera de los límites del país, cuando causan influencias distintas sobre la efectividad de la ley oficial, complementando, oponiendo, modificando e incluso socavando cualquiera de las leyes oficiales, sobretodo leyes estatales”. Mientras que la ley estatal, “la ley oficial de un cuerpo político llamado Estado”, es realmente típica en las leyes oficiales, aunque no es la única como tan a menudo se toma por sentado. Además de su ley estatal, muchos países capitalistas y socialistas en el mundo están también oficialmente regulados por al menos un derecho religioso, ya sea católico, protestante, islámico, judío, hindú, budista u otros incluyendo supernatural y animístico. Aún otros tipos de derecho se encuentran regulando ciertos grupos de personas con autorización especial del gobierno estatal, de esta manera formando un derecho oficial local, derecho de familia, derecho étnico y otros muchas veces llamados colectivamente derecho consuetudinario. Dichos tipos de derecho consuetudinario son originalmente derecho no oficial, y se mantiene no oficial cuando, como es usual de hecho, no se autoriza oficialmente. Tipos diferentes de derecho no oficial en un país pueden funcionar sin ningún acuerdo sistemático, indiferente e incluso conflictivamente con los otros. En contraste, se requiere que los diferentes tipos de derecho oficial es un país mantengan un sistema consonante bajo un cuerpo de ciertos principios legales el cual es usualmente provisto por la ley estatal³. Como resultado, el derecho consuetudinario como derecho oficial tiende a desarrollarse de forma diferente al derecho consuetudinario como derecho no oficial.

La segunda dicotomía es el contraste de reglas positivas o reglas legales, con postulados morales³ o postulados legales. Las reglas legales son “la expresión verbal formalizada de regulaciones legales particulares para designar patrones específicos de conducta”, y los postulados legales son “los valores e ideas particulares y sus sistemas específicamente conectados con un derecho particular para idealmente encontrar, justificar, orientar, o de otra manera complementar, criticar y revisar las reglas legales existentes”. Mientras que las reglas legales tienden a ser fácilmente aisladas del resto de las formalidades culturales, los postulados legales son bastante difíciles de aislar, con la excepción de aquellos específicamente conceptualizados, tales como justicia,

³ Se toma por sentado por la jurisprudencia occidental que dichos principios integradores son provistos por el derecho estatal, pero dudo al conformarme con esa visión. Para los musulmanes, *Shariah* puede ser el principio integrante; para los socialistas, socialismo; para los Hindús, *Dharma*; para los chinos tradicionales, el Cielo; y así:

³ Postulate values

equidad, derecho natural en el derecho occidental, Dharma en el derecho hindú, y el Cielo en el derecho Chino tradicional⁴. Ambos, las reglas legales y los postulados legales de un cuerpo particular de derecho coexistente y co-funcionan, como una regla, interactuando. Sin embargo, en muchos casos pueden caer en conflicto, mientras que en otros cualquiera de ellos puede dejar de funcionar e incluso desaparecer completamente. Dichos casos ocurren cuando cualquiera de ellos ha dejado atrás al otro como consecuencia del desarrollo socio-cultural de la sociedad en cuestión. Por encima de las varias formas de relación entre ambos, se nota particularmente la función independiente de los postulados legales cuando las reglas legales apoyadas han devenido obsoletas o desaparecen. En dicho caso, mientras pueden ser fácilmente abandonadas debido a la falta de una base fortificada por reglas legales, los postulados legales tienen el potencial de reactivar las reglas legales que habían quedado obsoletas e incluso crear nuevas reglas legales para entrar en ese nuevo cuerpo.

La **tercera dicotomía** es especialmente seria para países no occidentales, aunque aplicable a países occidentales también. Se relaciona a los **diferentes orígenes de la ley** en la sociedad humana. El contraste aquí es el derecho indígena, ampliamente definido como “el derecho originado en la cultura nativa de un pueblo” y estrechamente definido como “la ley existente en la cultura indígena de un pueblo no occidental previo a su traspase al moderno derecho occidental”, en contraste al derecho transplantado, ampliamente definido como “derecho transplantado por un pueblo de un país extranjero” y estrechamente definido como “el derecho estatal de un país no occidental transplantado de un país moderno occidental”. Se puede notar, que, como se menciona arriba, el contraste de derecho indígena (o nativo) versus derecho transplantado es algo relativo a ser exhibido diferentemente con el grado de asimilación del derecho extranjero, y que el derecho transplantado se puede dividir en dos tipos: aquel que es voluntariamente recibido, y aquel que es involuntariamente impuesto. El alegado sistema de derecho occidental no es más que una integración compleja de derecho indígena y derechos transplantados desarrollados por el genio occidental antes de los tiempos modernos (ver: Berman, 1983), mientras el derecho contemporáneo no occidental es un trabajo conjunto de derecho indígena y derechos transplantados interactuando en cada país.

En suma, el derecho de un país individual puede ser observado y analizado con precisión en toda su estructura por las herramientas del esquema analítico de las tres dicotomías arriba mencionadas. En otras palabras, puede ser dilucidado como comprendiendo diferentes tipos de derecho oficial y no oficial, cada uno de los cuales está constituido por reglas legales y postulados legales como también de derecho indígena y derecho transplantado, recibido o impuesto. La combinación de las tres dicotomías en realidad varía de país a país. Dicha variación exhibirá diversos ejemplos de la proporción de dos factores en cada dicotomía, por un lado, y la transformación de las combinaciones y proporciones con el tiempo, por otro lado: lo cual puede resultar, en casos extremos, en el reemplazo total de un sistema legal estatal. Todavía excepto en raros casos, pueblos que han apreciado su cultura

⁴ Por supuesto estos postulados legales tienen aún una definición menos rígida con mayor flexibilidad que las reglas legales.

indígena pueden preservar su cultura legal⁵ tan bien a través de la transformación de la combinación y proporción de las tres dicotomías. En cuanto a una cultura legal se preserva, un “postulado legal básico para la identidad cultural del pueblo en derecho”, que prefiero llamar el postulado de identidad de una cultura legal⁶, se debe presuponer que funciona. Guía a las personas al elegir cómo reformular toda estructura de su derecho, incluyendo entre otras, la combinación de derecho indígena y derecho transplantado, con el fin de mantener su acomodación en circunstancias cambiantes⁷.

En conclusión, las tres dicotomías del Derecho, compuestas de derecho oficial versus derecho no oficial, reglas legales versus postulados legales y derecho indígena versus derecho transplantado, combinado en una cultura legal bajo la guía del postulado de identidad de una cultura legal, es una herramienta analítica útil para observaciones y análisis precisos de la estructura total del derecho de un pueblo, individual o comparativamente. Este trabajo espera una verificación empírica y una elaboración teórica a través del trabajo cooperativo de académicos interesados, occidentales y no occidentales por igual.

⁵ El término “cultural legal” es generalmente utilizado para los valores y actitudes características relacionadas al derecho (ver Sección 2, Capítulo 3). Puede ser útil el observar dicho aspecto cultural del derecho, pero tiende a no ver otros aspectos. Prefiero usar el termino aquí para la configuración cultural en derecho, en la cual configuración significa “mas o menos un patrón consistente de pensamiento y acción” como lo define Ruth Benedict (1934: 42-43, 225-227).

⁶ Este postulado fue en principio relacionado al derecho indígena (Capitulo 10). En consideración a su función de preservar el derecho indígena en interacción con el derecho transplantado oficial, se encontró entonces que el concepto cubría toda la estructura de derecho y, extensivamente, cultura legal como se establece en el Capitulo 11.

⁷ Estoy convencido que ha identificado el postulado de identidad de cultural legal japonés en lo que he llamado “modo amoeba de pensar” (1986a: 355-356; Capitulo 6 y 7), aunque en un llamado provisional. Similares pueden ser descubiertos operando en toda la estructura de derecho de otros pueblos a través de investigaciones empíricas de hechos relacionados o razonamiento teórico basado en ellos.

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho

Materiales del curso Sociología del Derecho

Profesor Antonio Peña Jumba

Chiba, Masaji (1987): "Three dichotomies of law in pluralism", in *Tokai Law Review*, Tokio, N°1, pp. 171-180.

22

Chapter 12

*Three Dichotomies of Law in Pluralism**

1. Introduction

Legal culture, or legal pluralism, is growing to become one of the most frequently discussed problems in various fields of law. International associations in philosophy of law, anthropology of law, sociology of law, and comparative law¹, have begun to adopt topics related to this problem in their conferences, and many ad hoc international meetings treating related topics either were held or are under planning.² In virtue of these international activities, the problematic situation of contemporary legal culture or legal pluralism in the world has become more clearly known, though much of it is yet to be explored.

In contrast to the increasing awareness, the apparent lag is in elaborating methodology appropriate to such a new problem, as leading advocates for Third World jurisprudence complain:

... a legal theory appropriate to western industrialized societies in the

*Originally, "Three Dichotomies of Law: An Analytical Scheme of Legal Culture," presented before a session of the ISA Research Committee on Sociology of Law, XI World Congress of Sociology, New Delhi, August 18-22, 1986; then published in *Tokai Law Review*, No. 1, 1987, pp. 1-11. Reprinted by allowance of the Dean, Faculty of Law, Tokai University.

¹Besides established ones mentioned in the text, two new ones are remarkable: the Commission on Folk Law and Legal Pluralism, International Union of Anthropological and Ethnological Sciences (IUAES CFLLP), and the International Third World Legal Studies Association (INTWORLSA).

²Cf. Newsletters of IUAES CFLLP and INTWORLSA.

Analytical Theory of Legal Pluralism at Work

way it had evolved during the past two hundred years was inappropriate, in important aspects, to explain the functions and provide a philosophical basis for the legal systems of Third World countries (Marasinghe & Conklin, 1984: vi).

The methodological concern for devising a new conceptual scheme appropriate to the new demand has not been utterly neglected. M.B. Hooker, for instance, attempted to apply his dichotomic concepts — first 'dominant law vs. servient law' (1975) and then 'contract vs. status' (1978) — to the main components of legal pluralism; but he was unable to open new horizons because his concepts were adopted from among those originated in modern Western jurisprudence.³ Some other scholars have proposed such concepts as 'law in small-scale societies' (Roberts, 1979) or 'people's law' (Baxi, 1982; Allott & Woodman, 1985) for law other than state law in non-Western societies, and 'indigenous law' for such law in American society (Galanter, 1981; cf. note 14, p.106). Also, 'folklaw' was suggested as a provisional label to embrace law other than state law in both non-Western and Western societies through three approaches with relation to its 'substantive law,' 'procedure' and 'interaction between a folk-law and the others or state law.'⁴ On the whole, however, those efforts do not appear to have achieved any significant advancement beyond replacing old labels with new, or redefining known facts with new words.

I would like herein to attempt a new conceptual scheme by reformulating the schemes which I suggested in the past. Prior to methodological argument, however, it may be useful, or indeed necessary, to ascertain the objective to which the demanded methodology is to be applied. The objective is, whether expressed as legal culture or legal pluralism, the working whole structure of law of a people, constituted not of a single system of state law, but rather a complex of various systems of law called customary, religious, local, primitive, tribal or whatever,⁵ on the one hand, and

³For my criticism as well as appreciation of Hooker's argument, see pp. 41-43, Ch. 3.

⁴From the "Term of Reference" of IUAES CFLLP.

⁵[Postscript: Such concepts as *infra-droit*, *non-droit*, *polysystème*, and *système in-*

12. Three Dichotomies of Law in Pluralism

many ideational factors specifically relevant to the function of the law, such as ideas, values, beliefs, philosophies, attitudes and so forth, on the other. What is demanded, then, is a conceptual scheme capable of being utilized as an analytical tool to accurately observe and elucidate that working whole structure of law of a people, Western as well as non-Western.

2. Initial Scheme: Three-Level Structure of Law

My first conceptual scheme was devised as a working hypothesis to facilitate a joint research into Asian indigenous law which, starting in 1977, differentiated the whole structure of law into three levels (for detail, see Ch. 9). The first level, *official law*, was defined as "the legal system authorized by the legitimate authority of a country," typical of which was *state law* "directly sanctioned by the legitimate government of a state." Other types of law, such as religious law, family law, local law, ethnic law and so forth, may be classified also as official law insofar as they are officially authorized by state and functioning in consonance with state-law. The second level was *unofficial law*, defined as the legal system which is "not officially authorized by the official authorities, but authorized in practice by the general consensus of a certain circle of people, whether of a country or within or beyond it," and limited to "one with some distinctive influences upon the effectiveness of the official law, supplementing, opposing, modifying or even undermining the official law." All types of law other than state law are classified as unofficial law insofar as they are not officially authorized by state law directly or indirectly. The third level was *basic law*, or "the system of values and ideals specifically relevant to both official and unofficial law in founding and orienting the latter," and constituted of established legal ideas, religious precepts and teachings, social and cultural postulates related to fundamental social structure, or political ideologies often closely connected with economic policies. As this level forms the iden-

formel de droit adopted in a dictionary are also to be counted here (cf. *Dictionnaire d'Équilles*.)

Analytical Theory of Legal Pluralism at Work

tional foundation of the whole structure of law of a people, its variety of components must be capable of maintaining minimum integration in spite of some minor incongruities and conflicts among them. Later, in response to criticism that it was confusing to label the values and ideals of the third level as 'law' even limited to basic, I replaced the label 'basic law' first with 'jural postulate' in 1982 and again with 'legal postulate' since 1984, without substantial change in definition.

Called the three-level structure of law, this conceptual scheme was arrived at through theoretical examination of long-accumulated achievements in Western jurisprudence and recent findings in the socio-cultural study of non-Western law. It was thus a working hypothesis which required verification by empirical research. I accordingly organized two research projects to perform the task of verification.

One project, planned and organized in 1977, was in collaboration with five scholars from different countries which have cherished distinctive cultures originated in Asia; that is, Thailand with its Buddhism, India with its Hinduism, Egypt with its Sunni-Islam, Iran with its Shii-Islam, and multi-religious Sri Lanka.⁶ I, of course, was charged with Japan characterized by its folk religion, Shintoism. Faced with various difficulties arising from both the geographical and cultural distance between the collaborators, this project finally reached completion in the form of Chiba, 1986a.

The other project was another joint research collaborated in by ten Japanese scholars from different fields of jurisprudence, anthropology and economic history. After two years of theoretical examination and practical preparation, the research group started an intensive field research in Sri Lanka in 1980 with the purpose of gathering reliable data from in Asia, in addition to attempting verification of the above-stated conceptual scheme. The result of

⁶While I was organizing this project, I wished to add at least two more countries noted for their traditional cultures: China and Indonesia. Unfortunately, it was only after the project had started with the positive collaboration of scholars from the five countries mentioned that I was able to reach capable scholars from those two countries. I regret this and hope that the idea may further be extended to other countries.

12. Three Dichotomies of Law in Pluralism

the research, carried out mainly in the summer of 1982 and supplemented by individual visits both before and after, was described in Chiba, 1984a, though in preliminary form. The final report of the project has recently been completed in Japanese (Chiba, 1988b, which will be summarized in English).

The results of these two projects are summarily described below insofar as related with verification of the conceptual scheme under consideration.

3. Verification of the Initial Scheme

The hypothetical conceptual scheme, the three-level structure of law with its component parts of official law, unofficial law and legal postulate, was found to be basically verified by the first joint project, both in its formulation and in the definition of its component concepts (Chiba, 1986a: 385-389). However, the empirical reviews of the six different countries presented various requirements to supplement and improve the basic scheme. As to official law, its sub-systems should be accurately classified and their mutual interrelation and interaction should be systematically arranged based on the data presented. Similar requirements seem to hold true for unofficial law; and it was also found that more data must be collected to supplement known data, after which an attempt must be made to redefine its concept and rearrange its nature in the overall scheme with relation to official law and legal postulate. A similar need was found to be true with regard to the concept of legal postulate, along with another requirement arising from its ideational nature, that is, the need to identify the whole mechanism of legal postulates, as well as to discern that basic component which distinctively contributes to the indispensable minimum integration of the whole mechanism.

In fact, an additional conceptual scheme had been prepared at the start of this first project, because law of non-Western peoples was the chosen objective of the joint project. This additional scheme dealt with the interaction between received law and indigenous law, with indigenous law defined as "law originated in the native culture of a people," and received law defined as "law

Analytical Theory of Legal Pluralism at Work

which is received by a country from one or more foreign countries" (Chiba, 1986a: 7-8). In human society, at least in the contemporary world, it is next to impossible to find purely indigenous law because of the cultural diffusion among peoples; the dichotomy, indigenous law vs. received law, is therefore predestined to be of only relative validity. For instance, an old received law, after being assimilated into the culture of the receiving people, may be characterized as an indigenous law when encountered with a new received law. Another much more serious fact in the contemporary world is the conflict between the indigenous law of a non-Western people, which have existed since before their transplantation of modern Western law, and their transplanted law, whether that transplanted law was involuntarily imposed (cf. Burman & Harrell-Bond, 1979) or voluntarily received.⁷

This hypothetical conceptual scheme was also basically verified by the reported data in that they showed that the contemporary structures of law of the six countries are, respectively, the result of interaction between indigenous law and transplanted law. The data furthermore suggested that such interaction had taken place within certain limits which permitted preservation of the cultural identity of each people in law, leading us to assume that a basic legal postulate was functioning during the course of the interaction. This postulate has been labeled the *identity postulate of indigenous law* (for details, see Ch. 10).

The second project, that undertaken by Japanese scholars, began later than the first described above, and was therefore in a position to critically observe and improve on the original schemes. Accordingly, a remarkable advancement in reformulating those schemes was possible, as presented in the preliminary report on the project (Chiba, 1984: 17-21). That report, however, has not been publicly circulated; it was written in the nature of a special report to the Japanese government, which furnished grants to cover the expenses of the project. What I wish to do

⁷The term 'reception of law' is used in general and was used by myself for both voluntary and imposed cases. However, I limit its use here to voluntary cases, and use 'transplantation of law' for both cases and 'imposition of law' for imposed cases.

12. Three Dichotomies of Law in Pluralism

below is to go a step further and attempt a synthetic reformulation of the conceptual schemes to obtain a useful analytical tool for legal culture, or legal pluralism, in the contemporary world, both non-Western and Western.

4. Revised Scheme: Three Dichotomies of Law

The synthetic conceptual scheme described below may be called the *three dichotomies of law*, combining the schemes described above with the 'identity postulate of indigenous law' into a single set.

The first dichotomy comprises, in relation to the different modes of the authority of legal sanction, *official law* vs. *unofficial law*, terms which are defined respectively as the "legal system and its components authorized by the legitimate authority of a country," and "the legal system and its components not officially authorized by any legitimate authority, but authorized in practice by the general consensus of a certain circle of people, whether within or beyond the bounds of a country, when they cause distinct influences upon the effectivity of official law, supplementing, opposing, modifying or even undermining any of the official laws, especially state law." While state law, "the official law of a political body called state," is truly typical of official laws, it is not the only one as too often taken for granted. In addition to their state law, many capitalistic and some socialistic countries in the world are also officially regulated at least by religious law, whether Catholic, Protestant, Islamic, Judaic, Hindu, Buddhistic or others including supernatural and animistic. Still other types of law are found regulating certain groups of people with official authorization of the state government, thus forming official local law, family law, ethnic law and others often collectively called customary law. Such types of customary law are originally unofficial law, and remain unofficial when, as is usual in fact, not officially authorized. Different types of unofficial law in a country may function without systematic arrangement, indifferent to and even conflictingly with one another. In contrast, the different types of official law in a country are required to maintain a consonant system

Analytical Theory of Legal Pluralism at Work

under a body of certain legal principles which is usually provided by the state law.* As a result, customary law as official law tends to develop differently from customary law as unofficial law.

The second dichotomy is the contrast of positive rules or legal rules, with postulative values or legal postulates. *Legal rules* are "the formalized verbal expressions of particular legal regulations to designate specified patterns of behavior," and *legal postulates* are "the particular values and ideas and their systems specifically connected with a particular law to ideationally found, justify and orient, or else supplement, criticize and revise the existing legal rules." While legal rules tend to be easily isolated from the rest of the cultural formalities, legal postulates are by and large difficult to isolate, with the exception of those specifically conceptualized, such as justice, equity, natural law in Western law, *Dharma* in Hindu law, and Heaven in traditional Chinese law." Both the legal rules and legal postulates of a particular body of law coexist and co-function, as a rule, interactingly. However, in many cases they may fall into conflict, while in others either of them may cease to function or completely disappear. Such cases occur when either of them has lagged behind the other or the socio-cultural development of the society concerned. Among the various modes of relationship between the two, particularly to be noticed is the independent function of legal postulates when the supported legal rules have become outdated or disappear. In such a case, while they may be easily deserted from lack of a sound basis fortified by legal rules, legal postulates have the potential of reactivating outdated legal rules or even creating new legal rules to embody themselves.

The third dichotomy is especially serious to contemporary non-Western countries, though applicable to Western countries as well. It relates to the different origins of law in human society. The contrast here is *indigenous law*, broadly defined as "law origi-

*It is taken for granted by Western jurisprudence that such integrating principles are provided by state law, but I hesitate to conform to that view. For Muslims, *Shariah* may be the integrating principle; for socialists, socialism; for Hindus, *Dharma*; for traditional Chinese, Heaven; and so on.

"Of course these legal postulates are still of less rigid definition with greater flexibility than legal rules.

12. Three Dichotomies of Law in Pluralism

nated in the native culture of a people" and narrowly defined as "the law existing in the indigenous culture of a non-Western people prior to their transplantation of modern Western law," in contrast to *transplanted law*, broadly defined as "law transplanted by a people from a foreign culture" and narrowly defined as "the state law of a non-Western country transplanted from modern Western countries." It is noted that, as mentioned above, the contrast of indigenous law vs. transplanted law is a relative one to be exhibited differently with the degree of assimilation of foreign law, and that transplanted law may be typified by two types: that which is voluntarily received, and that which is involuntarily imposed. The alleged system of Western law is nothing but an integrated complex of indigenous laws and transplanted laws developed by Western genius before modern times (cf. Berman, 1983), while contemporary non-Western law is a working whole of indigenous laws and transplanted laws interacting in each country.

In sum, the law of an individual country may be accurately observed and analyzed in its working whole structure by the above analytical tool scheme of the three dichotomies of law. In other words, it may be elucidated as comprising different types of official law and unofficial law, each of which is constituted of legal rules and legal postulates as well as of indigenous law and transplanted law, received or imposed. The combination of the three dichotomies in reality vary country to country. Such variation will exhibit diverse examples of the proportion of two factors in each dichotomy, on the one hand, and transformation of those combination and proportion with time, on the other, which may result, in extreme cases, in the total replacement of a state's legal system. Still except in rare cases, peoples who have cherished their indigenous culture may preserve their legal culture¹⁰ as well through transformation of the combination and proportion of the three dichoto-

¹⁰The term 'legal culture' is generally used for the characteristic values and attitudes related to law (see Section 2, Ch. 3). It may be useful to observe such a cultural feature of law, but it tends to overlook other features. I prefer to use the term here for the cultural configuration in law, in which configuration means "more or less consistent pattern of thought and action" as defined by Ruth Benedict (1934: 42-43, 225-227).

Analytical Theory of Legal Pluralism at Work

mies. In so far as a legal culture is preserved, a "basic legal postulate for the people's cultural identity in law," which I prefer to call the *identity postulate of a legal culture*,¹¹ must be presupposed as functioning. It guides a people in choosing how to reformulate the whole structure of their law, including, among others, the combination of indigenous law and transplanted law, in order to maintain their accommodation to changing circumstances.¹²

In conclusion, the three dichotomies of law, composed of official law vs. unofficial law, legal rules vs. legal postulates, and indigenous law vs. transplanted law, combined into a legal culture under the guidance of the identity postulate of a legal culture, is a useful analytical tool for accurate observation and analysis of the working whole structure of law of a people, individually or comparatively. It waits empirical verification and theoretical elaboration through cooperative work by scholars interested, both Western and non-Western.

25

¹¹This postulate was first found related to indigenous law (Ch. 10). In consideration of its function to preserve indigenous law in interaction with transplanted official law, the concept was then found to cover the working whole structure of law and, extendedly, legal culture as stated in Ch. 11.

¹²I am convinced that I have identified the Japanese identity postulate of legal culture in what I have termed as the 'amoeba-like way of thinking' (1986a: 355-356; Chs. 6, 7), though in a provisional calling. Similar ones may be discovered working in the whole structure of law of other peoples through empirical research of related facts or theoretical reasoning based on them.

UNIDAD I: MARCO JURÍDICO Y PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS Y ORDINARIO

MERRY, Sally Engle (1988): “Legal pluralism”, En *Law & Society Review*, volume 22, Number 5.

PLURALISMO JURÍDICO

SALLY
ENGLE MERRY

JOHN
GRIFFITHS

BRIAN Z.
TAMANAHA

Estudio preliminar
Libardo Ariza Higuera
Daniel Bonilla Maldonado

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICO
TEMAS

Siglo del Hombre Editores
Universidad de los Andes
Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar

PLURALISMO JURÍDICO

Sally Engle Merry

INTRODUCCIÓN

La odisea intelectual del concepto de pluralismo jurídico recorre un espacio que va del descubrimiento de las formas indígenas del derecho entre los habitantes de remotas aldeas africanas y miembros de tribus en Nueva Guinea, al estudio de los debates sobre las cualidades pluralistas del derecho en el capitalismo avanzado. En la última década, el concepto de pluralismo jurídico se ha aplicado al estudio del orden jurídico y social en las sociedades industriales urbanas, principalmente en Estados Unidos, Reino Unido y Francia. De hecho, si se parte de una definición lo suficientemente amplia de sistema jurídico, prácticamente todas las sociedades cuentan con un sistema de derecho plural, tengan o no un pasado colonial. El pluralismo jurídico es un asunto central en la reconceptualización de la relación entre derecho y sociedad.

Los estudios de principios del siglo XX examinaron las manifestaciones del derecho indígena en los pueblos tribales y en las aldeas tradicionales de las sociedades colonizadas de África, Asia y el Pacífico. Los científicos sociales, sobre todo los antropólogos, estaban interesados en ver cómo estos pueblos mantenían el orden social sin utilizar el derecho europeo (por ejemplo, Malinowski 1926). Estos antropólogos, a medida que fueron documentando la rica variedad de formas de control social, presión social, costumbres, derecho consuetudinario y procedimientos judiciales, se dieron cuenta poco a poco de que los pueblos colonizados aplicaban a la vez el derecho indígena y el derecho europeo. Aunque pudiera parecer remoto, el derecho colonial estaba reconfigurando la vida social de estas villas y tribus en formas sutiles. En ese sentido, como observó Chanock (1985: 4) en relación con el África colonial: "El derecho era el instrumento avanzado del colonialismo [...]". Las tribus y las aldeas habían desarrollado alguna forma de derecho durante las generaciones que habían transcurrido padeciendo la imposición del derecho racional formal de los poderes coloniales europeos. El derecho impuesto, pensado más para el capitalismo industrial que para una forma pastoral o agrícola de vida, incorporaba principios y procedimientos muy diferentes a los de los derechos locales. Los académicos denominaron a estas situaciones pluralismo jurídico. Reconocían que la introducción del derecho colonial europeo había creado una pluralidad de órdenes jurídicos, pero ignoraban, en gran medida, la complejidad de los órdenes jurídicos anteriores.

Para los partidarios del Imperio en el siglo XIX, esta imposición del derecho europeo era un gran regalo que sustituía la anarquía y el temor, que supuestamente invadía las vidas de los pueblos colonizados, por un derecho civilizado que los liberaría de los horrores de la guerra, la

brujería y la tiranía (Ranger 1983). En África, los británicos y los franceses superpusieron sus derechos a los derechos indígenas, incorporando el derecho consuetudinario en tanto no "repugnara a la justicia natural, la equidad o la buena conciencia", o "fuera inconsistente con cualquier ley escrita" (Okoth-Okendo 1979: 160; Adewoye 1986: 60; Bentsi-Enchill 1969). El principio de repugnancia se usó para declarar ilegales las costumbres africanas inaceptables. Algo que probablemente tampoco se le escapaba a los administradores coloniales era que el sistema jurídico europeo también ayudaba a moldear una fuerza de trabajo que contribuiría a las industrias extractivas o a producir cosechas comerciales para la exportación era (véase Chanock 1985; Comaroff 1985; Comaroff y Comaroff 1986; Moore 1986a).

Sin embargo, el pluralismo jurídico va mucho más allá de la adhesión a formas de derecho europeas y tradicionales. Sólo ahora se comienza a explorar en qué grado las sociedades que habían estado colonizadas en el pasado son jurídica y culturalmente plurales. Los europeos no fueron la primera influencia exterior que llevó un nuevo sistema jurídico a muchos pueblos del Tercer Mundo. Geertz, por ejemplo, describe la complejidad jurídica de Java como el producto de los encuentros entre un grupo original de colonizadores del sur de China y del norte de Vietnam con los estados indios, con comunidades comerciales chinas, misioneros islámicos, colonizadores británicos y holandeses, fuerzas de ocupación japonesas y, actualmente, con el Estado indonesio (1983: 226). Al embarcarse en un cuidadoso estudio histórico se abandona la idea de que los pasados de las sociedades tradicionales eran inmutables (Ranger 1983; Chanock 1985).

¿Qué es el pluralismo jurídico? Se define generalmente como una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social (Pospisil 1971; Grif-

fiths 1986a; Moore 1986a).¹ En su trabajo seminal sobre niveles jurídicos, Pospisil (1971: 107) afirma que

[...] cada subgrupo [que] funciona [...] en una sociedad tiene sistemas jurídicos propios que son necesariamente diferentes en algunos aspectos de aquellos de otros subgrupos.

Por subgrupos entiende unidades como la familia, el linaje, la comunidad y la confederación política, que son parte integral de una sociedad homogénea, ordenada jerárquicamente y esencialmente pareja en sus normas y procedimientos. Los recientes trabajos académicos definen al "sistema jurídico" de manera amplia con el propósito de que incluya el sistema de jueces y tribunales amparado por el Estado junto con las formas *no jurídicas* de ordenación normativa. Algunas de estas últimas son parte de instituciones como fábricas, sociedades mercantiles y universidades, e incluyen códigos escritos, tribunales y fuerzas de seguridad en los que en ocasiones se replican la estructura y la forma simbólica del derecho estatal (Macauley 1986; Henry 1983). Otros órdenes normativos son sistemas informales en los cuales los procesos de instauración de normas, de aseguramiento de su cumplimiento y de castigo de los infractores parecen naturales y se dan por sentado, como ocurre en las familias, los grupos de trabajo y las colectividades (Abel 1983; Henry 1985). Por consiguiente, se puede decir que todas las sociedades son jurídicamente plurales. Este enfoque corre el riesgo de definir el sistema jurídico tan extensamente que acabaría

incluyendo en él todas las formas de control social (véase mayor detalle en Comaroff y Roberts 1981).

Griffiths (1986a: 5, 8) distingue entre la visión del pluralismo que tienen las "ciencias sociales" que lo considera una situación empírica concreta dentro la sociedad (la coexistencia en un grupo social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un "sistema" único), y la que denomina la visión "del jurista" del pluralismo jurídico, que lo ve como un problema particular de los sistemas jurídicos duales creados por la superposición de los sistemas jurídicos de los países europeos sobre los sistemas preexistentes cuando aquéllos establecieron las colonias. Un sistema jurídico es pluralista en sentido jurídico cuando el soberano controla distintos sistemas de derecho que regulan el comportamiento de diferentes grupos de la población que proceden de etnias, religiones, nacionalidades o geografías distintas, y cuando todos esos regímenes jurídicos paralelos dependen del sistema jurídico estatal. Esta situación origina una gama de complejos problemas jurídicos, como la necesidad de decidir cuándo el derecho de un subgrupo se aplica a una transacción particular o conflicto, a qué grupo específico de individuos pertenece un derecho determinado, cómo puede cambiar una persona el derecho que se le aplica (los africanos educados de la época colonial se resentían si se les aplicaba el derecho africano en vez el derecho europeo), determinar cuáles serían las normas de conflicto de leyes aplicables a los problemas que puedan surgir entre personas de grupos diferentes, y la determinación de sobre cuáles temas, especialmente qué derecho de familia, y en qué áreas geográficas debe aceptarse el derecho de un subgrupo (*Ibid.*: 7). Muchas veces es difícil determinar cuáles son las normas de los subgrupos, especialmente cuando no constituyen parte de una tradición escrita. Como veremos después, incluso aquellos sistemas que cuentan con códigos escritos, como el derecho islámico, con frecuencia se encuentran integra-

¹ En un importante ensayo sobre la definición de pluralismo jurídico, Griffiths lo define como "la situación dentro de cualquier campo social en la cual ocurren comportamientos que obedecen a más de un ordenamiento jurídico".

dos dentro de formas muy distintas de pensar acerca de la dicotomía entre el derecho y la norma, la naturaleza de las pruebas y el significado de qué es juzgar (Rosen 1980-1981; Geertz 1983; Messick 1986).

En ese sentido, Hooker (1975) aporta un estudio panorámico magistral y preciso del pluralismo jurídico cuando analiza los sistemas jurídicos plurales en Asia, África y el Medio Oriente. Define pluralismo jurídico como las circunstancias del “mundo contemporáneo que han producido la transferencia de sistemas jurídicos completos superando fronteras culturales” (*Ibid.*: 1). Los problemas legales de tipo jurídico enfrentan a los líderes de muchas sociedades postcoloniales, quienes generalmente consideran sus complejos sistemas jurídicos como frustrantes, desordenados y obstaculizadores del progreso (Bens-Enchill 1969; Griffiths 1986a). Las elites contemporáneas en África creen que la modernización y la construcción nacional necesitan un sistema jurídico unificado, que en muchas ocasiones se inspira en modelos de derecho europeo (Okoth-Okendo 1979: 165)². Sin embargo, en la medida en que las sociedades coloniales se empeñan en adoptar un derecho estatal uniforme, tienen que enfrentar una tensa resistencia de parte de aquellos grupos cuyo derecho se ha preservado en algún grado (*véase* en detalle Geertz 1983: 228).

El examen que hago aquí estudia sobre todo la versión de las ciencias sociales del pluralismo jurídico. Según el diseño de la Quinta Cuestión, este examen se concentra en el trabajo académico de la última década, aunque incluyo obras anteriores cuando son importantes para mi línea argumentativa. Me baso en material publicado en inglés, aunque existen bastantes trabajos académicos en otras lenguas. Los recursos centrales en el estudio del pluralismo

² En este sentido, parecen haber aceptado la ideología jurídica dominante de la sociedad occidental (*véase* Merry 1986).

jurídico son el *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, creado en 1981,³ y varias conferencias internacionales junto con los libros a los que dieron lugar.

EL PLURALISMO JURÍDICO CLÁSICO Y EL NUEVO PLURALISMO JURÍDICO

La investigación sobre las sociedades coloniales y post-coloniales produjo una versión de pluralismo jurídico al que denomino “pluralismo jurídico clásico”, que sería el análisis de las intersecciones entre los derechos europeo y nativos. Para empezar, a finales de la década de los años setenta los académicos sociojurídicos se interesaron en aplicar el concepto de pluralismo jurídico a las sociedades no colonizadas, especialmente a los países industrializados de Europa y Estados Unidos. Este giro produce una versión del pluralismo jurídico que yo llamo “nuevo pluralismo jurídico”. Varios estudios exploran el pluralismo jurídico contemporáneo en Estados Unidos —Moore 1973; Forer 1979; Merry 1979; Engel 1980, 1984, 1987; Nader 1980; Greenhouse 1982; Buckle y Thomas-Buckle 1982; Macaulay 1986—; en el Reino Unido —Henry 1983; 1985— y en Holanda —Van den Bergh *et al.* 1980; Strijbosch 1985—. En estos países existen también varios estudios históricos sobre el pluralismo jurídico —Auerbach 1983; Arthurs 1985; Bossy 1983—. Los estudios de caso sobre pluralismo jurídico que se presentaron en una conferencia

³ Esta revista, editada por John Griffiths en Holanda, recoge el trabajo académico internacional sobre pluralismo jurídico (de un modo aún más exhaustivo que la *Law and Society Review*). El *Journal of Legal Pluralism* incluye importantes artículos teóricos, reseñas bibliográficas y estudios de caso sobre diversos temas, como pueden ser el papel de los escritores públicos de cartas en el desarrollo de las profesiones jurídicas en Ibadan, Nigeria, entre 1904 y 1960 (Adewoye 1986), la coexistencia de los derechos nativo, islámico, colonial británico y nigeriano poscolonial (Salamnone 1983) y la adquisición de tierras nativas hawaianas por medios legales (Lean 1985).

sobre la imposición del derecho a otros pueblos incluían el de los indios americanos, las cooperativas de granjeros húngaros, los sindicatos británicos, las leyes de caza británicas y la pena de muerte estadounidense, junto con tópicos más tradicionales del pluralismo jurídico en Nueva Guinea, Kenia y Nigeria (Burman y Harrell-Bond 1979). El pluralismo jurídico, que en principio era un concepto que se refería a la regulación de las relaciones entre colonizador y colonizado, pasó a hablar de grupos dominantes y grupos subordinados —minorías religiosas, étnicas o culturales—, de grupos de inmigrantes y formas no oficiales de ordenación situadas en redes o instituciones sociales (Woodman 1987: 3-4; Macaulay 1986). Moore (1986b: 15-24) proporciona un útil resumen de los conceptos de pluralismo jurídico y social en su examen sobre las formas de comparación de los sistemas jurídicos del mundo.

Según el nuevo pluralismo jurídico, los ordenamientos normativos plurales se encuentran prácticamente en todas las sociedades. Esto supone un cambio extraordinariamente poderoso, pues sitúa en el centro de la investigación la relación entre el sistema jurídico oficial y otras formas de ordenamiento de la conducta con las que se conecta, pero que son dependientes y están separadas de él al mismo tiempo. El nuevo pluralismo jurídico obvia los efectos del derecho en la sociedad, e incluso los efectos de la sociedad en el derecho, e intenta conceptualizar una relación más compleja e interactiva entre las formas oficiales y no oficiales de ordenación. En lugar de influencias mutuas entre dos entidades separadas, esta perspectiva contempla formas plurales de ordenación que participan en el mismo campo social. Francis Snyder, en la Conferencia de Bellagio sobre el Derecho del Pueblo y el Derecho del Estado (véase Allott y Woodman 1985), defiende en sus comentarios que cualquier distinción dualista, como la que separa el derecho estatal del derecho popular, es engañosa, porque los ordenamientos normativos plurales

son parte del mismo sistema en cualquier contexto social concreto y están usualmente entrelazados en los mismos microprocesos sociales (Griffiths 1985: 17-18). Las particularidades de la relación en cualquier localización social son históricamente dependientes y cambiantes.

El nuevo pluralismo jurídico se apoya en el rico trabajo teórico y etnográfico del pluralismo jurídico clásico. Entre las contribuciones importantes del pluralismo jurídico clásico hay, en mi opinión, tres de particular importancia. La primera sería el análisis de la interacción entre órdenes normativos que son fundamentalmente diferentes en su estructura conceptual subyacente. La segunda es la atención que presta a la elaboración del derecho consuetudinario como producto histórico. La tercera es el esquema de la dialéctica entre órdenes normativos. En el pluralismo jurídico clásico esta dialéctica ocurre en situaciones en las que los distintos órdenes, así como la dinámica de la resistencia y la reestructuración que realizan los grupos a los que se les impone un orden normativo muy diferente se pueden ver e identificar fácilmente. Cuando Pospisil, por ejemplo, trae a cuento la respuesta de los kapauku papuanos frente a la introducción del derecho holandés, es relativamente fácil identificar los actores, pues el derecho kapauku y el derecho holandés son muy distintos. En esta situación, los límites que tiene la penetración del derecho holandés son claros, como lo son en las áreas en las que los kapauku adoptaron el derecho holandés y lo hicieron suyo, y en las que el derecho holandés se convirtió en parte de la lucha política entre diferentes facciones, algunas más cercanas al orden colonial que otras (1981).

En sociedades sin ningún pasado colonial, sin embargo, es más difícil ver las formas no estatales de ordenación normativa. Se confunden con el panorama de fondo y aparte de algunas excepciones notables, como el concepto de Ehrlich de "derecho vivo" (1913), el "derecho social" de Gurvitch (1947) y el trabajo de Macaulay (1963) sobre

los ordenamientos privados, esas formas no estatales se ignoraron hasta mediados de los años setenta. Para que se pudiera reconocer el pluralismo jurídico en casa era necesario rechazar lo que Griffiths (1986a) llama la "ideología del centralismo jurídico", es decir, la idea de que el Estado y el sistema de abogados, tribunales y prisiones es la única forma de ordenación. Es más, a los académicos formados en el positivismo jurídico se les enseña que el derecho y la regulación ocurren en los juzgados y en las oficinas de abogados, que no está en los rumores acerca de los negocios, las regulaciones y los tribunales universitarios, o en los bares del vecindario (sobre este aspecto, véase Arthurs 1985). Probablemente no es ninguna casualidad que muchos de los académicos más destacados del pluralismo jurídico, como Richard Abel, David Engel, Marc Galanter, Peter Fitzpatrick, Sally Falk Moore, Boaventura de Sousa Santos y Francis Snyder emprendieran su investigación sociojurídica en sociedades postcoloniales en las que el pluralismo jurídico era un hecho de la vida obvio y poco ambiguo.

En resumen, la investigación sobre pluralismo jurídico comenzó a partir del estudio de las sociedades coloniales en las que una nación imperialista, equipada con un sistema jurídico codificado y centralizado, imponía este sistema a sociedades con sistemas jurídicos muy distintos, muchas veces no escritos y carentes de estructuras formales para juzgar y castigar. Esta clase de pluralismo jurídico se incorporaba, pues, dentro de relaciones de poder desigual. El concepto se ha expandido en los últimos años para describir las relaciones jurídicas en los países industriales avanzados, pero en ellos las discusiones sobre el pluralismo jurídico son muy diferentes. Se centran en el rechazo a la atención predominante a la ley que prestan los estudios tradicionales de los fenómenos jurídicos, argumentando que no todo el derecho ocurre en los tribunales (por ejemplo, Nader y Todd 1978; Arthurs 1985). Su preocupación es la de documentar otras formas de regulación social que se

inspiran en los símbolos del derecho, en mayor o menor medida, pero que operan a su sombra, en los sitios donde descansan e incluso en medio de la calle, cerca de sus oficinas. Por lo tanto, en los contextos en los cuales la dominación de un sistema jurídico central es manifiesta, esta corriente argumentativa, que cree que otras formas de regulación por fuera del derecho constituyen también derecho, intenta no ignorar lo que ocurre en la vida social.

Estos dos contextos son extraños compañeros. Sus adversarios principales, las posiciones contra las que debaten, son muy diferentes. Proceden de tradiciones jurídicas muy disímiles. La naturaleza de la relación entre los sistemas parece ser incomparable. En el primero de los contextos existe una imposición manifiesta o la dominación de un sistema sobre el otro; en el segundo, la naturaleza del vínculo es más fluida y opaca. Sin embargo, observados más de cerca, incluso los órdenes jurídicos coloniales dominantes fracasan cuando intentan penetrar plenamente una sociedad: encuentran una férrea resistencia y además son absorbidos y cooptados, como lo muestra con claridad Kidder (1974; 1979) en el caso indio. Es más, en las sociedades industriales, a pesar de la autonomía aparente de las esferas no judiciales, el sistema jurídico posee una relación de poder superior frente a los otros sistemas de regulación, pues aparece como la fuente última de poder coercitivo (Abel 1982; Merry 1986; Yngvesson 1985). Por lo tanto, existen maneras en las que la unión de estos dos contextos de pluralismo jurídico, en vez de dificultar la comprensión de la interacción de órdenes plurales, la facilita.

EL DERECHO POPULAR, EL DERECHO NATIVO, EL DERECHO ESTATAL, EL DERECHO DE LOS ABOGADOS: UNA DEFINICIÓN DE LOS TÉRMINOS

Hay una gran variedad de términos que aparecen en el debate sobre los elementos que constituyen las sociedades ju-

rídicamente plurales, es decir, sobre los sistemas u órdenes normativos que constituyen una situación jurídicamente plural. Cada uno de esos términos se desacredita debido a que acarrea implicaciones peyorativas no deseadas. El debate terminológico en relación con el derecho estatal es el más fácil: los términos que se usan normalmente son derecho, derecho estatal, derecho de los abogados, derecho oficial y legalidad burguesa. Los nombres para el derecho no estatal forman un paquete mucho más grande. Los primeros trabajos sobre pluralismo jurídico clásico se referían a la distinción entre derecho y costumbre. Diamond (1973: 322-323), en un artículo muy influyente, describe las relaciones de manera dicotómica:

La costumbre —espontánea, tradicional, personal, conocida comúnmente, corporativa, relativamente estable— es la modalidad de regulación de la sociedad primitiva; el derecho es el instrumento de la civilización, de la sociedad política, sancionado por la fuerza organizada, presumiblemente por encima de la sociedad en su conjunto, y que impulsa un nuevo conjunto de intereses sociales. El derecho y la costumbre implican ambos la regulación del comportamiento, pero sus personalidades son totalmente distintas; no se ha conseguido ningún equilibrio evolutivo entre el derecho cambiante y la costumbre, sea esta última tradicional o emergente.

Diamond rechaza la noción de que la costumbre sea una forma de derecho primitivo que gradualmente evoluciona y se transforma en derecho estatal, pero al mismo tiempo propone que el avance del derecho contraría y extingue la costumbre.

Pero, ¿qué costumbre? En entornos coloniales, el derecho precolonial reconocido o aceptado por los gobernantes coloniales después de la conquista o del control del

poder se denominaba derecho consuetudinario (Hooker 1975, por ejemplo). Más que escrito, este derecho era predominantemente oral, y derivaba de fuentes de autoridad externas al poder colonial (Snyder 1981b: 49). Sin embargo, un rico cuerpo de investigación histórico-étnica en África, Indonesia y Nueva Guinea Papua argumenta que la idea de una costumbre estable o incluso de un derecho consuetudinario eran mitos de la era colonial, y que el propio derecho consuetudinario era producto del encuentro colonial (Colson 1976; Benda-Beckmann 1979; Fitzpatrick 1980; Snyder 1981a, 1981b; Ranger 1983; Chanoock 1985; Gordon y Meggit 1985; Moore 1986a; Starr y Collier 1987, 1989).

Zinder (1981b), por ejemplo, sostiene que el derecho consuetudinario no era simplemente una versión transformada o adaptada del derecho indígena, sino una nueva forma creada en el contexto del Estado colonial. A través de una historia detallada de la posición social cambiante de los sacerdotes de la lluvia entre los granjeros cultivadores de arroz en Senegal, Snyder muestra cómo se creó el derecho consuetudinario. Los senegaleses más familiarizados con las costumbres y los lenguajes europeos sirvieron como intermediarios, es decir, como intérpretes del derecho indígena para los europeos. Los europeos, a su vez, aceptaron aquellas versiones del derecho consuetudinario que encajaban mejor con su propia ideología sobre la propiedad del suelo y otras relaciones jurídicas. Snyder concluye que:

El derecho consuetudinario en Casamance (Senegal), como en otros lugares, era un concepto y una forma jurídica que se originaba en circunstancias históricas específicas; en este caso, durante el periodo [de] las transformaciones de las relaciones sociales precapitalistas que contemplaron la consolidación del Estado colonial [...]. Producido en cir-

cunstancias históricas particulares, la idea de "derecho consuetudinario" fue una ideología de la dominación colonial. El concepto de "derecho consuetudinario" fue en sí mismo un intento de reinterpretación de las formas jurídicas africanas en términos de las categorías jurídicas europeas, que formaban parte de la ideología de aquellas clases asociadas más estrechamente con el Estado colonial. La designación del derecho africano como "consuetudinario" porque era oral, aunque parecía técnica, incorporaba y enmascaraba una conclusión esencialmente política que se subordinaba al derecho colonial de origen europeo. (*Ibid.*: 74, 76)

Snyder (1980) reclama un replanteamiento completo del papel que desempeña el derecho en las sociedades postcoloniales desde la perspectiva de la teoría de la dependencia, más que desde la teoría de la modernización. En lugar de ver los órdenes jurídicos plurales como barreras a la modernización, sugiere que su creación es producto de la expansión del orden capitalista europeo en el mundo en los últimos cuatrocientos años; una expansión que ha incorporado gradualmente a las sociedades más remotas a un único sistema económico, a pesar de las estructuras políticas fraccionadas de aquellas. Estas formas tradicionales del derecho fueron invenciones de la expansión europea y de la transformación capitalista, como también lo fueron las tribus, las aldeas, los jefes tribales y muchas otras características de los sistemas sociales en apariencia tradicionales (Wolf 1982). Ranger (1983: 250-251) sostiene, por su parte, que la visión de un pasado africano tradicional e inamovible, regido por una costumbre asentada a lo largo de la historia, fue una creación de los administradores coloniales de comienzos del siglo XX en su esfuerzo por restaurar algo de orden tras los caóticos años del siglo XIX.

Si las formas no estatales de ordenamiento social en situaciones jurídicamente plurales no son costumbres o derecho consuetudinario, ¿cómo llamarlas entonces? En un simposio de 1978, "Las consecuencias sociales del derecho impuesto", se discutió sobre el uso del derecho impuesto pero se abandonó el término por inadecuado, pues en ciertos sentidos todo derecho se experimenta como impuesto y, sin embargo, también en cierto grado, es aceptado en vez de simplemente impuesto (Burman y Harrell-Bond 1979: 2). Kidder (1979: 296), señalando el entusiasmo con el que los indios acogieron el derecho británico, sugiere en su lugar el concepto de derecho externo, que tiene en cuenta las "fuentes de poder en diferentes niveles de externalidad". Insinúa que se piense en varios niveles de externalidad, con luchas entre estos niveles, en lugar de simplemente en derecho y costumbre (*Ibid.*: 299).

En un artículo posterior, Galanter (1981: 17) sugiere los términos ordenamiento nativo y derecho nativo para referirse a las formas de ordenamiento por fuera del sistema oficial. Pero trabajos recientes indican que incluso aquellas sociedades que se habían analizado como si no hubieran sido tocadas por la cultura europea y que, en ese sentido, eran "nativas", también habían sido vulnerables a las influencias externas en los tiempos de las investigaciones etnográficas tempranas (Fitzpatrick 1985). De hecho, Pospisil (1979), un antropólogo que trabajó durante el periodo de contacto inicial entre un grupo de pueblos de Nueva Guinea y el gobierno holandés, y escribió un texto clásico sobre el derecho indígena, señala que éste fue un peón importante de la política local, cooptado por una de las facciones. En un segundo viaje a Kapauku se sorprendió al ver que la administración holandesa colonial estaba usando su libro sobre derecho de los kapauku como base para su determinación del derecho consuetudinario

(*Ibid.*: 132). A medida que los antropólogos estudiaron con mayor cuidado las situaciones en las que se produjeron los primeros relatos etnográficos, descubrieron cómo éstos se habían estructurado a través del contacto colonial (Marcus y Fisher 1986).

En 1981, en una conferencia sobre el derecho del pueblo y el derecho del Estado, los participantes discutieron sobre el uso de derecho popular, pero existía la preocupación de si el término contemplaba románticamente el derecho popular o lo minusvaloraba (Roberts 1986). Los participantes concluyeron que no existía un derecho popular distinto del derecho del Estado, sino que lo que existía era un continuo en el que podían apreciarse distintos grados de diferenciación y organización de la generación y aplicación de normas. Esa idea fue sugerida por Galanter (Allot y Woodman 1985).

Dentro del nuevo pluralismo jurídico, Macaulay (1986) propone el concepto de "gobierno privado", que define como el gobierno ejercido por grupos que no son parte de las constituciones estatales y federales, pero que pueden imitar los símbolos y las estructuras de los sistemas jurídicos públicos. Macaulay (1983: 2) defiende una "perspectiva del gobierno privado" que reconozca las asociaciones privadas que afectan al gobierno y también ve problemática la distinción entre lo público y lo privado. Contempla un "panorama de gobierno privado" como el que sigue:

Mientras que puede que sea necesario trazar una línea firme entre el gobierno público y privado para poder pensar siquiera el derecho, realmente no existe tal línea, sino situaciones de interpenetración, jurisdicciones superpuestas y oportunidades para la armonía y el conflicto. (*Ibid.*: 1)

Henry (1985: 89) sugiere el término "justicia privada", que se refiere a los sistemas no estatales que

[...] incluyen las prácticas de instituciones tales como órganos disciplinarios, consejos de dirección y consultivos de las organizaciones comerciales e industriales, sindicatos y asociaciones profesionales y obreras, y también la sanción impuesta por iguales en las asociaciones voluntarias relativamente amorfas, como los grupos de autoayuda y de ayuda mutua.

La justicia privada no existe aisladamente, sino que se interrelaciona con el orden estatal más formalizado de una manera semiautónoma (*Ibid.*: 89). Al igual que los gobiernos privados de Macaulay, las instituciones de justicia privada pueden constituirse formalmente con reglas y procedimientos escritos, o hacerlo de modo informal, es decir, a partir del encuentro espontáneo de unos miembros que sólo comparten presunciones tácitas y que no necesariamente reconocen que son parte de un sistema de ordenación privada. El gobierno privado o la justicia privada replican a menudo aspectos del orden jurídico, como las fuerzas de seguridad y los tribunales, e imitan sus símbolos, utilizando uniformes de policía, luces, códigos y sistemas de juzgamiento, todos ellos similares a los oficiales. Sin embargo, en ocasiones toman también formas antagonistas, como ocurre con el derecho de las cooperativas en una sociedad capitalista (Henry 1985; 1987).

La concepción más duradera, generalizable y usada comúnmente para los ordenamientos jurídicos plurales es la noción de Moore (1973) de campo social semiautónomo, un concepto desarrollado para describir múltiples sistemas de ordenamiento en sociedades complejas. El campo social semiautónomo es uno que:

Puede generar normas y costumbres y símbolos internamente, pero que [...] es también vulnerable a las reglas y decisiones de otras fuerzas que emanan del mundo más grande que lo circunda. El campo social semiautónomo tiene capacidades para la creación de normas, y los medios para inducir o ejercer coerción para el cumplimiento; pero se encuentra situado simultáneamente al interior de una matriz social mayor que puede afectarlo e invadirlo, y que, de hecho, lo hace, a veces por invitación de personas que están dentro de él, otras [por] iniciativa propia. (*Ibid.*: 720)

Las ventajas de este concepto son: el campo social semiautónomo no se encuentra vinculado a un grupo social único; no hace afirmaciones sobre la propia naturaleza de los ordenamientos o su origen —sea tradicional o impuesto—, y no saca conclusiones definitivas sobre la naturaleza y la dirección de la influencia entre órdenes normativos. El sistema legal externo penetra el campo, pero no lo domina; hay espacio para la resistencia y la autonomía.

Galanter (1981: 22), en desarrollo de este modelo, concluye que los ordenamientos nativos no se preservan dentro de grupos cohesionados, sino más bien en redes sociales más abiertas que se encuentran reguladas en gran parte por la reciprocidad y una comprensión del mundo compartida de manera tácita. Las sociedades contienen muchos sectores parcialmente autorregulados, organizados en torno a patrones geográficos, étnicos o familiares, que a menudo se encuentran dentro de redes sociales fragmentarias y superpuestas (*Ibid.*: 19-20). Galanter (*Ibid.*: 22) declara:

Si hemos perdido la experiencia de una comunidad incluyente que todo lo englobaba, no ha sido frente a un mundo de negociaciones con extraños de igual a igual, sino en gran medida frente a un mundo de comunidades fragmentadas

o parciales, que se superponen parcialmente y están débilmente unidas. En este sentido, nuestra exposición al derecho nativo se ha incrementado al mismo tiempo que se ha incrementado la regulación oficial.

La concepción de Macaulay (1986) de gobierno privado es muy similar: contempla la ordenación social mediante redes sociales abiertas y también gracias a marcos institucionales más organizados y estables.

¿Por qué es tan difícil encontrar una palabra para el derecho no estatal? Sin duda es difícil definir y circunscribir estas formas de ordenación. ¿Dónde se termina de hablar de derecho y simplemente se pasa a describir la vida social? ¿Es útil llamar derecho a todas estas formas de ordenación social? Al escribir sobre el pluralismo encuentro que, una vez derrotado el centralismo jurídico, llamar derecho a todas las formas de ordenación que no son derecho estatal hace que el análisis se torne confuso. Los trabajos académicos en este campo no han demarcado con claridad un límite entre los órdenes normativos y dentro de éstos lo que puede y no puede llamarse derecho. Pienso que una de las dificultades reside en la enorme variedad de estos órdenes y en la diversidad de situaciones particulares. El paso que hay que dar para incluir a las sociedades no colonizadas en el contexto del pluralismo jurídico hace la tarea aún más compleja. A pesar de ello, existe un acuerdo general en cuanto a que el pluralismo no describe un tipo de sociedad sino que es una condición que en mayor o menor grado se encuentra en la mayoría de las sociedades, con variaciones continuas tanto dentro de las más plurales como de las que lo son menos (Galanter 1991; Griffiths 1986a).

El hecho de definir qué ordenamientos sociales constituyen el pluralismo jurídico presenta también otras cuestiones. ¿Supone alguna diferencia el que estos órdenes

jurídicos plurales varíen sustancialmente en poder, potencial coercitivo, fuerza simbólica y cercanía con determinadas clases sociales? ¿Las formas estatales y no estatales de ordenación son similares, o hay casos en los que el sistema de derecho estatal es fundamentalmente diferente de todas las otras formas de ordenación? Puesto que a través del derecho estatal se ejerce el poder coercitivo del Estado y que ese derecho monopoliza el poder simbólico asociado con la autoridad estatal, es esencial verlo como diferente en esencia. Pero, en muchas otras formas, el derecho estatal configura ideológicamente otros órdenes normativos y también proporciona un marco ineludible para su práctica.

LAS RELACIONES ENTRE ÓRDENES NORMATIVOS: LA EXPLORACIÓN DE SUS INTERACCIONES

El pluralismo jurídico no sólo defiende la existencia de múltiples esferas jurídicas, sino que desarrolla hipótesis concernientes a las relaciones entre ellas. La existencia del pluralismo jurídico en sí mismo es de menos interés que la dinámica de cambio y transformación. Históricamente, ha existido un cambio en la forma como se describe la interacción entre órdenes jurídicos, en especial entre el derecho estatal y el no estatal, ha cambiado. Las primeras investigaciones sobre pluralismo jurídico clásico veían los órdenes normativos como paralelos, pero no autónomos. Durante la década de los años sesenta y comienzos de la del setenta, varios estudios demostraron el poder que tenía el derecho estatal para reconfigurar el orden social, y sugirieron la dominación de esta forma de derecho sobre otros órdenes normativos (Mansell 1968; Diamond 1973; Burman y Harrell-Bond 1979). En este periodo el derecho aparece como una poderosa herramienta de modernización en los países del Tercer Mundo (véase Gardner

1980; Lynch 1983) y de creación de justicia social en el Primer Mundo.

Pero los académicos de la corriente derecho y desarrollo y los reformadores estadounidenses (Trubek y Galanter 1974) descubrieron que no siempre había funcionado de esa manera. En 1970 surgió una visión más cauta y limitada sobre el potencial del derecho de reconfigurar otros órdenes sociales. El examen comparado de los derechos impuestos demostró que a veces tenían poderosas consecuencias en términos de cambio social, pero que en otras ocasiones las consecuencias eran inesperadas o mínimas (Burman y Harrell-Bond 1979). En contraste con el análisis de Massell (1968) sobre el impacto revolucionario de las nuevas leyes relativas al estatus de las mujeres en las sociedades islámicas del Asia central soviética, por ejemplo, Starr y Pool (1974: 534) mostraban que las reformas legales drásticas introducidas en la sociedad turca en 1926, que barrieron el derecho otomano a favor del código civil suizo, produjeron un cambio relativamente pequeño en la ordenación normativa de las aldeas locales. La gran mayoría de la población turca siguió teniendo costumbres incompatibles con los nuevos códigos (*Ibid.*). En lugar de una transformación revolucionaria, como se pretendía, Starr y Pool documentan un cambio progresivo, como cuando por ejemplo las mujeres empezaron a usar los tribunales con más frecuencia para resolver los problemas familiares.

La creación del derecho consuetudinario, para dar otro ejemplo, era un proceso incesante de colaboración en el que era evidente que el poder se distribuía de forma desigual, pero en el que los grupos subordinados no eran pasivos o no carecían totalmente de poder. Adewoye (1986), por ejemplo, describe el cambio histórico que experimentaron los autores públicos de cartas en Ibadan, Nigeria, entre 1904 y 1960. Estos africanos redactaban y

producían documentos legales sin la asesoría de abogados educados formalmente, y daban forma a los contratos de compraventa y propiedad del suelo. El modelo de campo social semiautónomo de Moore (1973: 723) fue en parte un esfuerzo por explicar por qué las nuevas leyes u otros intentos de dirigir el cambio no siempre producían los resultados previstos o tenían consecuencias inesperadas o no planeadas:

Ello se debe parcialmente al hecho de que las nuevas leyes se superponen a acuerdos sociales en los que existen construcciones complejas de obligaciones vinculantes previas. La legislación se aprueba frecuentemente con la intención de alterar en formas específicas los acuerdos sociales vigentes. Los acuerdos sociales son muchas veces más fuertes en la práctica que las nuevas leyes.

El cuidadoso estudio histórico de Moore (1986a) del derecho consuetudinario entre los chagga de Tanzania ilustra este proceso de manera más completa. Ahí define el derecho consuetudinario como una construcción cultural con consecuencias políticas, como un conjunto de ideas incorporadas en relaciones que son históricamente cambiantes (*Ibid.*: xv). Franz von Benda-Beckmann (1981) señala que las áreas concretas de resistencia o conformidad con el derecho colonial impuesto son complejas, que se sitúan históricamente, y que dependen hasta cierto punto de los propios procesos de imposición, que varían mucho entre sí.

En la década de los ochenta la investigación hizo énfasis creciente en la relación mutuamente constitutiva y dialéctica entre el derecho estatal y otros órdenes normativos. Con ello se reflejaba una nueva conciencia de la interconexión de los órdenes sociales, de nuestra vulnerabilidad a las estructuras de dominación que se encuentran

por fuera de nuestros mundos inmediatos, y de las formas en que los sistemas implícitos y no reconocidos de control se encuentran incorporados en nuestras vidas cotidianas. Es más, el análisis de esta dialéctica es enriquecido por interpretaciones recientes del derecho como un sistema simbólico e ideológico (*véase Law and Society Review Special Issue on Law and Ideology*, 1998). La investigación en los años ochenta destaca la manera como el derecho del Estado penetra y reestructura otros órdenes normativos mediante símbolos y a través de la coerción directa y, al mismo tiempo, la manera como los órdenes normativos no estatales se resisten y evitan la penetración, o incluso capturan y usan el capital simbólico del derecho estatal. En un último giro, algunas investigaciones exploran la forma en que los ordenamientos normativos no estatales constituyen derecho estatal, aunque este tipo de estudios, más allá de los bien conocidos sobre fenómenos como la negociación extrajudicial de las penas y los grupos de trabajo en los juzgados, se encuentra en su infancia.

Comienzo describiendo la investigación que se concentra en las formas en las que el derecho estatal conforma otros órdenes normativos. El estudio de Auerbach (1983) de la historia de las formas no judiciales de resolución de disputas en los Estados Unidos demuestra que el derecho estatal se infiltra gradualmente y reestructura las alternativas de manera tal que éstas terminan pareciéndose al derecho estatal (*véase también* Arthurs 1985). Éste y otros estudios sobre la reconfiguración progresiva de las alternativas —foros legales a semejanza de los oficiales, por ejemplo— aclara la expansión del derecho estatal a otros órdenes normativos a lo largo del tiempo (Nader 1984; Harrington 1985; Arthurs 1985). Pero los grupos subordinados pueden también optar por inspirarse en los símbolos y significados del sistema jurídico estatal. El bien conocido estudio de Santos (1977) sobre el derecho de las

favelas en Brasil describe cómo los residentes de un asentamiento ilegal crean su propia legalidad, usando formas y símbolos del derecho estatal, de la "ley del asfalto", como ellos la llaman. Aquí, los órdenes jurídicos están ligados a las clases. El pluralismo legal describe las relaciones entre la clase dominante y una clase urbana oprimida; unas relaciones que reflejan la jerarquía de clase de la sociedad brasileña, su estructura de dominación e intercambio desigual. Los ocupantes ilegales buscan una estrategia de enfrentamiento implícito, y simultáneamente se adaptan para poder sobrevivir (*Ibid.*).

En otro contexto, Westermarck (1986) da testimonio de las prácticas de los nuevos tribunales de las aldeas de Papua Nueva Guinea, creadas en 1973 como alternativas conciliatorias informales frente a los tribunales estatales. Pero los tribunales objeto de su estudio replicaban los tribunales estatales en su arquitectura y mobiliario: usaban mesas, sillas, la bandera nacional, tabloneros de anuncios y pasillos de mármol al interior de un edificio cerrado (*Ibid.*). Provistos de manuales e insignias distintivas, los magistrados presionaban por conseguir uniformes y grilletes. Esos tribunales de aldea adjudicaban lo que ellos mismos llamaban derecho del gobierno.

En un estudio del fenómeno en Estados Unidos, John Brigham (1987) sostiene que el discurso jurídico constituye el discurso y las prácticas de algunos movimientos sociales. Con ejemplos de los movimientos a favor de los derechos de los homosexuales, de los movimientos antipornografía y a favor de la resolución alternativa de conflictos, Brigham muestra cómo las referencias al derecho o a los fracasos del derecho entran en el discurso del movimiento y lo constituyen, e incluso también cómo penetran en las estrategias y tácticas de los movimientos. Otros estudios han comenzado a explorar la conciencia legal expansiva de la sociedad estadounidense (Scheingold

1974; Merry 1986; Macaulay 1987), pero no se ha investigado mucho sobre cómo esa conciencia conforma otros ordenamientos normativos.

Los trabajos de apropiación simbólica funcionan también de la manera opuesta, es decir, el derecho estatal puede tomar prestados los símbolos de otros órdenes normativos. Los reformadores del gobierno a veces promueven nuevas instituciones judiciales estatales revistiéndolas engañosamente con ropajes simbólicos tradicionales, y afirmando estar restaurando el derecho tradicional. La *katarungang pambarangay* filipina (la justicia de barrio) o los *nyaya panchayats* indios (consejos de justicia aldeanos) (Silliman 1985; Meschivitz y Galanter 1982; Hayden 1984) ilustran esta práctica. El sistema filipino se llama justicia de barrio, pero lo administran funcionarios estatales llamados capitanes de barrio (Silliman 1985). Muchos han sostenido que el sistema de justicia de barrio estadounidense es otro ejemplo de derecho estatal disfrazado con los ropajes simbólicos de órdenes normativos no estatales (Santos 1982; Abel 1982; Harrington 1985; Harrington y Merry 1988). Al servicio de la transformación social se han creado instituciones judiciales estatales vestidas con símbolos revolucionarios, como en el Chile de Allende (Spence 1978) o en la Cuba de Castro (Salas 1983).

Las investigaciones sobre los procesos en el micronivel de la acción jurídica, como podría ser la disputa y el transcurrir de los casos judiciales, describen las dinámicas de la irradiación simbólica y de la imposición del derecho estatal, su apropiación por otros órdenes normativos y las formas de resistencia a su penetración. Los ricos estudios etnográficos de los procesos en torno a disputas locales reportados por Nader y Todd (1978) proporcionan numerosos ejemplos de individuos que persiguen estrategias de disputa en espacios jurídicamente plurales (*véase*, por ejemplo, Ruffini 1978). Incluso cuando no se usa el

derecho estatal, sigue siendo un recurso natural en la negociación y regulación, por usar los términos de Galanter (1981). En estas situaciones, los contornos de las disputas locales están inextricablemente conectados con las luchas políticas locales entre aquéllos cuyas pretensiones de autoridad se apoyan en el clan o la religión, y aquéllos cuya autoridad reside en el conocimiento del Estado, la educación o las conexiones con el gobierno. La descripción de Moore (1977) de las disputas entre los chagga ilustra esta dinámica: señala el vínculo entre la competición política local por el poder y el conocimiento de los sistemas jurídicos estatal y de las aldeas, y por el acceso a éstos. A partir del análisis de los conflictos en el espacio jurídicamente plural en Indonesia, Keebet von Benda-Beckmann (1981) propone un modelo de *forum shopping* y de cambio social que ofrece una manera de comprender cómo los procesos locales de disputa reconfiguran las situaciones legalmente plurales. Las personas enfrentadas buscan el foro más favorable a sus problemas y esos foros compiten entre sí por atraer las disputas, que usan para sus propios fines políticos locales (*Ibid.*: 117). Las personas enfrentadas tienen restricciones, sin embargo. Por ejemplo, los tribunales estatales se niegan a escuchar quejas provenientes de mujeres en asuntos de lotes de tierra para el cultivo de arroz, pues sólo el representante oficial del linaje tiene legitimidad para demandar. De este modo se impide que las mujeres recurran a los tribunales estatales para escapar al control del jefe del linaje sobre su tierra (*Ibid.*: 143).

Abel (1979a) y Merry (1982) desarrollan también modelos de disputa y de cambio legal a partir de los cuales concluyen que el efecto acumulativo que tienen las elecciones realizadas por los litigantes con respecto al foro en que se busca resolver las disputas afecta a las instituciones que se supone que las solucionan, al mismo tiempo que esas mismas instituciones van cambiando según los acon-

tecimientos de la economía política. Starr también analiza cuidadosamente este proceso cuando se ocupa de las estrategias de disputa durante un periodo de transformación capitalista en Turquía (1974; véase también Abel 1979b). Peter Just (1986) explora la manipulación de las pruebas simplemente como una estrategia para conseguir justicia de conformidad con el derecho.

Otra nueva área de investigación examina cómo el derecho del Estado constituye órdenes normativos y se constituye a su vez mediante ellos. El concepto de Fitzpatrick (1984) de "pluralidad integral" se concentra en la interacción entre órdenes normativos, y plantea que el derecho del Estado está conformado integralmente por una pluralidad de formas sociales. Su trabajo se basa en el análisis que hace Foucault de la aparición del derecho moderno (Fitzpatrick 1983a: 176). Fitzpatrick sostiene que el derecho debe ser visto no sólo como un elemento de dominación, sino también como un elemento constitutivo de la vida social. Tanto el derecho del Estado como los campos sociales semiautónomos se constituyen en una parte importante de la vida social en virtud de su interrelación. Por ejemplo, la familia y su orden jurídico son conformados por el Estado, pero el Estado es configurado a su vez por la familia y su orden jurídico: cada cual es parte del otro (*Ibid.*: 159). Aquí Fitzpatrick cambia la perspectiva que ve el campo social semiautónomo como algo constituido por el derecho estatal, y propone que el derecho estatal se configura a su vez por sus ordenamientos normativos constituyentes y viceversa.

Según la teoría de Fitzpatrick (1984: 116), el derecho estatal adquiere su identidad de otras formas sociales, en las que también se apoya. No obstante, esas formas sociales apoyan y al mismo tiempo se oponen al derecho estatal. La legalidad burguesa, por ejemplo, depende de formas sociales como la prisión y las relaciones de trabajo capita-

listas, que le sirven de sostén al tiempo que la socavan. La prisión es una condición de la existencia de la legalidad burguesa, pues funciona como el guardián último de la ley al obligar a cumplirla, y también como ejemplo de un poder disciplinario persistente que tipifica la sociedad moderna. Y sin embargo, no puede incorporar la propia legalidad burguesa a su funcionamiento. Coacciona al interior de su estructura, al mismo tiempo que deja que la burguesía permanezca invariable y sea universal.

Las relaciones integrales de apoyo mutuo entre el derecho y otras formas sociales tienden a converger, puesto que los elementos del derecho lo son de otras formas sociales y viceversa. La ciencia, por ejemplo, se incorpora a algunos elementos del derecho y éste refuerza y apoya la ciencia: los dos absorben parcialmente la identidad del otro de un modo en el que se sostienen y refuerzan mutua y positivamente (*Ibid.*). Las costumbres, también, cuando son penetradas por el derecho estatal, transforman su naturaleza y se convierten en parte del derecho estatal. En palabras de Fitzpatrick (1984: 9):

La costumbre apoya el derecho, pero el derecho transforma los elementos de la costumbre de la que se apropia a su propia imagen y semejanza. El derecho, a su vez, apoya otras formas sociales, pero se convierte, en el proceso, en parte de esas otras formas.

El derecho, que no es un fenómeno unitario, se constituye por una pluralidad de formas sociales. Puesto que lo hace a partir de las relaciones de oposición y apoyo a otras formas sociales, hay, sin embargo, un vacío entre el derecho y esas otras formas sociales que no puede ser llenado: el derecho depende de las formas sociales que se oponen a él. El pluralismo integral es parte de una dialéctica de poder y contrapoder. Fitzpatrick concluye que

[...] el derecho es el resultado inestable de las relaciones al interior de una pluralidad de formas sociales y, siendo así, la identidad del derecho está sujeta constante e inherentemente a ser desafiada y al cambio. (*Ibid.*: 138)

El trabajo de Henry sobre colectivos y cooperativas en el Reino Unido desarrolla con mayor detalle este modelo de pluralidad integrada (1983; 1985; 1987; véase también Nelken 1986). Henry (1985: 315) sostiene que hoy las relaciones entre el derecho estatal y otros órdenes normativos son muy complicadas, y exigen que se le preste atención a la historia, la agencia humana, los contextos locales y la cultura. Los órdenes normativos en conflicto, como los de las cooperativas y el Estado capitalista, se pueden desafiar y oponerse mutuamente, bien mediante rechazo directo (cuando el Estado prohíbe los órdenes normativos en conflicto, por ejemplo), bien aceptando y reconociendo la autonomía de un orden normativo independiente dentro de su esfera. Por lo tanto, el derecho se niega a intervenir en las cooperativas, porque percibe algunos de sus asuntos como puramente privados (*Ibid.*: 314). Sus miembros, por otro lado, pueden rechazar y hasta cierto punto debilitar la legalidad capitalista. Henry propone un modelo dialéctico en el que

[...] las instituciones alternativas y sus ordenamientos normativos asociados no producen transformaciones en las estructuras y sistemas de gobierno capitalistas, sino que interactúan con ellos de una manera dialéctica, mediante la cual tanto el sistema alternativo como el orden capitalista son susceptibles de reformulaciones incrementales. (*Ibid.*: 324)

Apoyándose en el análisis que hace Giddens de la estructura y de la acción, según el cual la acción configura

las estructuras y las estructuras restringen y habilitan las acciones, Henry añade una dimensión de acción individual al modelo de Fitzpatrick de pluralidad integral. Lo hace a partir de una teoría integrada que proporciona un espacio para que las acciones individuales “supongan una diferencia”, aun para los excluidos del poder. En su opinión, es muy probable que los individuos dentro de las organizaciones comunitarias, siempre y cuando no estén totalmente marginados de la sociedad capitalista, le aporten a ésta elementos comunitarios. Por lo tanto, el impacto de las organizaciones comunitarias en las sociedades capitalistas puede ser mayor que el de los colectivos marginados (*Ibid.*)

La manera en la que los órdenes normativos constitutivos configuran el Estado es de especial interés y, sin embargo, también ha sido particularmente ignorada por los estudiosos. Describiría cómo los grupos en el poder intentan controlar el derecho estatal y configurarlo para sus fines, mientras que simultáneamente se encuentran limitados por los órdenes normativos plurales en los que participan. Un trabajo empírico cuidadoso, como el estudio de Henry (1983) de la disciplina en el lugar de trabajo, o el estudio de Silbey y Bittner (1980-1981, 1982) sobre la protección de los consumidores, revelan la importancia de los órdenes normativos constitutivos en las actividades de regulación. Los estudios etnográficos de Yngevesson (1985, 1988) sobre procesos jurídicos locales en los tribunales estadounidenses demuestran cómo los secretarios de esos tribunales constituyen la legalidad de los tribunales inferiores a través de su comprensión de las normas comunitarias de justicia. Cuando Sarat y Felstiner (1986) escuchan la forma en que los abogados hablan a sus clientes, observan cómo se construye una visión de la legalidad para el cliente que parece reflejar el orden normativo local de los abogados.

David Sugarman desarrolla esa comprensión mutuamente constitutiva entre el derecho estatal y los órdenes normativos no estatales en el volumen *Legality, Ideology, and the State* (1983), del que es editor. El derecho estatal, en sí mismo, es plural y contiene: los procedimientos para establecer los hechos, las normas generales sustantivas que guían las acciones de los ciudadanos, las acciones para el cumplimiento obligatorio de las sentencias, las disposiciones para el castigo físico, los sistemas de apelación, los seguros contra pérdidas, las dimensiones simbólicas e ideológicas y la capacidad de proporcionar un cierto grado de ordenación privada mediante leyes facilitadoras (Sugarman 1983: 230-231). El derecho y las instituciones jurídicas significan cosas muy diferentes para las diferentes personas. Hay tensiones entre la legislación central y local, las concepciones estatales y nativas de la legalidad, las prácticas discrecionales y el cumplimiento forzoso, y el arbitraje y otros mecanismos extrajudiciales para la resolución de conflictos. En el Reino Unido, durante los siglos XVIII y XIX, hubo luchas entre los tribunales locales, los tribunales especiales y el sistema formal de tribunales del Estado. Arthurs (1985) muestra cómo fueron estas luchas en el derecho administrativo británico y Provine (1986) describe debates análogos sobre los jueces legos en los Estados Unidos.

Sugarman (1983) explora la pluralidad del derecho a través de su reflexión sobre el derecho facilitador, que sería aquel que funciona no sólo imponiendo obligaciones, sino también proporcionando a los individuos facilidades para que cumplan sus deseos, confiriéndoles poderes legales —poderes para celebrar matrimonios, hacer testamentos, contratos, empresas, fideicomisos y otros actos jurídicos parecidos—. Este derecho posibilita la creación privada del derecho y concede la oportunidad de apartarse de las obligaciones jurídicas del Estado. Las leyes facilitadoras

definen y restringen simultáneamente la conducta permisible y permiten a los individuos expandir o contraer su autonomía; por consiguiente, promueven, califican o subvierten la política estatal (*Ibid.*: 217).

En la reseña de ese libro, Freeman (1986: 840) señala el giro que da el trabajo jurídico crítico en Gran Bretaña hacia una visión pluralista del derecho, como si éste tuviera muchas caras y determinaciones, y lo compara con el giro de los estudios críticos legales estadounidenses hacia la deconstrucción. Freeman afirma que, en un esfuerzo por evitar las visiones reduccionistas simples del derecho, que lo ven como si fuera el producto de la clase gobernante, los académicos británicos, críticos del derecho, sostienen que éste es pluralista así como los estadounidenses argumentan que es indeterminado e incoherente. Sin embargo, Freeman concluye que el pluralismo, como la deconstrucción, termina en última instancia en la parálisis, pues si todo es tan complejo y variable, así como si todo es una cuestión de interpretación, ¿cómo se puede decir algo acerca de cualquier cosa?

El giro hacia el análisis dialéctico de las relaciones entre órdenes jurídicos plurales, especialmente entre el derecho estatal y otros órdenes normativos, viene primariamente de las obras del nuevo pluralismo, es decir, de aquellas que se han valido del modelo del pluralismo jurídico para comprender los sistemas jurídicos del Primer Mundo. Sin embargo, esta dialéctica es igual de fructífera si de lo que se trata es de volver a analizar los materiales clásicos del pluralismo jurídico, como lo demuestra, por ejemplo, la reevaluación del estudio del derecho consuetudinario. De ninguno de estos análisis, no obstante, se deduce que las relaciones de poder entre órdenes jurídicos plurales sean iguales. El asunto es más bien la penetración y la dominación del derecho estatal y su subversión en los márgenes de la sociedad.

Otro aspecto del pluralismo jurídico es el estudio del derecho como un sistema de significado, como un código cultural para interpretar el mundo. Geertz (1983), el portavoz destacado de esta perspectiva, ha desarrollado un enfoque interpretativo del pluralismo jurídico que evoca espléndidamente la diversidad cultural. El derecho se entiende como un sistema de símbolos, de significados. A diferencia de la tradición investigativa discutida anteriormente, se presta poca atención aquí a las relaciones de poder o a la economía política del pluralismo jurídico, pero hay un interés sustancial en la historia y el contexto.

En *Legal Knowledge*, Geertz (1983: 182) exige que nos concentremos en las estructuras de significado, especialmente en los símbolos y sistemas de símbolos a través de cuya agencia se forman, comunican e imponen esas estructuras, ya sea en el análisis comparado del derecho, ya sea en el análisis comparativo del mito, del ritual, de la ideología, del arte o de los sistemas de clasificación. En sus palabras: “[...] el derecho aquí, allí o en cualquier lugar es parte de una manera distintiva de imaginar lo real” (*Ibid.*: 184). Concibe el derecho como una especie de imaginación social. Comenzando con los conceptos o palabras básicas, compara las “sensibilidades jurídicas” de tres culturas. Usa estas palabras para orientar al lector en los diferentes sentidos del derecho. Es un proyecto hermenéutico: las palabras son esenciales para comprender las instituciones sociales y las formulaciones sociales que las rodean y les dan significado (*Ibid.*: 187). Por ejemplo, en el mundo islámico se discute el concepto de *haqq*, que significa realidad, verdad o validez, y en varias de sus permutaciones, Dios, hecho, actualidad, derecho, deber, reivindicación, obligación, justo, válido o adecuado (*Ibid.*: 188). En la sensibilidad jurídica islámica, determinar la situación empírica es

determinar el principio jurídico. Los hechos, en otras palabras, son normativos; no hay una dicotomía entre hecho y derecho. Los hechos son tanto valoraciones del carácter que se derivan de las circunstancias de fondo y de la actitud personal, como una medida a partir de la cual se valoran los documentos auténticos presentados (Rosen 1980-1981: 231; véase también Messick 1986).⁴ Puesto que el derecho mismo es cierto y completo, aunque lo que es justo y lo que no lo es no lo sea, es en el relato sobre el incidente y la situación que es posible hacer el balance entre valores. Para obtener una narración adecuada de una situación, el tribunal necesita personas moralmente intachables que puedan testificar sobre los casos. En los tiempos clásicos, esas personas se escogían por el *qadi* y aparecían ante el tribunal una y otra vez (Geertz 1983: 191-192). Geertz sostiene que incluso en los tribunales seculares se puede ver la influencia constante de la noción de testigo virtuoso, por el que habla la verdad moral, o en la persistencia de los portadores de verdades certificadas y otros ejemplos de declaración normativa de los testigos en estos tribunales (*Ibid.*: 193).⁵ Un enfoque hermenéutico, aplicado a situaciones legalmente plurales, describe conjuntos de significado que se unen al interior de un "discurso políglota" (*Ibid.*: 226). Estas visiones no se unen coherentemente dentro de una posición sistemática, sino que rebotan las

⁴ El *qadi* (también escrito *cadí*) o juez tiene en consideración la relación entre las partes, su origen social, la situación de cada persona en el sistema de ordenación, sus conexiones de clan, su residencia y su ocupación como prueba de la forma probable de comportamiento de una persona en una situación dada (Rosen 1980-1981: 229). El estándar de conducta con el que se valora a una persona depende de quién es él o ella.

⁵ Hayden (1984; 1987) ofrece un análisis de las formas de hablar y de la consideración de los hechos en los panchayats indios, para los cuales es relevante la casta, los tribunales estatales y los tribunales estadounidenses.

unas contra las otras. Ello significa ver la situación como una entre varias expresiones locales inconmensurables de sensibilidades jurídicas. En opinión de Geertz, no es probable que la diversidad y la mezcla de sensibilidades jurídicas termine, pero sí es posible, en cambio, que se incremente; es algo que los indonesios y otros pueblos del Tercer Mundo experimentan cuando intentan construir sus vidas a partir de principios, como también hacen muchas personas en el Primer Mundo.

En un artículo reciente que desarrolla estos temas, Santos (1987: 297) afirma que el pluralismo jurídico es un concepto clave en una visión posmoderna del derecho. Usando la metáfora del mapa para discutir el derecho, sugiere que el derecho es un sistema de signos que representa y distorsiona la realidad a través de los mecanismos de representación en escala, proyección y simbolización. Como hacen los mapas, los diferentes órdenes jurídicos tienen diferentes escalas, diferentes formas de proyección y colocación del centro geográfico, diferentes sistemas de simbolización. Por ello, otra forma de discutir el pluralismo jurídico es hablar sobre los diferentes sistemas simbólicos inscritos en cada orden normativo.

Santos delinea dos sistemas de signos típicos mediante los cuales el derecho simboliza la realidad. Al primero lo llama estilo homérico. Podemos describirlo resumidamente como un estilo donde la realidad diaria es descrita en términos abstractos y formales mediante signos referenciales y cognitivos convencionales. Un segundo estilo, el bíblico, presupone una legalidad basada en imágenes. En otra descripción condensada, podríamos decir que en el estilo bíblico las interacciones se inscriben en contextos conformados por varios niveles y descritos en términos figurativos e informales mediante signos icónicos, emotivos y expresivos (*Ibid.*: 295). Estos estilos se encuentran perpetuamente en tensión, con variaciones en cuanto a

su predominio durante periodos históricos concretos. Santos sugiere que el orden jurídico estatal moderno es predominantemente homérico. La tensión entre estos dos tipos de simbolización jurídica en Cabo Verde aparece en el sistema de justicia popular, que refunde el derecho consuetudinario y el derecho estatal (*Ibid.*: 296). Estas tensiones se evidencian en la forma en que los jueces resuelven las disputas: algunos jueces adoptan una, algunos otros cambian de un tipo de derecho a otro, dependiendo del caso y de su familiaridad con ellos. Concluye que el pluralismo jurídico que describe no es el pluralismo jurídico de la antropología jurídica tradicional, el que he llamado pluralismo jurídico clásico, sino (*Ibid.*: 297-298):

La concepción, más bien, de diferentes espacios jurídicos superpuestos, interpenetrados y mezclados en nuestras mentes tanto como en nuestras acciones [...]. Nuestra vida jurídica se constituye por la intersección de diferentes órdenes jurídicos, es decir, por la interlegalidad. La interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo jurídico y es por ello que es el segundo concepto clave de una concepción posmoderna del derecho.

Bentley (1984) desarrolla el papel culturalmente constructivo del derecho en su análisis de las disputas entre los maranao en las Filipinas. Argumenta que el conflicto es una expresión de visiones contrapuestas de la realidad social, un espacio para construir y expresar visiones alternativas del mundo. En la sociedad que estudió, que combina la costumbre (*adat*), el derecho islámico y el derecho penal y civil filipino, la manipulación de los diferentes sistemas jurídicos es parte del esfuerzo por construir una interpretación de la verdad en el mundo de tal manera que pueda ser aceptada por otros. Argumenta que la complejidad y la fluidez de los campos de enfrentamiento parecen me-

jorar el rango posible de manipulación y disminuir el enfrentamiento. En la misma línea, O'Connor (1980) ofrece, usando la etnografía thai, el inquietante argumento de que el derecho es una teoría social nativa.

Las concepciones de Foucault (1979) sobre las formas de poder y la disciplina en la sociedad moderna nos proporcionan otra perspectiva más del pluralismo jurídico que Fitzpatrick desarrolla (1983b). Si la naturaleza del derecho que ha surgido en el despertar del capitalismo es fundamentalmente diferente de la que tenía en las sociedades precapitalistas —Foucault se refiere a esto como “tecnologías disciplinarias”, es decir, las formas productivas de poder como el horario, la celda y el panóptico—, el encuentro entre estas formas de poder y disciplina con las de las sociedades no capitalistas adquiere un nuevo significado. El poder, en la teoría de Foucault, no se basa simplemente en la prohibición, sino también en la formación positiva de normas y en la modelación de los individuos para que encajen en esas normas (Fitzpatrick 1983b: 50). Antes que contenerlas, el derecho da forma a las instituciones que supervisa: crea nuevas tecnologías disciplinarias que se extienden de la prisión a la fábrica, pasando por el ejército y la escuela (Fitzpatrick 1983b; Foucault 1979).

En un ejemplo curioso del significado de estos cambios en torno al poder y la disciplina, Popsipil (1979: 141) describe el espanto de los kapauku papuanos al contemplar el uso de la cárcel como castigo, que a ellos les parece extraordinariamente severo, puesto que separa al individuo de la cooperación esencial del cuerpo y el alma, del vínculo entre las acciones propias y las decisiones de la libre voluntad del sujeto. En sus palabras, en la cárcel “la sustancia vital del hombre se deteriora y el hombre muere” (*Ibid.*: 142). De hecho, los administradores coloniales holandeses encontraron que los kapauku tendían a languidecer y

morir si se les encerraba en prisión largo tiempo, a pesar de estar convencidos de que la prisión tenía un efecto positivo y civilizador.

CONCLUSIONES Y POSIBLES DIRECCIONES PARA UNA INVESTIGACIÓN EN EL FUTURO

¿Cuáles son las consecuencias de concentrarse en el pluralismo jurídico para la investigación sociojurídica en el futuro? Mi estudio del trabajo académico al respecto sugiere que el ver los fenómenos sociojurídicos como plurales ampliaría el marco de investigación en al menos cinco formas. La primera consiste en que la preocupación por el pluralismo jurídico nos aleja de la ideología del centralismo jurídico, de la predisposición a pensar que toda la ordenación jurídica se basa en el derecho estatal, y sugiere prestar atención a otras formas de ordenación y a su intersección con el derecho estatal. Subraya los órdenes antagonistas, conflictivos y a veces contradictorios que están por fuera del derecho estatal y sus relaciones recíprocamente constitutivas con él.

La segunda es que esta perspectiva exige un cambio conceptual y exige pasar, también, de una definición esencialista del derecho a una comprensión histórica, pues cualquier situación de pluralismo jurídico se desarrolla a lo largo del tiempo mediante una dialéctica entre ordenamientos jurídicos, cada uno de los cuales constituye y reconstituye al otro de alguna forma. Definir la esencia del derecho o de la costumbre es menos valioso que identificar esas situaciones. Los órdenes normativos plurales, una vez se crean, pueden persistir con tenacidad, justificándose mediante el recurso a la tradición, o se pueden modificar radicalmente en su confrontación con órdenes jurídicos antagonistas; ese proceso se refleja bien en la creación del

derecho consuetudinario en las sociedades coloniales.⁶ O también puede cambiar progresivamente mediante pequeñas adiciones, sustracciones y reinterpretaciones. Las ponencias de una conferencia reciente, "Modelos etnohistóricos para la evolución del derecho al interior de sociedades específicas", ofrecen ricas descripciones de estos procesos históricos de cambio y transformación en sociedades legalmente plurales (Starr y Collier 1988).⁷

En tercer lugar, ver las situaciones como plurales jurídicamente conduce a un examen de la naturaleza ideológica o cultural del derecho y de los sistemas de ordenación normativa. En lugar de concentrarnos en las normas concretas que se aplican en situaciones de conflicto, esta perspectiva examina las formas como los grupos sociales conciben la ordenación de las relaciones sociales y las maneras de determinación de la verdad y la justicia. El derecho no es simplemente un conjunto de normas para ejercer el poder coercitivo, sino un sistema de pensamiento a través del cual ciertas formas de relación llegan a verse como naturales y dadas por hecho; esos modos de pensamiento se inscriben en instituciones que ejercen algún tipo de coerción en apoyo de sus categorías y teorías explicativas.

La cuarta forma que ayudaría a expandir nuestro marco de estudio sería el examen de la pluralidad de situaciones jurídicas, que facilita la toma de distancia del énfasis excluyente que se pone en las situaciones de conflicto pa-

⁶ Starr y Collier (1987: 368) describen el proceso en términos de "luchas históricas" entre las elites nativas y sus dirigentes coloniales y poscoloniales.

⁷ Como concluyeron los veinte participantes de esta conferencia en 1985, las sociedades se pueden caracterizar por tener múltiples sistemas jurídicos que no son autónomos sino negociados en relación con una estructura política general y relaciones de poder asimétricas concretas (Starr y Collier 1987: 371; véase un mayor desarrollo en Starr y Collier 1989).

ra así analizar la ordenación de las situaciones en las que no existe conflicto (véase un mayor desarrollo en Collier 1973; Engel 1980). Holleman (1986) sugiere el estudio de los "casos problemáticos" en lugar del de las situaciones en las que hay enfrentamientos, argumentando que los conflictos son acontecimientos excepcionales y, por tanto, guías confusas sobre la naturaleza de la ordenación jurídico-social.⁸ El estudio del derecho facilitador y los estudios históricos del cambio jurídico también se apartan de prestar atención casi exclusiva al conflicto.⁹

La quinta y última manera en la que el pluralismo jurídico contribuiría a expandir nuestro campo de estudio es gracias al análisis dialéctico de las relaciones entre órdenes normativos. Ese análisis propone y ofrece un marco de comprensión de la dinámica de la imposición y de la resistencia al derecho, a partir del cual es posible estudiar la relación interactiva entre clases y grupos dominantes y subordinados. Ofrece una forma de pensar las posibilidades de dominación a partir del derecho y de los límites de

⁸ La tradición holandesa de la antropología del derecho, que se basa en las premisas del pluralismo jurídico, es un indicador del potencial que tiene el enfoque de los estudios sociojurídicos. Este enfoque examina los sistemas de ordenación en los espacios de la vida social —la familia, la propiedad de la tierra, la herencia, las transacciones comerciales y similares—, concentrándose en el ámbito de la paz cotidiana en lugar de los raros momentos en los que hay enfrentamientos (Griffiths 1986b). Griffiths (*Ibid.*) sugiere que tal vez la tradición anglosajona del *common law* hizo que los antropólogos británicos y estadounidenses se centraran en los momentos de conflicto, en lugar de hacerlo en los sistemas de ordenación que se manifiestan en el dominio más extenso de la vida social no conflictiva (véase también Ietswaart 1986).

⁹ Como lo señalan Starr y Collier (1987: 367), para muchos investigadores el paradigma del conflicto se ha hecho demasiado normativo y positivista. En consecuencia se ha producido un giro hacia la investigación histórica como una manera de aproximación al cambio jurídico.

esta dominación, señalando las áreas en las que los individuos pueden resistir y, de hecho, lo hacen. Es un área difícil para la investigación. Por un lado, la atención al papel ideológico del derecho señala su capacidad para construir modos de pensamiento y de comprensión implícitos como un aspecto central de su poder. Por otro lado, la atención a los órdenes plurales examina los límites que tiene el poder ideológico del Estado: las áreas en las que no penetra y en las que persisten formas alternativas de ordenación; los grupos que incorporan los símbolos del derecho estatal, pero que se oponen a él, convirtiéndose tal vez en expertos en las complejidades de los ordenamientos jurídicos y en sus formas de poder, como en la India colonial; y las situaciones en las que otras formas de ordenación se encuentran también incorporadas en la administración del derecho, que éste subvierte en el momento de su cumplimiento real. Aquí, naturalmente, se está en el terreno familiar de la negociación extrajudicial de condenas, de los grupos de trabajo en los juzgados y de la captura de los organismos administrativos por intereses particulares. Pero en vez de explicar por qué el derecho de los libros difiere del de la acción, según la teoría de la distancia entre realidad y teoría, esta bien estudiada característica de la vida jurídica se puede comprender como el producto de órdenes jurídicos plurales en los juzgados, las estaciones de policía o en los organismos administrativos del Estado, instituciones todas ellas que a veces se organizan en torno a estándares de justicia comunitaria, otras en torno a estándares derivados del imperio de la ley, y otras todavía en torno a la disposición previa de los grupos particulares que están en el poder. En efecto, el derecho estatal es plural en sí mismo. A pesar de los esfuerzos por desterrar el pluralismo, como los ataques contra la "justicia burda" de los jueces de paz legos (Provine 1986) y contra la discreción judicial, constantemente aparecen nuevos órdenes plurales. Estos órdenes plurales constituyen el derecho estatal.

Sin embargo, para ciertos problemas el concepto tiene limitaciones. Por ejemplo, para analizar los cambios en un campo social único y también cuando se debe atender a las características específicas de situaciones sociales concretas. Un análisis pluralista tiende a concentrarse en los cambios que surgen en la interacción entre campos sociales, pero no en aquellos que ocurren dentro de un único campo social. Es probable que se le escape la manera en que un campo social concreto se configura gradualmente gracias a una variedad de fuerzas políticas e ideológicas internas y externas. Por ejemplo, en su estudio sobre el impacto de los misioneros europeos en Sudáfrica durante el periodo colonial, Comaroff y Comaroff (1986) sostienen que aquéllos introdujeron en varios lugares, a lo largo y ancho del país, y durante un periodo de muchos años, unos conceptos nuevos de tiempo, espacio, trabajo y personalidad, entre otros, que fueron alterando poco a poco la conciencia de los africanos, que se fueron encontrando con el cristianismo y convirtiéndose a él, allanando el camino para la conquista colonial a pesar de la férrea oposición de los misioneros y de sus esfuerzos porque no se produjera esa conquista.¹⁰ Aunque en términos de pluralismo jurídico este cambio histórico de conciencia se puede describir como la interacción entre los órdenes jurídicos africano y misionero, el concepto parece no destacar lo suficiente las intrincadas relaciones entre las formas de pensamiento

¹⁰ Al introducir nuevos símbolos como el valor moral del trabajo, la riqueza, la creencia en la libre elección, la democracia liberal, las formas impersonales de regulación como el reloj, y las concepciones de autoridad política como algo distinto de la autoridad y el poder religiosos, los misioneros transformaron gradualmente el mundo dado por verdadero del pueblo tswana y, a pesar de su oposición explícita a que los occidentales se hicieran con el poder o a fomentar la expansión imperialista, facilitaron la absorción política de los tswana en el Estado colonial (Comaroff y Comaroff 1986; véase también Comaroff 1985).

y conocimiento dentro de un campo social, la manera en que éstas cambian a lo largo del tiempo, y la forma como los símbolos pasan de adentro hacia afuera y a la inversa en los órdenes jurídicos de las grandes ciudades, los pueblos pequeños y las zonas de provincia.

Es más, el concepto de pluralismo jurídico ejerce presión en exceso para que se analicen los sistemas, descuidando en consecuencia los cambios que ocurren en lugares concretos. Es difícil determinar y comprender la particularidad de unas situaciones concretas y limitadas, y hacer lo mismo con la interacción con sistemas más amplios. Pensar en el pluralismo jurídico parece conducir fuera de los juzgados y de las oficinas de abogados, pero una vez fuera, los análisis pluralistas jurídicos pueden terminar huyendo de los exámenes detallados de esas situaciones particulares reducidas. Examinar simultáneamente las concepciones siempre cambiantes de lo normal y de lo cultural, y la lucha constante por la interpretación de los símbolos y las formas de legalidad en lugares concretos y limitados y en grandes sistemas jurídicos es, cuando menos, un desafío.

En resumen, el nuevo pluralismo jurídico ha hecho nuevos planteamientos sobre la dialéctica y la resistencia que se construyen a partir de tradiciones teóricas sofisticadas y de una rica etnografía procedente del pluralismo jurídico clásico. Hay mucho dentro de estas tradiciones que podría servir de base para los nuevos y excitantes rumbos que han tomado las investigaciones sobre el derecho y la sociedad. Sin embargo, el concepto debe ser refinado a medida que se trabaje en su desarrollo, y para ello se debe prestar atención a la especificidad de cada situación, a las variaciones que se dan en procesos sociales concretos, y a la compleja textura de los significados ideológicos que surgen en situaciones históricas particulares. No es en absoluto un proyecto poco ambicioso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abel, Richard L. (1979a). "Western Courts in Non-Western Settings Patterns of Court Use in Colonial and Post-Colonial Africa", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- _____ (1979b). "The Rise of Capitalism and the Transformation of Disputing from Confrontation over Honor to Competition for Property", 27 *UCLA Law Review*, 223.
- _____ (1982). *The Politics of Informal Justice*. 2 vol. New York: Academic Press.
- Adewoye, Omoniyi (1986). "Legal Practice in Ibadan, 1904-1960", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 57.
- Allott, Antony N. y Gordon R. Woodman (eds.) (1985). *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrecht: Foris.
- Arthurs, Harry W. (1985). *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Mid 19th-Century England*. Toronto: University of Toronto Press.
- Auerbach, Jerold S. (1983). *Justice Without Law?* New York: Oxford University Press.
- Benda-Beckmann, Franz von (1919). *Property in Social Continuity: Continuity and Change in the Maintenance of Property Relationship through Time in Minangkabau, West Sumatra*. La Haya: Nijhoff.
- _____ (1981). "Some Comments on the Problems of Comparing the Relationship between Traditional and State Systems of Administration of Justice in Africa and Indonesia", 19 *Journal of Legal Pluralism*, 165.
- Benda-Beckmann, Keebet von (1981). "Forum Shopping and Shopping Forums—Dispute Settlement in a Minangkabau Village in West Sumatra", 19 *Journal of Legal Pluralism*, 117.
- Benda-Beckmann, Keebet von y Fons Strijbosch (eds.) (1986). *Anthropology of Law in the Netherland. Essays in Legal Pluralism*. Dordrecht y Cinnaminson: Forla.
- Bentley, G. Carter (1984). "Hermeneutics and World Construction in Maranao Disputing", 11 *American Ethnologist*, 642.
- Bentsi-Enchill, Kwamena (1969). "The Colonial Heritage of Legal Pluralism", 1 *Zambia Law Journal*, 1.
- Bossy, John (ed.) (1983). *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brigham, John (1987). "Right, Rage, and Remedy. Forms of Law in Political Discourse", en: *Studies in American Political Development*. New Haven: Yale University Press.
- Buckle, Leonard y Suzann R. Thomas-Buckle (1982). "Doing unto Others: Dispute and Dispute. Processing in an Urban American Neighborhood", en: Roman Tomasic y Malcolm Feeley (eds.), *Neighborhood Justice*. New York: Longman.
- Burman, Sandra y Barbara E. Harrell-Bond (eds.) (1979). *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Chanock, Martin (1985). *Law, Custom, and Social on the Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Collier, Jane (1973). *Law and Social Change in Zinacantan*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Colson, Elizabeth (1976). "From Chief's Court to Local Court: The Evolution of Local Courts in Southern Zambia", en: M.J. Aronoff (ed.). *Freedom and Constraint*. Amsterdam: Van Gorcum.
- Comaroff, Jean (1985). *Body of Power: Spirit of Resistance: Culture and History of South African People*. Chicago: University of Chicago Press.
- Comaroff, Jean y John L. Comaroff (1986). "Christianity and Colonialism in South Africa", 13 *American Ethnologist*, 1.

- Comaroff, John L. y Simon Roberts (1981). *Rules and Processes*. Chicago: University of Chicago Press.
- Diamond, Stanley (1973). "The Rule of Law versus the Order of Custom", en: Donald Black y Maureen Mileski (eds.), *The Social Organization of Law*. New York: Seminar Press. Reimpreso en (1971), 38 *Social Research*, 42.
- Ehrlich, Eugen (1913). *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Trad. W.L. Moil. Cambridge: Harvard University Press.
- Engel, David M. (1980). "Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court", 3 *American Bar Foundation Research Journal*, 425.
- _____ (1984). "The Oven Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community", 18 *Law & Society Review*, 549.
- _____ (1987). "Law, Time, and Community", 21 *Law & Society Review*, 605.
- Fitzpatrick, Peter (1980). *Law and State in Papua New Guinea*. London: Academic Press.
- _____ (1983a). "Law, Plurality and Underdevelopment", en: D. Sugarman, (ed.), *Legality, Ideology and the State*. London: Academic Press.
- _____ (1983b). "Marxism and Legal Pluralism", 1 *Australian Journal of Law and Society*, 45.
- _____ (1984). "Law and Societies", 22 *Osgood Hall Law Journal*, 115.
- _____ (1985). "Review Article: Is it Simple to be a Marxist in Legal Anthropology?", *Modern Law Review*, 472.
- Forer, Norman (1979). "The Imposed Wardship of American Indian Tribes: A Case Study of the Prairie Band Potawatomi", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Foucault, Michel (1979). *Discipline and Punish. The Birth of the Prison*. New York: Vintage.
- Freeman, Alan (1986). "The Politics of Truth: On Sugarman's Legality, Ideology and the State", 1986 *American Bar Foundation Research Journal*, 829.
- Galanter, Marc (1981). "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", 19 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1.
- Gardner, James A. (1980). *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison, Wis.: University of Wisconsin Press.
- Geertz, Clifford (1983). *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books.
- Gordon, Robert J. y Mervyn J. Meggiti (1985). *Law and Order in the New Guinea Highlands: Encounters with Enga*. New England: Hanover University Press (con Vermont University).
- Greenhouse, Carol (1982). "Nature is to Culture as Praying is to Suing: Legal Pluralism in an American Suburb", 20 *Journal of Legal Pluralism*, 17.
- Griffiths, John (1985). "Introduction", en Antony Allott y Gordon Woodin (eds.), *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrecht: Foris.
- _____ (1986a). "What is Legal Pluralism?", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 1.
- _____ (1986b). "Recent Anthropology of Law in the Netherlands and its Historical Backgrounds", en: Keebet von Benda-Beckmann y Fons Strijbosch (eds.), *Anthropology of Law in the Netherlands: Essays in Pluralism*. Dordrecht y Cinnammson: Foris.
- Gurwitsch, Georges (1947). *The Sociology of Law*. London: Routledge y Kegan Paul.
- Harrington, Christine (1985). *Shadow Justice. The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*. Westport, Conn.: Greenwood Press.
- Harrington, Christine y Sally Engle Merry (1988). "Ideological Production: The Making of Community Mediation", 22 *Law & Society Review*, 709.

- Abel, Richard L. (1979a). "Western Courts in Non-Western Settings Patterns of Court Use in Colonial and Post-Colonial Africa", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- _____ (1979b). "The Rise of Capitalism and the Transformation of Disputing from Confrontation over Honor to Competition for Property", *27 UCLA Law Review*, 223.
- _____ (1982). *The Politics of Informal Justice*. 2 vol. New York: Academic Press.
- Adewoye, Omoniyi (1986). "Legal Practice in Ibadan, 1904-1960", *24 Journal of Legal Pluralism*, 57.
- Allott, Antony N. y Gordon R. Woodman (eds.) (1985). *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrecht: Foris.
- Arthurs, Harry W. (1985). *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Mid 19th-Century England*. Toronto: University of Toronto Press.
- Auerbach, Jerold S. (1983). *Justice Without Law?* New York: Oxford University Press.
- Benda-Beckmann, Franz von (1919). *Property in Social Continuity: Continuity and Change in the Maintenance of Property Relationship through Time in Minangkabau, West Sumatra*. La Haya: Nijhoff.
- _____ (1981). "Some Comments on the Problems of Comparing the Relationship between Traditional and State Systems of Administration of Justice in Africa and Indonesia", *19 Journal of Legal Pluralism*, 165.
- Benda-Beckmann, Keebet von (1981). "Forum Shopping and Shopping Forums—Dispute Settlement in a Minangkabau Village in West Sumatra", *19 Journal of Legal Pluralism*, 117.

- Benda-Beckmann, Keebet von y Fons Strijbosch (eds.) (1986). *Anthropology of Law in the Netherland. Essays in Legal Pluralism*. Dordrecht y Cinnaminson: Forla.
- Bentley, G. Carter (1984). "Hermeneutics and World Construction in Maranao Disputing", *11 American Ethnologist*, 642.
- Bentsi-Enchill, Kwamena (1969). "The Colonial Heritage of Legal Pluralism", *1 Zambia Law Journal*, 1.
- Bossy, John (ed.) (1983). *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brigham, John (1987). "Right, Rage, and Remedy. Forms of Law in Political Discourse", en: *Studies in American Political Development*. New Haven: Yale University Press.
- Buckle, Leonard y Suzann R. Thomas-Buckle (1982). "Doing unto Others: Dispute and Dispute. Processing in an Urban American Neighborhood", en: Roman Tomasic y Malcolm Feeley (eds.), *Neighborhood Justice*. New York: Longman.
- Burman, Sandra y Barbara E. Harrell-Bond (eds.) (1979). *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Chanock, Martin (1985). *Law, Custom, and Social on the Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Collier, Jane (1973). *Law and Social Change in Zinacantan*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Colson, Elizabeth (1976). "From Chief's Court to Local Court: The Evolution of Local Courts in Southern Zambia", en: M.J. Aronoff (ed.). *Freedom and Constraint*. Amsterdam: Van Gorcum.
- Comaroff, Jean (1985). *Body of Power: Spirit of Resistance: Culture and History of South African People*. Chicago: University of Chicago Press.
- Comaroff, Jean y John L. Comaroff (1986). "Christianity and Colonialism in South Africa", *13 American Ethnologist*, 1.

- Comaroff, John L. y Simon Roberts (1981). *Rules and Processes*. Chicago: University of Chicago Press.
- Diamond, Stanley (1973). "The Rule of Law versus the Order of Custom", en: Donald Black y Maureen Mileski (eds.), *The Social Organization of Law*. New York: Seminar Press. Reimpreso en (1971), 38 *Social Research*, 42.
- Ehrlich, Eugen (1913). *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Trad. W.L. Moil. Cambridge: Harvard University Press.
- Engel, David M. (1980). "Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court", 3 *American Bar Foundation Research Journal*, 425.
- _____ (1984). "The Oven Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community", 18 *Law & Society Review*, 549.
- _____ (1987). "Law, Time, and Community", 21 *Law & Society Review*, 605.
- Fitzpatrick, Peter (1980). *Law and State in Papua New Guinea*. London: Academic Press.
- _____ (1983a). "Law, Plurality and Underdevelopment", en: D. Sugarman, (ed.), *Legality, Ideology and the State*. London: Academic Press.
- _____ (1983b). "Marxism and Legal Pluralism", 1 *Australian Journal of Law and Society*, 45.
- _____ (1984). "Law and Societies", 22 *Osgood Hall Law Journal*, 115.
- _____ (1985). "Review Article: Is it Simple to be a Marxist in Legal Anthropology?", *Modern Law Review*, 472.
- Forer, Norman (1979). "The Imposed Wardship of American Indian Tribes: A Case Study of the Prairie Band Potawatomi", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Boyd (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Foucault, Michel (1979). *Discipline and Punish. The Birth of the Prison*. New York: Vintage.
- Freeman, Alan (1986). "The Politics of Truth: On Sugarman's Legality, Ideology and the State", 1986 *American Bar Foundation Research Journal*, 829.
- Galanter, Marc (1981). "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", 19 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1.
- Gardner, James A. (1980). *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison, Wis.: University of Wisconsin Press.
- Geertz, Clifford (1983). *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books.
- Gordon, Robert J. y Mervyn J. Meggiti (1985). *Law and Order in the New Guinea Highlands: Encounters with Enga*. New England: Hanover University Press (con Vermont University).
- Greenhouse, Carol (1982). "Nature is to Culture as Praying is to Suing: Legal Pluralism in an American Suburb", 20 *Journal of Legal Pluralism*, 17.
- Griffiths, John (1985). "Introduction", en Antony Allott y Gordon Woodin (eds.), *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrech: Forts.
- _____ (1986a). "What is Legal Pluralism?", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 1.
- _____ (1986b). "Recent Anthropology of Law in the Netherlands and its Historical Backgrounds", en: Keebet von Benda-Beckmann y Fons Strijbosch (eds.), *Anthropology of Law in the Netherlands: Essays in Pluralism*. Dordrecht y Cinnammson: Forts.
- Gurvitch, Georges (1947). *The Sociology of Law*. London: Routledge y Kegan Paul.
- Harrington, Christine (1985). *Shadow Justice. The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*. Westport, Conn.: Greenwood Press.
- Harrington, Christine y Sally Engle Merry (1988). "Ideological Production: The Making of Community Mediation", 22 *Law & Society Review*, 709.

- Hayden, Robert M. (1984). "A Note on Caste Panchayats and Government Courts in India: Different Kinds of Stages for Different Kinds of Performance", 22 *Journal of Legal Pluralism*, 43.
- _____ (1987). "Turn-Taking, Overlap and the Task at Hand: Ordering Speaking Turns in Legal Settings", 14 *American Ethnologist*, 251.
- Henry, Stuart (1983). *Private Justice*. Boston: Routledge y Keegan Paul.
- _____ (1985). "Community Justice, Capitalist Society, and Human Agency: The Dialectics of Collective Law in the Cooperative", 19 *Law & Society Review*, 30.
- _____ (1987). "The Construction and Deconstruction of Social Control: Thoughts on the Discursive Production of State Law and Private Justice", en: J. Lowman, R. Menzies y T. Palys (eds.), *Transcarceration*. Farnborough: Gower.
- Holleman, John F. (1988). "Trouble-Cases and Trouble-Less Cases in the Study of Customary Law and Legal Reform", en: Keebet von Benda-Beckmann y Fons Strijbosch (eds.), *Anthropology of Law in the Netherlands: Essays in Pluralism*. Dordrecht y Cinnammson: Forts. Reimpreso en 7 *Law & Society Review*, 5.
- Hookers, M. Barry (1975). *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neocolonial Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Ietswaart, Heleen (1986). "Review of Keebet von Benda-Beckmann and Fons Strijbosch (eds.), *Anthropology of Law in the Netherlands: Essays in Pluralism*", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 161.
- Just, Peter (1986). "Let the Evidence Fit the Crime: Evidence, Law, and Sociological Truth among the Dou Donggo", 13 *American Ethnologist*, 43.
- Kidder, Robert L. (1974). "Formal Litigation and Professional Insecurity: Legal Entrepreneurship in South India", 9 *Law & Society Review*, 11.

- _____ (1979). "Toward an Integrated Theory of Imposed Law", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Lam, Maivan (1985). "The Imposition of Anglo-American Land Tenure Law on Hawaiians", 23 *Journal of Legal Pluralism*, 103.
- Lynch, Dennis O. (1983). "Hundred Months of Solitude: Myth and Reality in Law and Development?", 1983 *American Bar Foundation Journal*, 223.
- Macaulay, Stewart (1963). "Non-Contractual Relation in Business: A Preliminary Study", 28 *American Law Review*, 55.
- _____ (1981). "Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment and Spectator Sports", 21 *Law & Society Review*, 15.
- _____ (1986). "Private Government". Disputes Processing Research Program Working Paper 198. Madison, Wis.: University of Wisconsin Law School. Reimpreso en Leon Lipson y Stanton Wheeler (eds.), *Law and the Social Sciences*. New York: Russell Sage Foundation.
- Malinowski, Bronislaw (1928). *Crime and Custom in a Savage Society*. Paterson, N.J.: Littlefield Adama.
- Marcus, George E. y Michael M. J. Fisher (1988). *Anthropology as Cultural Critique: An Experimental Moment in the Human Sciences*. Chicago: University of Chicago Press.
- Massell, Gregory (1968). "Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu. The Case of Soviet Central Asia", 2 *Law & Society Review*, 179.
- Merry, Sally Engle (1979). "Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood", 3 *Law & Society Review*, 891.
- _____ (1982). "The Articulation of Legal Spheres", en: Margaret Jean Hay y Marcia Wright (eds.), *African Women and the Law: Historical Perspectives*. Boston: Boston University African Studies Center.

- _____ (1986). "Everyday Understandings of the Law in Working America", 13 *American Ethnologist*, 253.
- Meschievitz, Catherine S., y Marc Galanter (1982). "In Search of Nyaya Panchayats: The Politics of a Moribund Institution", en: Richard Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice: Comparative Studies*. New York: Academic Press.
- Messick, Brinkley (1988). "The Mufti, the Text, and the World: Legal Interpretation in Yemen", 21 *Man*, 102.
- Moore, Sally Falk (1973). "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", 7 *Law & Society Review*, 719.
- _____ (1977). "Individual Interest and Organizational Structures: Dispute Settlements 'Events of Articulation' ", en: I. Hamnett (ed.), *Social Anthropology and Law*. New York: Academic Press.
- _____ (1986a). *Social Facts and Fabrications: Customary Law on Kilimanjaro, 1880-1980*. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____ (1986b). "Legal Systems of the World: An Introductory Guide to Classifications, Typological Interests, and Bibliographic Resources", en: Leon Lipson y Stanton Wheeler (eds.), *Law and the Social Sciences*. New York: Russell Sage Foundation.
- Nader, Laura (ed.) (1980). *No Access to Law*. New York: Academic Press.
- _____ (1984). "The Recurrent Dialectic between Legality and its Alternative", 132 *University of Pennsylvania*, 621.
- Nader, Laura y Harry Todd (eds.) (1978). *The Disputing Process-Law in Ten Societies*. New York: Columbia University Press.
- Nelken, David (1986). "Review Essay. Beyond the Study of 'Law and Society'? Henry's *Private Justice* and O'Hare *The End of the Law?*", *American Bar Foundation Research Journal*, 323.
- O'Connor, Richard A. (1980). "Law as an Indigenous Social Theory", 8 *American Ethnologist*, 223.

- Okoth-Ogendo, Hastings W. O. (1979). "The Imposition of Property Law in Kenya", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Pospisil, Leopold (1971). *The Anthropology of Law: A Comparative Theory of Law*. New York: Harper and Row.
- _____ (1979). "Legally Induced Culture Change in New Guinea", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- _____ (1981). "Modern and Traditional Administration of Justice in New Guinea", 19 *Journal of Legal Pluralism*, 93.
- Provine, Marie Doris (1986). *Judging Credentials Non-lawyer Judges and the Politics of Professionalism*. Chicago: University of Chicago Press.
- Ranger, Terence (1983). "The Invention of Tradition in Colonial Africa", en: Eric Hobsbawm y Terence Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Robew, Simon (1986). "Book Review: A.N. Allott and Gordon R. Woodman, *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 171.
- Rosen, Lawrence (1981). "Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System", 15 *Law & Society Review*, 217.
- Ruffini, Julio L. (1978). "Disputing over Livestock in Sardinia", en: L. Nader y H. Todd (eds.), *The Disputing Process-Law in Ten Societies*. New York: Columbia University Press.
- Salamone, Frank A. (1983). "The Clash between Indigenous, Islamic, Colonial and Post-Colonial Law in Nigeria", 21 *Journal of Legal Pluralism*, 15.
- Salas, Louis (1983). "The Emergence and Decline of the Cuban Popular Tribunals", 17 *Law & Society Review*, 587.
- Santos, Boaventura de Sousa (1967). "Law: A Map of Misreading; Toward a Postmodern Conception of Law", 14 *Journal Law & Society*, 279.

- _____ (1977). "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada", 12 *Law & Society Review*, 5.
- _____ (1982). "Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Cape", en: Richard Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*. Vol. 1. New York: Academic Press.
- Sarat, Austin (1988). "The 'New Formalism' in Disputing and Dispute Processing", 21 *Law & Society Review*, 895.
- Sarat, Austin y William Felstiner (1986). "Law and Strategy in the Divorce Lawyers Office", 20 *Law & Society Review*, 93.
- Scheingold, Stuart A. (1974). *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. New Haven: Yale University Press.
- Silbey, Susan S. (1980-81). "Case Processing: Consumer Protection in an Attorney General's Office", 15 *Law & Society Review*, 849.
- Silbey, Susan S. y Egon Bittner (1982). "The Availability of Law", 4 *Law and Policy*, 399.
- Silliman, C. Sidney (1985). "A Policy Analysis of the Philippines' Katarungang Pambarangay System of Informal Justice through Mediation", 19 *Law & Society Review*, 9.
- Snyder, Francis G. (1980). "Law and Development in the Light of Dependency Theory", 14 *Law & Society Review*, 723.
- _____ (1981a). *Capitalism and Legal Change: An African Transformation*. New York: Academic Press.
- _____ (1981b). "Colonialism and the Folk: The Creation of Customary Law in Senegal", 19 *Journal of Legal Pluralism*, 49.
- Spence, Jack (1978). "Institutionalizing Neighborhood Courts: Two Chilean Experiences", 13 *Law & Society Review*, 139.
- Starr, June (1978). *Dispute and Settlement in Rural Turkey*. Leiden: E.J. Brill.

- Starr, June y Jane F. Collier (1987). "Historical Studies of Legal Change", 28 *Current Anthropology Review*, 367.
- _____ (1989). *History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology*. Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Starr, June y Jonathan Pool (1974). "The Impact of Legal Revolution in Rural Turkey", 8 *Law & Society Review*, 533.
- Strijbosch, Fons (1985). "The Concept of *Pela* and its Social Significance in the Community of Moluccan Immigrants in the Netherlands", 23 *Journal of Legal Pluralism*, 177.
- Sugarman, David (1953). "Economy and the State in England 1750-1914: Some Major Issues", en: David Sugarman (ed.), *Legality, Ideology and the State*. London-New York: Academic Press.
- Trubek, David y Mark Galanter (1974). "Scholars in Self-Estrangement", 1974 *Wisconsin Law Review*, 1062.
- Van den Bergh, G. C. J. J. et al. (1999). *Staphorst en zijn Gerichten (Staphorst y sus tribunales populares)*. Amsterdam: Boom Meppel.
- Westermarck, George O. (1986). "Court is an Arrow: Legal Pluralism in Papua New Guinea", 25 *Ethnology*, 131.
- Wolf, Eric K. (1982). *Europe and the People without History*. Berkeley: University of California Press.
- Woodman, Gordon K. (1987-88). "What's the Commission About?", 14 *Newsletter of the Commission on Folk's Law and Legal Pluralism*, 3.
- Yngvesson, Barbara (1985). "Legal Ideology and Community Justice in the Clerk's Office", 9 *Legal Studies Forum*, 71.
- _____ (1988). "Private Nuisance, Public Crime: The Clerk, the Court, and the Construction of Order in a New England Town", 23 *Law & Society Review*, 605.

**UNIDAD I: MARCO JURÍDICO Y PRINCIPIOS DE
COORDINACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS
Y ORDINARIO**

**PEÑA JUMPA, Antonio (2009): “Derechos fundamentales y
justicia comunal, La aplicación del artículo 149 y el artículo 2,
inciso 19 de la Constitución Política del Perú” En *Revista Ius Et
Veritas*, Nro. 39**

Antonio Peña Jumpa(*)

Derechos fundamentales y **justicia comunal**

La aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú

“SI NO EXISTIESE PLURALIDAD O DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL EN EL PERÚ, NO HUBIERE SIDO NECESARIO OCUPARNOS DE LA PRESENTE DISCUSIÓN Y NO HABRÍA SIDO NECESARIO LA PROPIA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. NO OBSTANTE, AL EXISTIR TAL DIVERSIDAD (O PLURALIDAD) Y AL RECONOCERSE ESTA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, ES NECESARIO REFLEXIONAR SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN ESE SENTIDO”.

1. Identificando el problema

El presente artículo trata el problema de la conceptualización y aplicación de los derechos fundamentales de la persona o derechos humanos a través de sistemas de resolución de conflictos en grupos humanos culturalmente diferentes. Experiencia típica en el Perú es el problema de la denominada “jurisdicción especial indígena” o simplemente “Justicia Comunal” y los límites de los derechos fundamentales de la persona, normado en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú. ¿Qué tanto los derechos fundamentales de la persona o derechos humanos constituyen límites a esa Justicia Comunal practicada por numerosas comunidades andinas y amazónicas en el Perú?

Un ejemplo común para entender esta problemática constituye el caso del *servinacuy* (o *serviciña* en Aymara) practicada por comunidades andinas quechuahablantes⁽¹⁾ o aymarahablantes en el Perú⁽²⁾. El *servinakuy* es un matrimonio andino, o proceso matrimonial andino como lo define Albó⁽³⁾, por el cual un adulto mayor de 18 años puede contraer matrimonio con una menor de 14 ó 12 años, bajo

(*) Profesor Principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado. Magister en Ciencias Sociales. Ph.D. en Derecho.

(1) DE TRAZEGNIES, Fernando. *Entrevista sobre el Derecho*. En: *Themis*. Número 15. Lima: 1989.

(2) ALBÓ, Javier. *Esposos, suegros y padrinos entre los aimaras*. En: *Parentesco y matrimonio en los Andes*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980. pp. 283-326; CARTER, W.E. *El matrimonio de prueba en los Andes*. En: *Parentesco y matrimonio en los Andes*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 363-424.

(3) ALBÓ, Javier. *Ibíd.*; p. 287.

consentimiento de las familias de ambos. Esta práctica, que también tiene su correlato en comunidades amazónicas del Perú y en otras comunidades de distintas partes del mundo, lleva a cuestionar qué tanto el *servinakuy* o *serviciña* es constitucionalmente válido y no contradice el ordenamiento jurídico constitucional-penal. Es decir, qué tanto el *servinakuy* o *serviciña* no es un conjunto de actos que colinda con la comisión concertada del delito de violación sexual o abuso sexual donde se transgrede particularmente el derecho fundamental de la integridad física, psíquica y moral de la aparente esposa-niña. ¿Es este derecho fundamental, así concebido, un límite a la actuación de los miembros de la comunidad que permite tal práctica? ¿Están las autoridades de dichas comunidades obligadas a respetar y aplicar la prioridad de este derecho fundamental en el ejercicio de su Justicia Comunal?

Las líneas siguientes no buscan una fórmula de solución al problema, sino, paradójicamente, buscan problematizar aún más el tema con el fin de alcanzar mayores reflexiones que nos puedan conducir a soluciones alternativas. Se ingresa al análisis del tema de los derechos fundamentales porque es justamente en su campo donde se puede hacer el ejercicio de la mayor problematización. Es allí donde reside el centro desde donde podemos calificar como “bueno” o “malo” un acto culturalmente diferente (como el *servinakuy*) y es desde allí donde se decide si es que el mismo acto requiere además represión penal.

El origen del artículo se remonta al año 1996, que, a su vez, retoma una investigación de los años 1991 y 1994⁽⁴⁾. En aquellos años, era aún muy discutible pensar que el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, u otros semejantes que se refieren a la “jurisdicción especial” de las comunidades campesinas y nativas que estamos denominando Justicia Comunal, podía aplicarse desde una concepción local sin considerar los derechos fundamentales en su perspectiva occidental. La discusión continúa a la fecha, pero los cambios globales, los movimientos masivos de emigrantes de todos los continentes y países que se desplazan con sus

“¿CABE O NO REGLAMENTAR LA DENOMINADA ‘JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA’ DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ CON EL FIN DE ACLARAR O SOLUCIONAR EL PROBLEMA PLANTEADO? LA PREGUNTA FUE DISCUTIDA DESDE LOS AÑOS MENCIONADOS Y LA RESPUESTA FUE NO. HOY, A 15 AÑOS DE ESA DISCUSIÓN, LA RESPUESTA, SEGÚN CREEMOS, SIGUE SIENDO NEGATIVA, POR LAS DIFICULTADES Y RAZONES QUE EXPONEMOS MÁS ADELANTE”.

familias y culturas desde el Sur hacia países denominados desarrollados como Estados Unidos, la Comunidad Europea, Japón, Canadá, Australia, entre otros, puede confirmar que tal apreciación se ha modificado.

La pregunta tras la problematización planteada es: ¿cabe o no reglamentar la denominada “jurisdicción especial indígena” del artículo 149 de la Constitución Política del Perú con el fin de aclarar o solucionar el problema planteado? La pregunta fue discutida desde los años mencionados y la respuesta fue no. Hoy, a 15 años de esa discusión, la respuesta, según creemos, sigue siendo negativa, por las dificultades y razones que exponemos más adelante.

(4) PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en las Comunidades Aymaras de Puno: el caso de Calahuyo*. Tesis de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; PEÑA JUMPA, Antonio. *Pluralismo Jurídico en el Perú*. En: *Desfaciendo Entuertos*. Número 3-4, octubre de 1994; PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

Antonio Peña Jumpa

2. El marco constitucional: una mayor problematización

La Constitución Política del Perú, emulando o siguiendo los aportes de la Constitución Política colombiana (1991) y otras constituciones latinoamericanas⁽⁵⁾, ha regulado en la parte referida al capítulo del Poder Judicial una “nueva” forma de administrar justicia o resolver conflictos que según algunos autores han denominado “jurisdicción especial indígena”: la resolución de conflictos por los propios actores o personas de las comunidades campesinas y comunidades nativas que en nuestra opinión es mejor denominada Justicia Comunal⁽⁶⁾ o Poder Judicial Comunal⁽⁷⁾.

La referida jurisdicción “especial” o Justicia Comunal se regula en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú en los siguientes términos:

“Artículo 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”⁽⁸⁾.

Del citado artículo brotan varios puntos a analizar. Uno de ellos es el referido al concepto de Comunidad Campesina y Comunidad Nativa. ¿Qué son y por quiénes se integran estas organizaciones comunitarias? Otro es el referido al ámbito de las Rondas Campesinas. Uno tercero es definir “función jurisdiccional”. Un cuarto punto está relacionado con la definición del ámbito territorial de este “tipo de justicia”. Uno quinto es definir lo que entendemos por “derecho consuetudinario”. Uno sexto está referido a entender las posibilidades de coordinación con los órganos del Poder Judicial. Un punto séptimo se orientaría a definir la expresión “siempre que no se violen Derechos Fundamentales”⁽⁹⁾. Los comentarios siguientes se refieren exclusivamente a este último punto.

¿Qué entender por derechos fundamentales de la persona? ¿En qué consiste el límite que destaca el artículo 149 de la Constitución Política del Perú? Al respecto, hacemos llegar tentativas respuestas que parten de lo que existe en la realidad más que de lo que podemos construir teóricamente. Primero,

- (5) La regulación de los derechos “indígenas” en Constituciones Políticas latinoamericanas puede consultarse en CABEDO MALLOL, Vicente. *Regulación del Derecho Constitucional Indígena en Iberoamérica*. En: PEÑA JUMPA, Antonio, Vicente CABEDO MALLOL y F. LÓPEZ BÁRCENAS. *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- (6) Véase PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en las Comunidades Aymaras de Puno: el caso de Calahuyo*. Tesis de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.
- (7) Véase PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería y Liga Agraria de Huancané*. Tesis de Maestría con mención en Antropología. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino*. Bogotá: ILSA, 2004.
- (8) El citado artículo tiene relación con otros artículos constitucionales en el Perú que respaldan la particularidad de las Comunidades Campesinas y Nativas. Así, el artículo 89 de la Constitución Política del Perú establece: “Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. 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. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.
- (9) Un análisis global de estos puntos o elementos del mencionado artículo 149 de la Constitución Política del Perú puede consultarse en YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana: alcances, límites, consecuencias y retos*. En: *Desfaciendo Entuertos*. Número 3-4, octubre de 1994. pp. 19-26.

tratamos de aproximarnos a las respuestas a través de la distinción entre derechos fundamentales sustantivos y derechos fundamentales adjetivos. Segundo, nos centramos en lo que denominamos el “derecho fundamental a la diferencia”. Tercero, tratamos de sintetizar las respuestas señaladas a través del tema los derechos fundamentales plurales y sus límites. Por último, a manera de conclusión, formulamos la siguiente pregunta: ¿qué corresponde hacer desde una sociedad “mayor” como la nuestra frente a situaciones que consideramos desde nuestra perspectiva contraria a los derechos fundamentales?

3. Derechos Fundamentales Sustantivos y Derechos Fundamentales Adjetivos

Buscando respuestas a las preguntas planteadas, creemos que, en primer lugar, es conveniente entender la naturaleza de los derechos fundamentales bajo dos planos: el plano de los derechos sustantivos y el plano de los derechos adjetivos o procedimentales⁽¹⁰⁾. De acuerdo con ello, tendríamos dos grupos de derechos fundamentales: (i) derechos fundamentales sustantivos; y, (ii) derechos fundamentales adjetivos.

El primero de ellos se refiere a los valores, principios, definiciones de conceptos básicos, válidos independientemente de apreciaciones externas. Estos son derechos fundamentales relacionados con lo que denominamos derechos sustantivos o derechos de contenido inherente (constituidos o adquiridos) a la persona, reconocidos por la Constitución, tratados internacionales o códigos, pero que, al mismo tiempo, van más allá de un reconocimiento formal. Hablamos del derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la libertad individual, derecho a la propiedad, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho al trabajo, derecho al bienestar de la

familia como de sus miembros, derecho a la vivienda, derecho a la educación, derecho a un ambiente sano, entre otros. Como se aprecia, se destacan derechos civiles y políticos, pero también derechos sociales, económicos y culturales, y también derechos vinculados al desarrollo humano. Se incluye igualmente a cualquier derecho análogo fundado en la dignidad del hombre o en la soberanía u organización política de la sociedad, tal como lo establece la misma Constitución Política peruana en su artículo 3⁽¹¹⁾.

El segundo grupo, de los derechos fundamentales adjetivos, se refiere a los valores, principios, definiciones de conceptos procedimentales, que hacen posible los derechos fundamentales sustantivos. Estos son derechos fundamentales relacionados con los derechos adjetivos que establecen etapas o procedimientos para hacer viables o reivindicables los derechos sustantivos y que también se encuentran reconocidos en la Constitución, tratados internacionales o códigos, pero que también van más allá de un reconocimiento formal. Aquí se destacan el derecho al debido proceso y a la tutela efectiva. En estos, a su vez, se incluyen el derecho a no ser condenado en ausencia, el derecho a no ser penado sin proceso judicial, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho de defensa, el derecho de presunción de inocencia, el derecho de acceso a la justicia, el derecho de acción y petición, el derecho de recurrir al Poder Ejecutivo para hacer valer una resolución, etcétera. Estos derechos

(10) La referencia a estos dos planos coincide con el marco teórico desarrollado para el concepto de Justicia que presentamos en un trabajo anterior. Véase PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en las Comunidades Aymaras de Puno: el caso de Calahuyo*. Tesis de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*. Capítulo 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

(11) El contenido del citado artículo es el siguiente:
“Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga 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”.

Antonio Peña Jumpa

fundamentales son los que hacen objetivos o materializan los derechos fundamentales sustantivos de tipo civil y político, de tipo social, económico y cultural, y de tipo de promoción al desarrollo humano. Tales derechos se encuentran regulados en las constituciones políticas de cada país, tal como ocurre en el Perú, en el artículo 2, inciso 24, y en el artículo 139 (entre otros) de su Constitución⁽¹²⁾.

En estos dos planos se encuentran, aparentemente, el ámbito y límite que regula el artículo 149 citado para el conjunto de conflictos que se suscitan al interior de Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas en el Perú. Las autoridades de estas comunidades intervienen resolviendo los conflictos que se suscitan entre los miembros comuneros de sus respectivas comunidades siempre que no transgredan los Derechos Fundamentales citados, tanto en su plano sustantivo como el adjetivo o procedimental. Sin embargo, la aplicación de este límite no es tan sencilla como parece.

¿A qué derechos fundamentales sustantivos y adjetivos nos estamos refiriendo? ¿La interpretación e integración de los Derechos Fundamentales es el mismo en todo lugar y todo grupo humano? Es decir, ¿los Derechos Humanos tal como los concebimos los peruanos, con nuestras cortes y gobernantes, es el mismo que es concebido por las autoridades alemanas, belgas, norteamericanas o japonesas? Creemos que no. Caso contrario, no tendríamos los numerosos conflictos de violación de Derechos Humanos y sus numerosas formas de tratamiento por país, por región y hasta por localidad. Es más, ello mismo explica por qué en países como el Perú las violaciones

de Derechos Humanos relacionados con persecuciones políticas, por ejemplo, son cotidianas escapando muchas veces a la propia sanción de la autoridad, mientras que en países como Alemania o Bélgica dichas violaciones de Derechos Humanos son inconcebibles. Mientras que en algunos países con sus respectivas diversidades de culturas tienen consolidado un actuar y un pensar casi homogéneo de lo que son los derechos fundamentales, en países como el Perú ello está en proceso.

Sin embargo, este proceso de aceptación y cumplimiento de los derechos fundamentales es aun más difícil en países, estados o regiones donde conviven grupos culturales extremadamente diferentes. Es común la diversidad cultural en países como Bélgica, donde flamencos, valones y germanos pueden convivir sin considerarse uno a otro “primitivo” o “tribal”, dados el acceso a la modernidad y los derechos que esta ofrece para cada uno de los miembros de esos grupos. Empero, ello es diferente cuando nos encontramos con Comunidades Campesinas (mejor dicho, Comunidades Andinas), y Comunidades Nativas (mejor dicho, Comunidades Amazónicas), que aun legalmente son consideradas “inferiores”⁽¹³⁾

(12) El artículo 2 inciso 24, de la Constitución Política del Perú se refiere a los derechos individuales de la persona en cuanto a su libertad y seguridad personal. Así por ejemplo, el parágrafo f establece lo siguiente: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”. El artículo 139 de la Constitución Política se refiere a los principios y derechos que toda persona tiene ante el Poder Judicial o en el ejercicio de la función jurisdiccional. Así, por ejemplo, es en este artículo que se regula el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en su inciso 3.

(13) El artículo 15 del Código Penal vigente muestra esta inferioridad, bajo la siguiente forma: “Artículo 15.- El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

Nótese que se otorga al supuesto inculpaado de una cultura diferente una especie de “perdón” por considerar que, desde su “diferente cultura” (diríamos “inferior” o sometida al juzgador), no pudo comprender el carácter delictuoso del acto. En un estudio anterior, ya hemos señalado lo siguiente: “La solución penal propuesta no deja de ser parcial y hasta etnocéntrica frente al problema: consideramos ‘error’ o ‘hecho punible’ aquello que puede identificar como elemento cultural a un grupo étnico o social determinado y, de otro lado, el problema de ‘incomprensión’ del hecho delictivo corresponde ser probado -con

y, hasta hace poco, legalmente también eran considerados “semi-civilizados” o “incivilizados”⁽¹⁴⁾. Ni las Comunidades Andinas ni las Amazónicas tienen el acceso a la información que tienen los ciudadanos de la capital del país o de sus grandes ciudades a quienes podríamos denominar “sociedad mayor” o “sociedad occidentalizada” y la situación es más grave cuando reparamos que dichas comunidades no tienen acceso siquiera a los servicios básicos de alimentación, vivienda, agua, saneamiento, educación, trabajo que sí tiene la “sociedad mayor”. De encontrarse las Comunidades Andinas y Amazónicas en una situación semejante (social y económicamente) a los diversos grupos de las “sociedad occidental” peruana no habría necesidad de regularlos en forma diferente o especial como lo establece el artículo 149 de la Constitución Política peruana, y no habría necesidad de discutir el contenido de los Derechos Fundamentales en forma paternalista como se viene haciendo.

4. El derecho fundamental a la diferencia

Los comentarios anteriores nos llevan a considerar que el artículo 149 de la Constitución Política del Perú regula a comunidades y sociedades diferentes a la denominada “sociedad mayor” o “sociedad occidentalizada”. Esta diferencia tiene tácita en nuestra opinión una distinta concepción de los Derechos Humanos o derechos fundamentales de la persona, que a veces se cruza, otras veces se opone o contradice desde las comunidades mencionadas hacia la “sociedad mayor” u “occidentalizada”, y viceversa.

El fundamento normativo de esta diferencia se encuentra en otro artículo constitucional y en tratados internacionales suscritos y ratificados por los gobiernos. El artículo constitucional es el artículo 2, inciso 19, de la misma Constitución Política del Perú, que regula el derecho a la identidad étnica y cultural:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.

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”.

El artículo citado describe el derecho fundamental a la diferencia cultural que tiene todo ser humano. Nótese que se trata de un derecho fundamental que parte de colectivos étnicos o culturales, en los que los individuos somos partes. Bajo tal supuesto, toda persona que se integra a Comunidades Andinas o Amazónicas, con idiomas, costumbres y conceptos de vida diferentes, tiene todo el derecho de aplicar y hacer valer su identidad cultural frente a otros grupos o sociedades, como el de la “sociedad mayor” u “occidentalizada” en el Perú.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), denominado “sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, y la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros tratados y documentos internacionales, confirman el reconocimiento de esa particularidad y diferencia. Sistematizando el citado artículo constitucional y los tratados referidos, con

mucha rigurosidad- por el inmigrante involucrado (o persona involucrada) mientras sus juzgadores -por tratarse de materia penal- pertenecen a la autoridad central, esto es el juez penal del poder judicial estatal”. PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino*. Bogotá: ILSA, 2004. p. 78.

(14) Los artículos 44 y 45 del Código Penal Peruano de 1924, vigente hasta el año 1991, regulaba la situación penal de los miembros de estas comunidades en esos términos. Así, el artículo 44 se refería a los “delitos perpetrados por salvajes” y el artículo 45 se refería a “delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por el alcohol y la servidumbre”. Véase HURTADO POZO, José. S/F. *Las diferencias etnoculturales de la población en el Código Penal de 1924*. Disponible en web: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/leyimp/liet.pdf>, visitado el 19/05/08.

Antonio Peña Jumpa

el artículo 149 de la misma Constitución Política peruana, tenemos la confirmación de una concepción plural de los derechos humanos o fundamentales de la persona. Las Comunidades Andinas y Amazónicas comparten una concepción de derechos humanos diferentes a la que identifica a la “sociedad mayor” u “occidentalizada” del mismo país, como esta misma “sociedad mayor” u “occidentalizada” comparte una concepción diferente de Derechos Humanos que la de los ciudadanos germanos o belgas.

Bajo esta perspectiva, el tema del límite de los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona, objeto central del presente artículo, conduce a afirmar que tal límite debe ser analizado y reflexionado teniendo en cuenta el citado derecho a la identidad étnica y cultural. Aplicando entonces, sistemáticamente, el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, y el artículo 2, inciso 19, de ella concordado con tratados internacionales, tenemos el siguiente efecto:

a) Sólo cabe hablar de los límites de los derechos fundamentales sustantivos, a partir de un reconocimiento previo de la pluralidad étnica y cultural del Perú.

b) Igualmente, sólo cabe hablar de los Derechos Fundamentales Adjetivos o Procedimentales, a partir de un reconocimiento previo de la pluralidad étnica y cultural del Perú.

Ello significa que los valores o principios básicos como la vida, la libertad individual y la propiedad, al igual que los valores o principios que garantizan tales conceptos, como el derecho a la defensa, al acceso a la justicia, a no ser condenado en ausencia -así como el derecho a la educación, salud, trabajo, etcétera- deben ser apreciados a la luz de la diversidad o pluralidad de grupos étnicos o culturales que identifican al territorio del país, como es el caso del Perú. En esta diversidad, ciertamente se encuentran las Comunidades Andinas y Amazónicas.

Al reconocerse los sistemas de resolución de conflictos de las Comunidades Andinas y Amazónicas como una jurisdicción diferente a la ordinaria (artículo 149 de la Constitución Política del Perú) y al regularse como parte del mismo cuerpo fundamental de normas el Derecho a la pluralidad étnica y cultural de toda persona (Artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Perú), se ha constituido una consideración especial de los derechos fundamentales. Si no existiese pluralidad o diversidad étnica y cultural en el Perú, no hubiere sido necesario ocuparnos de la presente discusión y no habría sido necesario la propia regulación del artículo 149 de la Constitución Política del Perú. No obstante, al existir tal diversidad (o pluralidad) y al reconocerse esta en la Constitución Política y en los tratados internacionales, es necesario reflexionar sobre los derechos fundamentales de la persona en ese sentido.

Esta apreciación nos lleva a afirmar que las autoridades o miembros de las Comunidades Andinas o Amazónicas pueden resolver sus conflictos dentro de un amplio margen de lo que significan sus valores o principios sustantivos y adjetivos. Muchos trabajos de investigación, pero aun otros pendientes de iniciarse y muy necesarios, pueden mostrar el amplio ámbito en el que se desenvuelven las autoridades o miembros de las Comunidades Andinas y Amazónicas del Perú y otros países latinoamericanos, en la mayoría de los casos sin conocer necesariamente de la vigencia de las normas constitucionales⁽¹⁵⁾.

(15) Véase, por ejemplo, los siguientes trabajos: DESCO. *Justicia fuera del aparato formal. Estudio por convenio con la Comisión Reformadora Judicial*. Lima: DESCO, 1977. No publicado; BALLÓN, Francisco. *Etnia y represión penal*. Lima: CIPA, 1980; BALLÓN, Francisco. *Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo*. En: STAVENHAGEN, R. y D. ITURRALDE (editores). *Entre la Ley, la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990. pp. 117-138; BRANDT, Hans-Jurgen. *Justicia Popular: nativos y campesinos*. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1986; PRICE, Jorge y Ana Teresa REVILLA. *La administración de justicia informal. Posibilidades de integración*. Lima: Fundación Bustamante de la Fuente, 1992; PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en las Comunidades Aymaras de Puno: el caso de Calahuyo*. Tesis de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*.

5. Los derechos fundamentales plurales y sus límites

Siguiendo el razonamiento anterior, podemos ir concluyendo que en el Perú, como ocurre en todos los países del mundo, nos encontramos con un conjunto de concepciones de vida, de libertad, de propiedad, de defensa, entre otros. Cada uno de estos valores o principios ha sido construido o continúa siendo construido de manera diferente por cada grupo étnico o cultural. Ahora, establecer límites a esa diversidad de concepciones de los derechos fundamentales de la persona resulta -creemos- una tarea muy difícil y hasta imposible. La posible evaluación de que algo es “injusto” o “violatorio de derechos fundamentales” de la persona dependerá de la situación y perspectiva en la que nos ubiquemos. Así, podemos identificar al menos cuatro diferentes situaciones en las que tal apreciación de lo injusto o violatorio de los derechos fundamentales se torna objetivo:

- 1) Si evaluamos un hecho X ocurrido en nuestro grupo social o cultural como injusto o violatorio de los derechos fundamentales desde la perspectiva de nuestro propio grupo social o cultural.
- 2) Si evaluamos un hecho Y ocurrido en otro grupo social o cultural como injusto o violatorio de los derechos fundamentales desde la perspectiva de nuestro grupo social o cultural.

- 3) Si evaluamos un hecho Y ocurrido en otro grupo social o cultural como injusto o violatorio de los derechos fundamentales desde la perspectiva del mismo grupo social o cultural en que se cometió el hecho, suspendiendo la evaluación desde la perspectiva de nuestro grupo social o cultural.
- 4) Si evaluamos un hecho X ocurrido en nuestro grupo social o cultural como injusto o violatorio de los derechos fundamentales desde la perspectiva de miembros de otros grupos sociales o culturales, dejándose en suspenso la evaluación desde la perspectiva de nuestro grupo social o cultural.

De las cuatro ubicaciones y aplicaciones de perspectivas, dos se presentan como aparentemente correctas, mientras otras dos son incorrectas. 1 y 3 parecen correctos en tanto 2 y 4 son incorrectas. Estas últimas, casos 2 y 4, son incorrectas en tanto no se guarda coherencia con el derecho fundamental del respeto a la identidad étnica o cultural, lo que sí ocurre aparentemente en los otros casos, 1 y 3. Sin embargo, en el caso 3, en el que se

Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998; PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería y Liga Agraria de Huancané*. Tesis de Maestría con mención en Antropología. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001; PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino*. Bogotá: ILSA, 2004; ARDITO VEGA, Wilfredo. *El sistema jurídico de las misiones Jesuitas de Maynas*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; URTEAGA CROVETTO, Patricia. *El sistema jurídico y su relación con la cultura nativa*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Las Rondas Campesinas de Cajamarca-Perú: una aproximación desde la antropología jurídica*. Tesis de licenciatura en Derecho Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993; YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana: alcances, límites, consecuencias y retos*. En: *Desfaciendo Entuertos*. Número 3-4, octubre de 1994. pp. 19-26; ARANDA ESCALANTE, Mirva. *La jurisdicción especial de las Comunidades Campesinas en el Departamento del Cuzco*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002; PROJUR. *Primeras Pistas para conocer las necesidades de justicia en el ámbito rural de Chota y San Marcos-Cajamarca*. Lima: PROJUR, 2007; FRANCO, Rocío y Hans JURGEN BRANDT. *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El tratamiento de conflictos. Un estudio de Actas en 133 comunidades*. Lima: IDL, 2007; ACEVEDO, Ángela y Paula MUÑOZ. *La Justicia Local en Chota y San Marcos, Cajamarca*. Cajamarca: PROJUR, 2007; RAMIREZ SALAZAR, Reyder Henry. *Justicia Ordinaria y Justicia Comunal en Andahuaylas, Apurímac*. Lima: Consorcio PROJUR, 2007, entre otros.

Antonio Peña Jumba

evaluaría un hecho Y, ocurrido en otro grupo social o cultural, como injusto o violatorio de derechos fundamentales desde la perspectiva de ese grupo social o cultural, nos tropezamos con un obstáculo de ejecución pero fundamental del cómo hacerlo: qué tanto nos podemos desprender de la perspectiva de nuestro propio grupo social o cultural para introducirnos a la perspectiva del otro grupo social o cultural y juzgarlos. Creemos que ello también es una tarea difícil -si no imposible-, en tanto nuestra apariencia no puede reemplazar el ser parte del grupo social o cultural como tal: la carga subjetiva construida en años no puede ser reemplazada o suspendida por un momento de nuestras vidas. Más aún, si el caso es complejo o en extremo culturalmente diferente es difícil dejar la formación subjetiva de valores, principios, etcétera, de la perspectiva de nuestro grupo social para juzgar a otros. Al final, solo en el caso 1 se presenta como el más próximo a ser contemplado como correcto.

Entonces, establecer límites sobre la base de los derechos fundamentales dependerá de la perspectiva y situación que se asuma o se ubique. Por lo pronto, la regla más simple es tener presente que es muy difícil -hasta contradictorio- llegar a juzgar y sancionar a alguien por injusto o transgresor de los derechos fundamentales de la persona, desde la perspectiva de un grupo social o étnico diferente. Sólo los miembros de un determinado grupo étnico o cultural pueden afirmar válidamente que determinado acto es contrario al derecho a la vida del grupo. Resulta difícil, por no decir imposible, que otro grupo étnico o cultural, por más “desarrollado” o “moderno” que se considere, juzgue y sancione el mencionado acto de un grupo étnico o cultural diferente. En este análisis, habría que excluir aquellos grupos étnicos o culturales gobernados provisionalmente por dictadores que unilateralmente establecen el significado y juzgamiento de los derechos fundamentales. El caso de las Comunidades Andinas y Amazónicas ciertamente no es parte de esta excepción, en tanto históricamente no se gobiernan por dictadores y su identidad étnica y cultural se ha construido históricamente.

6. A manera de conclusión: ¿Qué hacer desde un grupo social o cultural diferente para cambiar o evitar aquellas prácticas de otros grupos sociales o culturales que consideramos injustos o

violatorios de derechos fundamentales?

Antes de responder a la pregunta, creemos, como lo hemos señalado, que una sociedad A, por el hecho de estar en mejor situación económica o “desarrollada” y organizada con ejércitos o Fuerzas Públicas que otra sociedad B, no se encuentra facultada a juzgar y sancionar (menos a reglamentar) o evaluar válidamente un hecho de esta segunda sociedad que considere contrario a su concepción de los derechos fundamentales. Si bien la sociedad A, como toda sociedad, tiene el derecho y la disposición de criticar el hecho o acto que considera injusto o violatorio de derechos fundamentales en su concepción, no puede llegar a juzgarlos.

Esto significa que el artículo 149 de la Constitución Política tiene que entenderse dentro de esos términos. El límite de los derechos fundamentales a la Justicia Comunal o “jurisdicción especial indígena” se encuentra en la concepción del mismo grupo social o comunal que practica la Justicia Comunal; caso contrario incurriríamos en las erradas apreciaciones que hemos comentando. Partiendo de este supuesto que resume los argumentos anteriores, en caso de que se quiera cambiar o evitar, desde un grupo social o cultural como el nuestro, aquellas prácticas contrarias a los derechos fundamentales de la persona que resultan comunes en la práctica de un grupo social o cultural diferente, se tienen que considerar varios aspectos.

Primero, lo que corresponde hacer o tomar es una actitud de comprensión de ese hecho o acto considerado contrario a los derechos fundamentales de la persona en la perspectiva del grupo en el que nos ubicamos.

Segundo, cabe hacer una evaluación o, mejor, una investigación sobre por qué tal hecho o

acto es “malo” en nuestra concepción, y por qué puede ser considerado “bueno” en la concepción de los miembros del grupo social o cultural diferente.

Tercero, iniciar una campaña de demostración por la cual sometemos nuestra concepción de derechos fundamentales a la concepción de derechos fundamentales de los miembros de grupos social o cultural diferentes. Cabe demostrar por qué nuestra concepción de derechos fundamentales es “mejor” o hace posible una “mejor convivencia” respecto a la concepción de derechos fundamentales de los miembros del grupo social o cultural diferente.

El resultado de esta campaña sería la síntesis de la confrontación de dos concepciones diferentes. Aquí los resultados pueden ser variados. Puede ocurrir el éxito de nuestra concepción, puede ocurrir el mediano éxito, o puede ocurrir que los miembros del grupo social o cultural diferente obtengan el éxito o mediano éxito. Al final, es un aprendizaje mutuo que conecta lo que se ha venido llamando en los últimos años “interculturalidad”, pero esta vez aplicado a los derechos fundamentales de la persona. Lo contrario sería recurrir a una actitud represiva que es lo que desde épocas coloniales se ha venido haciendo.

Así, llegar a juzgar y sancionar una pareja de “recién casados” en *servinakuy* o *serviciña* de una comunidad andina o el matrimonio semejante en una comunidad amazónica, donde una menor de edad se une sin cumplir con las formalidades del Código Civil, con una persona mayor de edad (considerado delito de violación por las normas penales), sería inconstitucional. Tan inconstitucional como atrevernos a juzgar y sancionar el matrimonio heterosexual de dos adultos en la denominada sociedad “mayor”. En el mismo sentido, llegar a juzgar por considerar contrario a la libertad e integridad física la decisión de una comunidad que luego de investigar delitos de abigeato llega a azotar a los que considera culpables, resulta contrario al mismo criterio constitucional antes fundamentado al contradecir el derecho a la identidad étnica o cultural de dicho grupo social.

En un contexto en el que el Estado tiene, como en el caso peruano, una presencia limitada en su sociedad plural (aquí están involucrados el Gobierno Central y Regional principalmente), donde la integración de los distintos grupos humanos continúa siendo un desafío, y en el que se promueve la riqueza bioecológica de su territorio sin respetarlo en la práctica, es conveniente pensar en nuevas soluciones frente a casos como los planteados. Es necesario ser lo más tolerante posible para alcanzar un alto grado de comprensión de tal contexto y promover el respeto de su diversidad, aplicando criterios o técnicas flexibles y creativas que ayuden a convencer o convencernos de que la concepción de los derechos fundamentales puede cambiar en nuestros respectivos grupos humanos.



**ABOGADO
DOCTOR EN DERECHO**

Av. Aramburú 810 Surquillo
☎ 441-9350 / 441-4178 / 422-0193 Fax: 422-0193
e-mail: nleyton@notarialeyton.com

UNIDAD I: MARCO JURÍDICO Y PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS Y ORDINARIO

PEÑA JUMPA, Antonio (2013): “La jurisdicción especial de las Comunidades Campesinas y Nativas en la Constitución Política del Perú. Análisis exegético del artículo 149 de la Constitución”. En: *Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*, Lima: IDEMSA.

LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL ARTÍCULO 149º DE LA CONSTITUCIÓN

Antonio Peña Jumpa¹

I. Referencia Normativa

ARTÍCULO 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.

CONCORDANCIAS

Constitución Política: Artículo 2, inciso 2, inciso 16, inciso 17, inciso 19, inciso 20, inciso 22. Artículo 3. Artículo 17. Artículo 48. Artículo 70. Artículo 88. Artículo 89. Artículo 152. Artículo 191. Cuarta Disposición Final.

Convenio 169 de la Organización del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989. Ratificada por el Perú el 2 de Febrero de 1994 (ratificación del Congreso mediante Resolución Legislativa Nro. 26253, publicado el 5 de Diciembre de 1993), en vigor, de acuerdo al convenio, a un año de su ratificación.

Código Civil: Artículos 134, 135, 136, 137, 138, 139, 2024.

Código Penal: Artículos 15, 45.

Código Procesal Penal: Artículo 18.

LEGISLACIÓN ESPECIAL:

- Comunidades Campesinas: Ley 24656, Ley 24657, Ley 25891, Ley 26505, Ley 26570, Ley 27887. D.S. 37-70-AG

¹ Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Abogado, Master en Ciencias Sociales, *PhD. in Laws.*

- Comunidades Nativas: D. Ley 20653, D. Ley 21175, Ley 25891, Ley 26505, Ley 26570, Ley 27887.

ANTECEDENTES y CONCORDANCIA CON CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

Constitución de Colombia 1991

Constituciones de Ecuador 1998 y 2008

Constituciones de Bolivia 1994 y 2009

Constitución de Venezuela 1999

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. Reconocimiento constitucional

Por error de técnica, si bien en el artículo 139 de la Constitución se señala que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”, en puridad, como el propio texto fundamental lo reconoce, asistemática, pero expresamente, existen otras jurisdicciones especiales; a saber: (...) la de las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149).

(Exp. Nº 00023-2003-AI, 09/06/04, P, FJ. 20)

Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. No vulneración del principio de igualdad ante la ley

[E]l reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, (...) de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

(Exp. Nº 06167-2005-PHC, 28/02/06, P, FJ. 7)

II. Análisis de la Norma

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 149º de la Constitución Política del Perú regula la jurisdicción especial de las Comunidades Campesinas o Comunidades Andinas, y de las Comunidades Nativas o Comunidades Amazónicas. Es una regulación novedosa en nuestra historia constitucional, con antecedentes en la Constitución Política de Colombia (1991), y regulado posteriormente también en las Constituciones de Bolivia (1994 y 2009), Ecuador (1998 y 2008) y Venezuela (1999). Con esta regulación se reconoce con rango constitucional la práctica de justicia que, desde miles de años atrás, identificó a las primeras Comunidades Andinas y Amazónicas que se desarrollaron en nuestro territorio.

El reconocimiento constitucional de esta jurisdicción especial, también llamada “Justicia Comunal” o “Justicia Comunitaria”, a su vez, confirma la existencia de un Pluralismo Jurídico en el Perú. Esto significa que en nuestro país no solo existe un sistema jurídico o judicial, sino que además pueden identificarse una pluralidad de sistemas jurídicos relacionados a las Comunidades Andinas y Amazónicas que coexisten dentro del mismo territorio.² Dentro de este Pluralismo Jurídica por lo menos dos grandes grupos de comunidades con sus respectivos sistemas jurídicos podemos identificar en los Andes: los quechuas y las Aymaras. Pero, entre estas comunidades y al lado de éstas existe una diversidad adicional de Comunidades Andinas que en diversos grados y formas mantienen su identidad Quechua o Aymara. Igualmente, en nuestra Amazonía podemos identificar cuando menos 47 grupos de comunidades, con sus respectivos sistemas jurídicos. Pero también, al lado de éstas se suman otra diversidad, entre comunidades en aislamiento voluntario y “aculturadas”. El conjunto de estas Comunidades Andinas y Amazónicas con sus respectivos sistemas jurídicos, en interacción con el sistema jurídico del Estado configuran ese pluralismo jurídico en el Perú y, recíprocamente, consolida la jurisdicción especial de dichas Comunidades.

¿Cómo se presenta esta coexistencia de sistemas jurídicos, sistemas de justicia o jurisdicciones especiales en nuestro país y cómo debe desarrollarse en el futuro? Es la pregunta principal que está tras el contenido del artículo 149º de la Constitución Peruana. Pero, una respuesta directa relacionada con esta norma constitucional exige que enfoquemos el análisis en el concepto de jurisdicción especial que aparece como central en la misma norma.

² El concepto de Pluralismo Jurídico ha sido analizado teórica y empíricamente desde siglos pasados a través de estudios pioneros en sociología y antropología jurídica como los de Maine (1861), Morgan (1877), Barton (1919), Gutmann (1926) y Malinowski (1926). Años posteriores hubo una producción académica más específica donde destacan los trabajos de Ehrlich (1936), Shapera (1938), Llewellyn y Hoebel (1941), Hoebel (1954), Gluckman (1955), Bohannan (1957), Pospisil (1958) y Gulliver (1963). En años siguientes destacaron los trabajos de S.F. Moore (1978), Griffiths (1986), Merry (1988), Nader (1990 [1965]), Santos (1995 [1977]), entre otros.

Pero, también se discute si esta jurisdicción especial o justicia comunal goza de las mismas potestades de la jurisdicción o *jurisdictio* del poder judicial: poder de interpretar, poder de decisión o ejecución y autoridad de cosa juzgada (no decidir doblemente) (Duverger, 1970). Por lo general se aceptan las dos primeras potestades, el poder de interpretar y el poder de ejecución en las materias que les corresponde, pero no se acepta la tercera de ellas, la de la autoridad de cosa juzgada. Esta exclusión o limitación de la jurisdicción comunal encuentra su justificación en la necesidad del Estado de reservarse determinados conflictos relacionados a la seguridad del Estado, como los de tráfico ilícito de armas y tráfico ilícito de drogas, o también aquellos casos que atentaría contra los Derechos Fundamentales conforme a los límites que se interpretan de la propia Constitución. Sin embargo, en un estudio precedente (Peña 2000, 2004), aplicado a las Comunidades Aymaras de Puno, hemos tenido la oportunidad de demostrar que las tres potestades del concepto de Jurisdicción se encuentran presentes en las Comunidades y que tal hecho no entra en contradicción con las funciones jurisdiccionales de las autoridades del Estado. Por el contrario, un reconocimiento pleno de esa jurisdicción ha convenido a las autoridades del Estado en tanto ha descongestionado la labor de los juzgados y ha colaborado en la resolución de muchos conflictos difíciles para las propias autoridades del Estado (incluyendo casos de homicidios), sin que necesariamente entren en conflicto con éstas.

A continuación trataremos de explicar esta jurisdicción especial de las Comunidades Campesinas o Andinas, y de las Comunidades Nativas o Amazónicas, distinguiendo 6 aspectos de la norma objeto de análisis:

- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas.
- El “apoyo” de las Rondas Campesinas.
- El ámbito territorial de la función jurisdiccional.
- El Derecho Consuetudinario.
- El límite de los Derechos Fundamentales.
- Las formas de coordinación con la Justicia de Paz y la Justicia Profesional.

El desarrollo de estos 6 aspectos se hará de modo general, a manera del planteamiento de los temas, haciendo presente que hay trabajos o investigaciones que los han desarrollado en detalle (ver doctrina citada), o que pueden ser objeto de un análisis profundo en trabajos futuros.

2. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas

Para tratar el tema de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas es importante comprender previamente los temas de Comunidad Campesina y Comunidad Nativa (ver comentarios al Artículo 89º de la Constitución). Si partimos de la afirmación que ambos tipos de Comunidades o grupos de Comunidades, las Campesinas y las Nativas, son una diversidad, podemos comprender que sus autoridades también lo son. En ambos grupos de Comunidades se comparten diversas organizaciones y diversas prácticas culturales, dependiendo de sus antecedentes históricos y dependiendo de su ubicación en los diversos pisos ecológicos del territorio de nuestro país, lo que nos lleva a constatar la existencia de diversas autoridades o autoridades con las mismas denominaciones pero con diversas atribuciones.

En las Comunidades Campesinas o Andinas, por ejemplo, destacan dos tipos de autoridades. El Presidente de la Comunidad y el Teniente Gobernador. El Presidente de la Comunidad es elegido al lado de su Cuerpo Directivo, cada cierto período de tiempo y en forma rotativa, a través del voto del conjunto de comuneros. El Teniente Gobernador también es elegido periódicamente y en forma rotativa, aunque sus “alguaciles” o “comisarios” que lo acompañan no son objeto de elección normalmente. En muchas comunidades también existen las denominadas autoridades tradicionales, como el varayoc o el Curaca.

En las Comunidades Nativas o Amazónicas, de otro lado, hay un Presidente y su Directiva Comunal elegido también periódicamente y en forma rotativa. La autoridad del Teniente Gobernador, en cambio, no es común como los cargos de las autoridades tradicionales que a la fecha se mantienen. Así, en tales comunidades la autoridad que destaca es la del Apu o Jefe o Curaca que se legitima por el predominio de cierta “casta” o familias extendidas en cada comunidad.

Las autoridades mencionadas en ambos grupos de comunidades son las que intervienen en la resolución de los conflictos más importantes. Pero a ellas, hay que sumar las autoridades u órganos de resolución de conflictos familiares, como el padrino, los ancianos, el familiar mayor, entre otros, orientados a la resolución de conflictos de tipo más familiar o “privado”. Adicionalmente, se suman las autoridades de los Jueces de Paz no Letrados, cuando están ubicados dentro de la misma comunidad.

Es necesario tener en cuenta que existen Comunidades Campesinas o Andinas, y Comunidades Nativas o Amazónicas que pueden estar reconocidas y no-reconocidas formalmente. Ambas se encuentran amparadas constitucionalmente (ver comentarios al Artículo 89º). Las autoridades mencionadas anteriormente operan normalmente en las denominadas comunidades reconocidas,

pero también puede ocurrir que se extiendan en las Comunidades no-reconocidas. Sin embargo, en estas últimas es normal que existan otras autoridades o que las que operan desde las Comunidades reconocidas tengan otras atribuciones. Así, en muchas de estas comunidades no-reconocidas, como las parcialidades, los caseríos, anexos, centros poblados, destaca el Teniente Gobernador, el Alcalde “menor” o el Apu o jefe como autoridades máximas. En otras, como las Rondas Campesinas, destaca su propia Directiva dirigida por un Presidente de Ronda.

El conjunto de las autoridades comunales mencionados, sea para Comunidades reconocidas o no-reconocidas formalmente, intervienen en la resolución de conflictos. Su intervención se desarrolla dentro de los procesos o procedimientos que involucra cada caso, y donde su actuación se ve delimitada dependiendo de la naturaleza del conflicto. Si el caso es de tipo familiar, o involucra o afecta el interés familiar, la actuación de la autoridad comunal es complementaria al de otros órganos de resolución como la de los propios familiares. Si el conflicto es de tipo comunal, o involucra o afecta el interés del conjunto de comuneros o la comunidad, entonces la actuación de la autoridad comunal es inmediata pero normalmente preliminar. En estos últimos casos la autoridad comunal es llamada a efectuar la labor de investigación y, en su oportunidad, somete el caso a un órgano o autoridad superior: la Asamblea Comunal.

La Asamblea Comunal, entonces, se suma como autoridad máxima en las Comunidades Andinas y Amazónicas. Esta es la que propiamente legitima a las autoridades comunales al permitir su elección y establecer las reglas de sucesión de las mismas. Pero, lo más importante, es que cumple el rol de ser la última instancia de resolución de conflictos.

3. El “apoyo” de las Rondas Campesinas.

En el análisis del artículo 149º de la Constitución Política, en la parte que se refiere a Rondas Campesinas, cabe distinguir previamente los tipos o modelos de Rondas que podemos sintetizar en dos: las Rondas Campesinas “autónomas” y las Rondas Campesinas que son partes de Comunidades Campesinas o Andinas o de comunidades Nativas o Amazónicas.³ Las primeras se constituyen como organizaciones sólidas, de tipo más corporativo o militar, dirigidas en forma autónoma por un Presidente y su Cuerpo Directivo, que a su vez actúan a través de pequeñas unidades o pequeños grupos de personas que rondan un determinado lugar para cuidar sus pertenencias, particularmente el ganado, frente a los ladrones “grandes” o bandas y los ladrones “chicos”. Las

³ Adicionalmente se puede mencionar el caso de las “rondas paramilitares”, creadas o promocionadas en la década de los años 80 con el fin que, acompañando a las Fuerzas Armadas, hagan frente a los grupos subversivos. Este tipo de Rondas se han desactivado y en principio no fueron contemplados dentro del artículo constitucional. Sin embargo, ello no excluye que dependiendo de su naturaleza y el caso concreto se integren a los tipos arriba mencionados.

segundas son también organizaciones sólidas, con cierto carácter corporativo o militar, integrada por un Cuerpo Directivo a cargo de su Presidente o Jefe de Ronda y por grupos de ronderos, pero cuyas decisiones se encuentran subordinadas o son coordinadas con el Presidente el Apu o Jefe y/o el Teniente Gobernador de la Comunidad.

El primer grupo de Rondas, las denominadas “autónomas”, las podemos encontrar en determinadas regiones, siendo la Región de Cajamarca el lugar de su gestación y desarrollo. En esta región las Rondas Campesinas autónomas se consolidaron desde la década de los años 70, y han pasado a conformar organizaciones o Federaciones a nivel distrital, provincial, regional y hasta nacional. Estas Rondas se han gestado sobre la base de Comunidades Andinas o Amazónicas no-reconocidas, identificados como caseríos, anexos o centros poblados. Ante la falta de organización y el aumento de robos en estos caseríos, anexos o centros poblados, las Rondas Campesinas se erigieron como la gran alternativa de control y orden.

El segundo grupo de Rondas Campesinas, las que podemos denominar Rondas “dependientes”, se constituyeron en forma complementaria a las Comunidades Andinas y Amazónicas que se encuentran reconocidas formalmente y cuentan en sí con una sólida organización. Las regiones de Piura, Cusco, Puno, Amazonas, San Martín, entre otras, son el lugar donde más se les puede ubicar, dada la fortaleza organizativa de sus comunidades y su necesidad de cuidar sus pertenencias. En muchos casos, la conformación de estas Rondas Campesinas es temporal, dado que solo surgen cuando se eleva el número de robos o, por problemas coyunturales, aparece la necesidad de un mayor control y orden.

Una interpretación literal de la norma constitucional objeto de análisis, sostiene que cuando se regula “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas...”, se refiere solo al segundo grupo de Rondas Campesinas antes definidas, aquella dependientes de la organización comunal reconocida. Sin embargo, una interpretación sistemática de la Constitución y del Convenio Internacional 169 de la Organización del Trabajo (OIT), aunada a una interpretación socio-antropológica del derecho, orientaría a considerar que los dos grupos de Rondas Campesinas están incluidas en la norma constitucional. La explicación de esta última interpretación encuentra su fundamento en la pre-existencia de la diversidad de comunidades, donde se incluyen los caseríos, anexos, centros poblados, parcialidades, en los que han emergido y pueden seguir emergiendo las Rondas Campesinas autónomas (ver comentario de artículo 89º de la Constitución). Es decir, la expresión “con el apoyo de las Rondas Campesinas” puede aplicarse también al caso de las Rondas autónomas que brindan su apoyo en caseríos, anexos y centros poblados, entre otros, identificados como Comunidades no reconocidas.

Pero también cabe tener presente como fundamento de esta segunda interpretación la necesidad y legitimidad de actuación de dichas Rondas Campesinas ante la ausencia o ineficacia de las autoridades jurisdiccionales y policiales del Estado. Esta necesidad y legitimidad social ha llevado a que las Rondas Campesinas autónomas sean reconocidas legal y jurisdiccionalmente por las autoridades del Estado. Legalmente las Rondas Campesinas autónomas fueron reconocidas el 7 de Noviembre de 1986, mediante Ley Nro. 24571. Posteriormente, esta ley fue modificada por otra que les otorgó mayor autonomía, la Ley Nro. 27908 del 17 de Diciembre del 2002. De otro lado, jurisdiccionalmente la actuación de las Rondas Campesinas autónomas ha sido reconocida y aceptada en varias Resoluciones de la Corte Suprema del Poder Judicial. Pero el reconocimiento jurisprudencial mayor se ha dado en el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema del Poder Judicial Nro. 1-2009/CJ-116, sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal, del 13 de Noviembre del año 2009. Con estas leyes y jurisprudencia se construye una constitucionalidad material sobre el tema que confirma la interpretación sistemática anteriormente destacada.

4. El ámbito territorial de su función jurisdiccional.

La norma constitucional objeto de análisis señala “[Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas....] pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial”, lo que nos lleva a plantear como pregunta principal ¿Cuál es el ámbito territorial de esa función jurisdiccional especial?

Son dos los conceptos centrales que brota de la pregunta: función jurisdiccional y ámbito territorial. El primero con una mayor desarrollo teórico y el segundo con una mayor explicación práctica. Tratemos de definir ambos, buscando una respuesta para la experiencia de las Comunidades Andinas y Amazónicas.

El concepto de función jurisdiccional ante todo significa poder, siguiendo a Duverger (1970) y a Couture (1958). Se trata del poder de una entidad o autoridad para resolver conflictos. Este poder comprende tres potestades o poderes específicos según el mismo Duverger (1970): el poder de interpretar el derecho, el poder de decisión o ejecutorio, y la autoridad de cosa juzgada (Ibid). Los procesos o procedimientos que aplican o desarrollan las autoridades de las Comunidades Andinas y Amazónicas, con el fin de resolver conflictos, incluyen esas tres potestades o poderes específicos. Sin embargo, la manera cómo lo ponen en práctica es diferente al de las autoridades judiciales profesionales. Por ejemplo, el poder de interpretación no es arbitrario o solo dependiente de una autoridad. Por lo general la autoridad conversa con la parte en litigio, o la asamblea escucha al conjunto de sus miembros antes de tomar una decisión. El poder ejecutorio, de otro lado, es muy práctico en las comunidades. Luego de tomar la decisión, las partes en conflicto y/o el conjunto de comuneros involucrados en el conflicto, deciden ejecutar inmediatamente la decisión, guiados por

la amenaza de una sanción mayor en caso se incumpla dicha decisión. Por último, la autoridad de cosa juzgada no es absoluta en los procesos o procedimientos de resolución de las comunidades. Si las autoridades encuentran nuevas pruebas del conflicto o algún comunero lo somete a la Asamblea Comunal, el caso previo puede ser revisado. Asimismo, puede ocurrir que la Asamblea revise el acuerdo “injusto” realizado por las autoridades o puede cambiar su previo acuerdo por alcanzar “una mejor justicia” sobre el caso.

El concepto de ámbito territorial, de otra parte, es menos teórico y, dado los efectos de su extensión material, puede ser más discutible en la aplicación de la función jurisdiccional de las Comunidades Andinas y Amazónicas. Una definición general de ámbito territorial corresponde a aquel espacio físico delimitado o determinado dentro de un territorio. En el caso de las Comunidades Andinas y Amazónicas, el ámbito territorial sería el espacio físico delimitado dentro de su territorio para su actuación jurisdiccional o para su competencia. Pero, ¿Cuál es este territorio en las Comunidades Andinas y Amazónicas? Una primera respuesta sería el territorio que tiene una Comunidad Andina o Amazónica reconocido ante las autoridades del Estado y/o ante las Comunidades vecinas. Una segunda respuesta sería el territorio en el que interactúan regularmente los miembros de la Comunidad Andina o Amazónica más allá del territorio reconocido solo formalmente.

Bajo la primera respuesta, todos los conflictos que se susciten dentro del territorio reconocido de la Comunidad son de competencia de sus autoridades comunales. Pero si el conflicto se suscita en el mercado del pueblo cercano a la misma comunidad, ésta perdería su competencia por más que el conflicto tenga sus causas en la Comunidad, por ejemplo en los bienes de una familia de la Comunidad, y las partes del conflicto sean de la Comunidad.

Bajo la segunda respuesta, en cambio, si es posible que las autoridades de la Comunidad involucrada asuman la competencia del conflicto suscitado en el mercado del pueblo donde regularmente interactúa sus comuneros. En tal caso, el concepto de ámbito territorial se extiende a las zonas de dominio en la que participan regularmente los miembros de una comunidad, más aún teniendo en cuenta que el origen del conflicto puede encontrarse en la propiedad o los intereses que tienen las partes del conflicto en su propia Comunidad.

El problema de esta segunda definición, que aparece como la más apropiada, consiste en fijar los límites del ámbito territorial de cada comunidad. Si tenemos a dos comuneros Aymaras de Puno en pleito por “daños corporales” o lesiones graves suscitada como consecuencia de una riña en la ciudad de Arequipa pero que tiene su origen en los límites de un terreno de su Comunidad ¿Resultarían competentes las autoridades de las Comunidad? Teniendo en cuenta la migración frecuente de los Aymaras a Arequipa, pero, sobre todo, porque el conflicto se refiere a los límites

de los terrenos ubicados en la Comunidad, no cabría duda que quienes mejor pueden resolver el pleito serían las autoridades de la Comunidad. Pero, si el conflicto se refiere a cuestiones familiares, como la demanda de alimentos a favor de un niño, hijo de una pareja de convivientes migrantes en Arequipa, ¿Resultarían igualmente competentes las autoridades de la Comunidad? Si la pareja de convivientes vive con cierta permanencia en Arequipa, donde se puede exigir el pago de los alimentos, y teniendo en cuenta las necesidades del alimentista el caso corresponde ser resuelto por las autoridades jurisdiccionales de Arequipa.

Cabe tener presente que hay casos en los que al ámbito territorial de una Comunidad puede ser entendido en forma práctica o sencilla. Para ello los magistrados profesionales particularmente deben conocer el territorio en el que laboran. Pero hay otros casos en los que es difícil fijar ese ámbito territorial. En estos supuestos, la coordinación entre autoridades jurisdiccionales se presentará como la mejor solución.

5. El Derecho Consuetudinario.

Dogmáticamente el concepto de Derecho Consuetudinario se refiere a un conjunto de normas, principios y procedimientos que bajo un largo período de tiempo ponen en práctica regularmente los miembros de un grupo social. De dicho concepto, tres elementos particulares destacan: 1) el largo periodo de tiempo en que se aplica ese derecho; 2) las prácticas constantes en la aplicación de ese derecho; 3) la consciente aceptación en los miembros del grupo social para la aplicación de ese derecho.

El derecho o conjunto de normas, principios y procedimientos que aplican las Comunidades Campesinas o Andinas, y las Comunidades Nativas o Amazónicas, está relacionado con esos tres elementos destacados. Normas, principios y procedimientos puede apreciarse en cada conflicto que los comuneros o sus autoridades intervienen para su resolución, destacando que tienen su origen en el tiempo (pasado), tienen una práctica constante y que el conjunto de sus miembros está de acuerdo en su aplicación.

Por ejemplo, el concepto de propiedad familiar en las Comunidades Andinas y Amazónicas, distinto al concepto de propiedad individual y que se ubica en forma complementaria con la propiedad comunal, nos puede dar una idea práctica de ese derecho consuetudinario en las comunidades. Más allá de normas, principios y procedimientos que valoricen al individuo y su esfuerzo por acceder a la propiedad, el concepto que los comuneros practican es el de propiedad familiar. La razón se encuentra en su propia constitución de comunidad, integrada por familias más que por individuos: el individuo es parte importante de una familia nuclear, pero al tratarse de las necesidades y

beneficios que involucra a todos los miembros de esa familia, corresponde su identidad familiar. Entonces, bienes como las parcelas de terreno no pertenecen al individuo, por más que su traspaso haya sido a título individual, sino que se entiende que pertenece a la familia. Incluso, en la Comunidad podemos encontrar normas, principios y procedimientos que valorizan la propiedad familiar sobre la comunal: si bien todo el territorio es comunal, existe dentro de ese territorio parcelas que son explotadas familiarmente por la necesidad y beneficio de los miembros que componen la propia Comunidad.

Pero, cabe aclarar que el concepto de Derecho Consuetudinario no es invariable. Como todo tipo de derecho, está sujeto a cambios; el derecho de las Comunidades Andinas y Amazónicas está sujeto a cambios también. En tal caso, las prácticas de las personas o familias cambian tornándose en un momento determinado en prácticas colectivas, produciéndose entonces el cambio del derecho. Por ejemplo, frente al concepto de derecho a la propiedad familiar inviolable en una comunidad, puede ocurrir que las familias en número extenso emigren dejando sus tierras a sus familiares que aún residen, pero puede ocurrir además que inmediatamente estos familiares también emigren, quedando las tierras sin uso. En tal caso, los comuneros residentes serán en un inicio tolerantes del derecho a la inviolabilidad de la propiedad familiar pero una vez que las necesidades y las prácticas de los comuneros orienten a no aceptar que las tierras queden sin uso, pueden decidir que inicialmente la Comunidad pase a poseer dichas tierras y que luego se produzca una nueva distribución familiar.

Al final, el contenido de Derecho Consuetudinario no es otro que el mismo concepto de Derecho en general. O, en otras palabras, todo Derecho es un Derecho Consuetudinario. Ello puede comprobarse en la práctica del propio Derecho oficial del Estado. Así cuando los funcionarios o autoridades recurren al derecho vigente aplicándolo teniendo en cuenta su práctica constante por la población, desde un tiempo pasado, y con la aceptación de esa población, no hacen sino poner en práctica lo Consuetudinario de ese Derecho vigente. Es más, estos funcionarios o autoridades aplican también un Derecho no-escrito en gran parte de sus funciones o atribuciones para resolver conflictos (por ejemplo en los procesos civiles y penales) en forma complementaria al derecho escrito vigente. El Derecho de las Comunidades Andinas y Amazónicas no es muy diferente a estas prácticas.

6. El límite de los Derechos Fundamentales.

¿Qué son los Derechos fundamentales? Muchos los asemejan a los Derechos Humanos, otros sostienen que se trata de un grupo especial de Derechos que componen el núcleo de los Derechos Humanos. Al margen de tomar una posición al respecto importa preguntarnos si es que los miembros de las Comunidades Andinas y Amazónicas tienen Derechos Fundamentales y, en caso

coincidamos en que sí lo tuvieran, cabe preguntarnos si estos Derechos Fundamentales coinciden o no con los que tienen conceptualizados las autoridades jurisdiccionales del Poder Judicial y la sociedad moderna o urbana de nuestro país.

El problema planteado en el párrafo precedente es crucial en el análisis del artículo 149º de la Constitución Política del Perú, porque con el tema de los Derechos Fundamentales es que se establece el único límite constitucional a la jurisdicción especial de las Comunidades Andinas y Amazónicas. Si consideramos que los miembros de estas comunidades no tienen una concepción propia de los Derechos Fundamentales, sino que tienen que aceptar los que otras autoridades establecen o interpretan, como ocurre con el caso de un grupo importante de magistrados que frente a este tema siguen una interpretación literal de normas internacionales y normas constitucionales, entonces dichos Derechos Fundamentales establecidos o interpretados se constituyen en el límite a la Jurisdicción especial de esos miembros comuneros.

En cambio, si consideramos que los miembros de las Comunidades sí tienen una propia concepción de Derechos Fundamentales, las que, salvo excepciones, no necesariamente se alejan de una interpretación sistemática de las normas internacionales y de la misma Constitución Política, entonces cabría preguntarse ¿Cuáles son estos Derechos Fundamentales y cómo articularlos con los Derechos Fundamentales de otras sociedades como las que corresponde a las de grandes ciudades como Lima, Arequipa, Trujillo, Chiclayo, entre otras en el Perú, o al de sociedades de otros países?

Casos específicos, o excepcionales, como los de la poligamia, el matrimonio con “niñas” o “adolescentes”, el “derecho de venganza” que puede incluir muertes, los suicidios, entre otros practicados en determinadas Comunidades Amazónicas, o casos como los de matrimonio con “jovencitas”, castigos físicos o la “pena de muerte” aplicado a ladrones, violadores o corruptos, entre otros practicados por Comunidades Andinas y Rondas Campesinas, muestran que absolver las preguntas antes planteadas son muy difíciles. En realidad cualquier respuesta puede conducirnos a una gran discusión y a una gran disconformidad para una u otra parte. Razones culturales, particularmente, entrecruzan ambas posiciones.

Frente a estos casos, que consideramos difíciles, cabe plantear, más que una solución, propuestas de solución que busquen una relación armoniosa entre los miembros de las Comunidades y de las sociedades con perspectivas diferentes sobre el tema de los Derechos Fundamentales. Dentro de estas propuestas, podemos afirmar:

- 1) En toda Comunidad (rural, tradicional, separada o excluida) como en toda sociedad (urbana, moderna o integrada) pueden haber errores y abusos, donde se transgreden los Derechos Fundamentales regulados o entendidos como tal en conjunto por cada una de ellas.
- 2) Los casos difíciles o controvertidos, en perspectiva de las otras sociedades, responden a un desarrollo cultural propio y tienen como causa, en parte, la ausencia o ineficacia de las autoridades del Estado en la gestión de políticas públicas participativas, con la comunidad, de los servicios básicos como Educación, Salud, Alimentación, Comunicación, además de Justicia.
- 3) Las Comunidades Andinas y Amazónicas tienen propios límites a los “errores” y “abusos” que practican sus miembros, incluidas sus autoridades. Estos límites se extienden también a los casos difíciles o controvertidos, en perspectiva de otras sociedades, y se integran al conjunto de normas, principios y procedimientos de cada Comunidad que no son estáticos. Esto ocurre porque su Derecho está sujeto a cambios. Las prácticas tradicionales de las Comunidades Andinas y Amazónicas cambian conforme cambia el conocimiento de sus miembros. Esto ocurre cuando, por ejemplo, dicho miembros emigran, se relacionan externamente con otros espacios culturales y retornan a sus comunidades, y cuando sus poblaciones se benefician de los servicios básicos.
- 4) El Derecho a la Identidad Étnica y Cultural, regulado en el artículo 2º, inciso 19, y en el artículo 89º, parte final, son la garantía para sostener que los miembros de las Comunidades Andinas y Amazónicas tienen Derechos Fundamentales propios. Ello garantiza, en la resolución de casos difíciles o controvertidos para otras sociedades, que se recurra a interpretes de lenguas Andinas y Amazónicas y a peritajes antropológicos y sociológicos para comprenderlos integralmente.
- 5) No hay una respuesta definitiva frente a los casos difíciles o controvertidos identificados desde otras perspectivas. Toda respuesta dependerá del caso concreto y de su investigación socio-antropológica más que legal. Si es que el caso es asumido bajo una perspectiva solo legal, es decir de aplicación de la norma sin un análisis socio-antropológico, el conflicto se acrecentará y se prolongará.

7. Formas de coordinación con la Justicia de Paz y Magistrados profesionales.

La parte final de la norma objeto de comentario señala que “La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”. Si bien a la fecha no se ha emitido la mencionada “Ley de Coordinación”, es importante mencionar que en la práctica se ha desarrollado un alto grado de coordinación entre las autoridades de numerosas Comunidades Andinas y Amazónicas con los Jueces de Paz y los magistrados profesionales que interactúan con dichas comunidades.

Los Jueces de Paz normalmente tienen dos formas de relación en la coordinación con las autoridades de las Comunidades Andinas y Amazónicas: una primera forma de relación es bajo criterios de

igualdad y reciprocidad, y otra es de “subordinación” o delegación. La primera forma de relación ocurre entre las Comunidades y aquellos Jueces de Paz ubicados en los Distritos o Provincias donde las Comunidades recurren normalmente por gestiones o para el intercambio de sus productos en días de mercado o plaza (en caso de las Comunidades Andinas) o en días de movilización a las ciudades-puertos de ríos (en el caso de Comunidades Amazónicas). En esta relación el Juez de Paz es muy autónomo y puede llegar a confrontar la actitud de las autoridades comunales al sentirse ubicado en un “nivel Superior” amparados por los magistrados profesionales y los agentes policiales. Sin embargo, la relación de igualdad y reciprocidad predomina al necesitarse ambos, mutuamente: las autoridades comunales requieren de “legalizaciones” o trámites que los Jueces de Paz les brindan para sus gestiones en la ciudad, y los Jueces de Paz necesitan de notificar sus resoluciones u oficios con el apoyo de las autoridades comunales.

La segunda forma de coordinación, bajo una relación de “subordinación” o delegación, ocurre cuando el Juez de Paz es un comunero o tiene su despacho u oficina en el territorio de una Comunidad o en la cercanía de ésta. En tal caso, las autoridades de las Comunidades suelen “delegar” o transferir a los Jueces de Paz parte de la carga judicial comunal. Normalmente las autoridades comunales transfieren los casos cotidianos y fáciles, reservando los casos complejos a los procedimientos o procesos de su propia jurisdicción. Casos de riñas entre familias comuneras o conflictos serios de linderos, serán de competencia de los órganos comunales: las autoridades o jefes y la Asamblea Comunal de ser necesaria.

La coordinación entre las Comunidades y los magistrados profesionales, incluidos jueces y fiscales, se guía normalmente bajo la forma de relación de igualdad y reciprocidad. En un inicio, cuando recién se hizo vigente la norma, los magistrados profesionales se resistían a aceptar esta relación de igualdad. Hoy, a pesar de persistir la resistencia en ciertos grupos, los magistrados han ido comprendiendo que la relación con las autoridades de las Comunidades Andinas y Amazónicas es de pares, entre dos sistemas de resolución de conflictos cuyas jurisdicciones tienen garantía constitucional. Bajo este criterio, los magistrados profesionales coordinan con las autoridades comunales para compartir talleres de capacitación, resolver conflictos serios (como el homicidio) que compromete una parte comunal, además del apoyo en notificaciones de resoluciones judiciales y oficios. Las autoridades de las Comunidades Andinas y Amazónicas reciben de los magistrados profesionales su comprensión (incluso para la designación de Jueces de Paz comuneros) y la transmisión de información del sistema legal del Estado.

El problema mayor que se presenta en la coordinación de jueces de Paz y magistrados profesionales con las autoridades comunales es respecto a casos complejos que ponen en discusión, de un lado, el ámbito territorial de la jurisdicción de las Comunidades Andinas y Amazónicas y, de otro lado, la transgresión de Derechos Fundamentales bajo percepciones o concepciones culturales diferentes. En términos sencillos se tratarían de casos bajo conflicto de competencia de ambos sistemas de resolución. ¿Quién debía resolver este conflicto de competencias? Tratándose de dos jurisdicciones

constitucionales, es la coordinación de ambas bajo un diálogo intercultural el mejor medio de resolución.

DOCTRINA CITADA Y RECOMENDADA

ACEVEDO, Ángela y Paula Muñoz. *La Justicia Local en Chota y San Marcos, Cajamarca*. Cajamarca: PROJUR, 2007.

ALBÓ, Javier. *Iguals aunque diferentes*. Cuadernos CIPCA, La Paz: Ministerio de Educación, Unicef y CIPCA, 2000.

ARANDA Escalante, Mirva. *La jurisdicción especial de las Comunidades Campesinas en el Departamento del Cuzco*. Lima: PUCP, tesis de licenciatura en Derecho, 2002.

ARDITO Vega, Wilfredo. *El sistema jurídico de las misiones jesuitas de Maynas*. Lima: PUCP, tesis. 1991.

ARDITO Vega, Wilfredo. “¿Son los Derechos Humanos universales?”. En Revista *Desfaciendo Entuertos*, Lima: IPRECONM, Nro. 3 y 4, 1994.

BALLON Aguirre, Francisco. *Etnia y represión penal*, Lima, CIPA, 1980.

BALLÓN Aguirre, Francisco. “Sistema Jurídico Aguaruna y Positivismo”. En R. Stavenhagen y D. Iturralde Editores, *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 117-138, 1990.

Brand, Hans Jürgen. *Justicia Popular: nativos y campesinos*, Lima, Fundación F. Nauman, 1986.

BARTON, R. F.: *Ifugao law*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, first printer in 1919. (1969[1919])

BOHANNAN, Paul. *Justice and judgment among the Tiv*. London, New York, Toronto: International African Institute and Oxford University Press. 1957, Reprint in 1968.

CALVO García, Manuel (Coordinador). *Identidades Culturales y Derechos humanos*, Madrid: Dykinson e Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2002.

CARDENAS Krenz, Ronal. “Ejercicio de la función jurisdiccional por las Comunidades Campesinas y Nativas [Artículo 149º de la Constitución]”, En: *La Constitución Comentada*, Lima: Gaceta Jurídica, Tomo II, pp.710-717, 2005.

CONDOR Chuquiruna, Eddie (editor), Rosember Ariza Santamaría, Jean-Jacques Decoster, Eliana Rivera Alarcón, Fernando García Serrano y Marco Antonio Mendoza Crespo. *Estado de la relación entre Justicia Indígena y Justicia Estatal en los Países Andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima: Comisión Andina de Juristas. 2009.

COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de; AROCA MEDINA, Américo Javier; y otros. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Editorial CAAAP. Lima, 1993.

DE TRAZEGNIES Granda, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. Bogotá: Themis, 1993.

DESCO, *Administración de Justicia fuera del aparato formal*. Lima: DESCO (mimeo), 1977.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona: ediciones Ariel. 1970 (Primera edición en Francés, 1955)

EHRlich, Eugen . *Fundamental principles of the Sociology of law*. New York: Arno Press. 1975 First edition, 1936, in Massachusetts: Harvard University Press.

FRANCO, Rocío y Hans Jurgen Brandt. *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El tratamiento de conflictos. Un estudio de Actas en 133 comunidades*. Lima: IDL, 2007.

GIUSTI Hundskopf, Miguel. *Alas y Raíces: ensayos sobre ética y modernidad*. Lima: Fondo Editorial PUCP. 1999.

GLUCKMAN, Max . *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia (Zambia)*. London: The Institution for African Studies University of Zambia and Manchester University Press, second edition, 1973. Primera Edición en 1955.

GRIFFITHS, John. "What is legal pluralism?", in *Journal of Legal Pluralism*, N° 24, 1-50. 1986.

GUEVARA Gil, Armando. *Diversidad y complejidad legal, aproximaciones a la antropología e historia del Derecho*, Lima PUCP, 2009.

GUEVARA Gil, Armando. "Derecho de aguas, pluralismo legal y concreción social del derecho". En: *Derechos y Conflictos de agua en el Perú*. Lima: PUCP, Departamento Académico de Derecho. 2008.

GULLIVER, P.H. *Social control in an African society: a study of the Arusha, agricultural Masai of Northern Tanganyika*. Boston: Boston University Press. 1963

GUTMANN, Bruno. *Chagga Law*. USA: Human Relations Area Files, 654 pp. 1970. Originalmente publicado en Alemán, 1926.

HOEBEL, Adamson E. *The law of primitive man. A study in comparative legal dynamics*. New York: Atheneum. 1968.

HURTADO Pozo, José. "Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales". En: *La Administración de justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Universidad, 2001, pp. 141-153.

HURTADO Pozo, José. "Las diferencias etnoculturales de la población en el Código Penal de 1924" En <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/leyimp/liet.pdf> (visitado el 19/05/08).

HURTADO Pozo, José. *La Ley "importada": recepción del derecho penal en el Perú*. Lima CEDYS. 1979.

HUBER, Ludwig. "Después de Dios y la Virgen está la Ronda", *Las Rondas Campesinas de Piura*. Lima, IEP, 1995.

LA ROSA, Javier (editor). *Acceso a la Justicia en el Mundo Rural*, Lima: IDL y Justicia Viva, 2007.

LLEWELLYN, Karl and HOEBEL, E. Adamson. *The Cheyenne way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman: University of Oklahoma press. 1941.

MAINE, Sir Henry. *Ancient law*. London and Toronto: J.M Dent and sons Ltd. 1920 [1861].

MALINOWSKI, Bronislaw . *Crime and custom in a savage society*. Paterson, New Jersey: Littlefield, Adams. 1926.

MERRY, Sally Engle. "Legal pluralism", in *Law & Society Review*, volume 22, Número 5, 1988.

MOORE, Sally Falk. *Law as a process. An anthropological approach*. London, Henley and Boston: Routledge & Kegan Paul.1978 [1973].

MORGAN, L.H. *Ancient Society*. Cleveland: World Publishing. 1963 [1877].

NADER, Laura. *Harmony, ideology: Justice and control in a Zapotec mountain village*. Standford, California: University Press. 1990 [1965]

PÁSARA, Luis. "Perú: Administración de ¿Justicia?" En: *La Administración de justicia en América Latina*, Lima: Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1984.

PEÑA Jumpa, Antonio. *Justicia Comunal en los Andes del Perú, el caso de Calahuyo*, Lima: PUCP, 1998 [1991].

PEÑA Jumpa, Antonio. "Pluralismo Jurídico en el Perú" ". En: Revista *Desfaciendo Entuertos*. Lima: IPRECONM. Nro. 3-4, 1994.

PEÑA Jumpa, Antonio. "The limits of International human rights and refugee law: an analysis of the case of the Aymaras from the perspective of legal pluralism" En: *Law and Anthropology Year Book*, vol. 10, University of Vienna, 2001.

PEÑA Jumpa, Antonio. "Poder Judicial Comunal: Alternativa de paradigma en los procesos de reforma judicial. El caso de los Aymaras del Sur Andino", En *Revista El Otro Derecho*, Bogotá: ILSA, 2000.

- PEÑA Jumba, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino*, Bogotá: ILSA, 2004;
- PEÑA Jumba, Antonio. *Multiculturalidad y Constitución, el caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón*, Lima: CEC, 2009.
- PEÑA Jumba, Antonio. "Límites a la concepción universal de los derechos humanos en sociedades pluriculturales: el caso de los Aymaras del Sur Andino", in Manuel Calvo Ed.: *Identidades culturales y derechos humanos*, Oñati: DYKINSON. 2002.
- PEÑA Jumba, Antonio. "Un análisis socio-antropológico para el Perú", En: *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, Nro. 28 Lima: Instituto Riva Agüero. 2001. También en *Revista El Foro*, Nro. 1, *Revista Taller de Derecho*, Nro. 1. 2002.
- PEÑA Jumba, Antonio. "Derechos Fundamentales y la Justicia Comunal. La aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Perú", En *Revista Ius Et Veritas*, Nro. 39, Diciembre 2009.
- PEÑA Jumba, Antonio. *Communitarian Law and Justice based on Peoples Identity. The Aymara experience*. Leuven (Bélgica): Khatolieke Universiteit Leuven. PhD. 2006.
- POSPISIL, L. *Kapauku Papuans and their Law*. New Haven: Yale University Publications. 1958.
- PRESSBURGER, Miguel. "Habla un trabajador: el concepto de el Derecho, la Justicia y la ley", En *Revista El otro Derecho*, Nro.2, Bogotá: ILSA, 1989
- PRICE, Jorge y Patricia Iturregui. *Administración de Justicia en Villa El Salvador*, Lima: PUCP, Tesis de Bachiller en Derecho, 1982.
- RAMIREZ Salazar, Henry Reyder, *Justicia Ordinaria y Justicia Comunal en Andahuaylas, Apurimac*. Lima: consorcio PROJUR, 2007.
- REVILLA, Ana Teresa y Price, Jorge. *La administración de la Justicia Informal, Posibilidades de integración*. Lima: Cultural Cuzco, 1992.
- RUIZ Molleda, Juan Carlos. "El fundamento constitucional de la Justicia Comunal". En: *Revista Derecho PUCP*, Nro. 62. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense. Law science and politics in the paradigmatic transition*. New York and London: Routledge. 1955 [1974].
- STARN, Orin. "Con los llanques todo barro", *Reflexiones sobre Rondas Campesinas, Protesta Rural y nuevos Movimientos sociales*. Lima: IEP, 1991.
- TAMAYO Flores, Ana María. *Derecho en los Andes. Un estudio de Antropología Jurídica*. Lima: Centro de Estudios País y Region. 1992.

TUBINO Arias-Schreiber, Fidel. "Pluralismo Jurídico, relativismo y perspectivismo moral". En: Revista de Derecho *Ius Et Veritas*. Año 12, Nro. 24, 2002.

TUBINO Arias-Schreiber, Fidel. "Los desafíos de las Políticas y la Cultura: ¿Interculturalismo o Multiculturalismo?". En: Revista sobre Cultura, Democracia y Derechos Humanos, Nro. 6, 2002.

TUBINO Arias-Schreiber, Fidel. "Pluralismo Jurídico y Diversidad Cultural". En: Revista de Derecho *Ius Et Veritas*. Nro. 42, 2011.

SCHAPER, I. (1977 [1955]): *A Handbook of Tswana law and custom*. London: Frank Cass and Co. Ltd.

URTEAGA Crovetto, Patricia. *El sistema jurídico y su relación con la cultura nativa*. Lima: PUCP, Tesis de Derecho. 1993.

URTEAGA Crovetto, Patricia. "Perspectivas de la antropología jurídica en el Perú: conclusiones de la I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica- Sección Perú". Lima: *Boletín del Instituto de Riva Agüero*, PUCP, Nro. 28, 2001.

VILLAVICENCIO, Sisi. *Administración de Justicia en los Aguarunas*. Lima: Tesis de Derecho, PUCP, 1995.

YRIGOYEN Fajardo, Raquel. *Las Rondas Campesinas de Cajamarca*", Lima, Tesis de Derecho, PUCP, 1993.

YRIGOYEN Fajardo, Raquel. "Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana". En: Revista *Desfaciendo Entuertos*. Lima: IPRECONM. Nro. 3-4, 1994.

UNIDAD I: MARCO JURÍDICO Y PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS Y ORDINARIO

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (1999): Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack. Capítulo 4. Pautas de Coordinación.

RAQUEL Z. YRIGOYEN FAJARDO

**PAUTAS DE COORDINACIÓN
ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO ESTATAL**

Guatemala: FUNDACION MYRNA MACK, 1999.



INDICE

PREFACIO por Jorge Solares.

I. ¿QUÉ ES EL DERECHO CONSUECUDINARIO O INDÍGENA?

1. Marco Teórico-Conceptual.
 - 1.1. La concepción “monista” del derecho.
 - 1.2. El Pluralismo Legal.
 - 1.3. Sobre la definición del derecho en el marco pluralista.
2. Rasgos del derecho indígena en Guatemala.
¿Cómo es y cómo funciona el derecho indígena en Guatemala?
 - 2.1. Marco socio-demográfico.
 - 2.2. La identidad indígena.
 - 2.3. Características del derecho indígena maya.
 - 2.4. Situación actual y vigencia del derecho maya.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO DEL DERECHO INDÍGENA

1. Tratamiento jurídico-político del derecho indígena en la historia guatemalteca.
 - 1.1. Modelo de Segregación durante la época colonial.
 - 1.2. Modelo de Asimilación durante la Independencia.
 - 1.3. Modelo político de Integración durante la República.
 - 1.4. Modelo Pluralista de la década de los noventa.
2. Referencias al derecho consuetudinario y costumbres en la legislación interna actual.
3. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los Pueblos Indígenas.
 - 3.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
 - 3.2. El Convenio 169 de la OIT, nuevo marco normativo.
4. Síntesis del marco jurídico guatemalteco respecto del derecho indígena o consuetudinario.
5. Los Acuerdos de Paz, nuevo marco político.
 - 5.1. Sobre la Reforma del carácter del Estado y la Nación.
 - 5.1.1. Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.
 - 5.1.2. Acuerdo de Reformas Constitucionales y Régimen Electoral.
 - 5.2. Sobre el Reconocimiento del Derecho Consuetudinario y el Pluralismo Legal.
 - 5.2.1. Modelo de Justicia Plural.
 - 5.2.2. El reconocimiento del derecho consuetudinario y el pluralismo legal.
 - 5.2.3. Recomendaciones de las Comisiones creadas por los Acuerdos de Paz.

III. ANALISIS DE LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

1. Marco en el que se elaboró la propuesta de reforma constitucional.
2. Ejes de la propuesta de reforma constitucional.
 - 2.1. Nueva caracterización de la Nación.
 - 2.2. Sobre el reconocimiento de Pueblos Indígenas.
3. Análisis de la propuesta de reforma sobre el derecho consuetudinario. Contenido, alcances y límites.

IV. PAUTAS DE COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL o consuetudinarioDERECHO ESTATAL

1. Criterios y contenidos mínimos para el reconocimiento constitucional del derecho indígena.
2. Criterios y pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal.
3. Retos pendientes.

ANEXOS

- ANEXO I** Tratamiento jurídico-político del derecho indígena en la historia nacional.
- ANEXO II** Reconocimiento del Derecho Consuetudinario en el Convenio 169 de la OIT.
- ANEXO III** Reconocimiento del derecho indígena y el pluralismo legal en los Acuerdos de Paz.
- ANEXO IV** El planteamiento de justicia plural en los Acuerdos de Paz.
- ANEXO V** Contenidos mínimos del reconocimiento del Derecho Indígena o Consuetudinario.
- ANEXO VI** Cuadro comparativo del reconocimiento constitucional del derecho indígena o consuetudinario en los países andinos.

I. ¿QUÉ ES EL DERECHO CONSUECUDINARIO O INDÍGENA?

1. Marco Teórico-Conceptual.

En los países donde existen pueblos indígenas o grupos con una identidad propia (étnica, religiosa, local, gremial) hay un gran debate sobre cómo denominar y cómo tratar jurídicamente a los sistemas de autoridades, normas y procedimientos mediante los cuales dichos pueblos y grupos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues son diferentes al sistema estatal.

Aquí aparecen las categorías de “costumbre”, “usos y convenciones”, “usos y costumbres”, “formas tradicionales de resolución de conflictos”, “derecho consuetudinario”, “derecho indígena”, entre otras. Estas categorías se adscriben a determinadas posiciones teóricas, las cuales a su vez suponen ciertas formas de valorar tales sistemas normativos no estatales y a los grupos humanos que se regulan por los mismos. Igualmente, el uso de cada categoría implica ciertas consecuencias políticas. El objeto de las siguientes líneas es presentar los marcos más relevantes desde los cuales se ha buscado calificar dichos sistemas normativos, sus supuestos teóricos y valorativos, y las consecuencias políticas de tales calificaciones.

1.1. La concepción “monista” del Derecho.

La doctrina jurídica instituida con el llamado “derecho moderno”, establece un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica. Es lo que se llama el “**monismo jurídico**”, esto es, que a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa. Dentro de este concepto, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. La idea de la identidad Estado-Derecho proviene de la teoría jurídica positivista formulada originalmente por Hans Kelsen¹. Su marco histórico es el proceso de centralización del poder político en el Estado y la especialización de las formas de control social.

Dentro de la perspectiva teórica del monismo legal sólo se puede llamar “derecho” al sistema normativo estatal, a las normas producidas por el Estado o por los mecanismos que él indique. El sistema de división de poderes consagra tal principio al sancionar que es el poder u órgano legislativo el único facultado para producir las normas generales que rijan la vida de los ciudadanos, el poder u organismo judicial para administrar justicia de modo exclusivo (producir normas de carácter concreto), y el Ejecutivo, el órgano que gobierna dentro del imperio de la ley. Aparte de dichos poderes, nadie tiene facultad para producir normas que regulen la vida social, administrar justicia y organizar el orden público. De otra parte, el sistema de garantías liberal, también se ha construido bajo esa

¹ Ver: Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho. (Hay varias ediciones. En castellano, se puede revisar la de EUDEBA: Buenos Aires, 1982).

idea, con los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso e imperio de la ley. Desde este marco, las normas no producidas por el Estado no obligan la obediencia ciudadana. En el caso de la “costumbre”, ésta sólo es admisible a falta de ley y nunca en contra de ella.

Aparejada a la identidad Estado-Derecho está la idea del “Estado-Nación”. La legitimidad política del Estado se basa en el supuesto de que es la organización jurídico-política de una Nación. El significado dado a “Nación” es el de un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión. Así, se entiende que es legítimo que el Estado tenga un solo sistema normativo porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión, cultura.

En países pluriculturales, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo de “Estado excluyente”. En este modelo, la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa. Pero, a pesar de la proscripción oficial de la diversidad, ello no necesariamente ha significado la desaparición empírica de los distintos idiomas, culturas o sistemas legales. Los aparatos estatales han tendido a reprimirlos, desaparecerlos o cooptarlos y aquellos han debido aprender a adaptarse y reutilizar instituciones creadas por el Estado para mantenerse vivos. Los sistemas “no oficiales” han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal y subordinación política, adquiriendo formas clandestinas y marginales.

Esto ha pasado en muchos países que, como Guatemala, tienen un importante componente indígena. El Estado construido después de la Independencia, no representa la diversidad cultural, lingüística, religiosa ni legal que existe en la realidad. De otra parte, las categorías jurídicas elaboradas por el monismo jurídico con base en la idea del Estado-Nación (en el entendido de un solo pueblo con una sola cultura) no están pensadas para poder explicar la existencia empírica de sistemas normativos diferentes al estatal y que corresponden a culturas diferentes a la consagrada oficialmente.

Tanto a nivel general, como en Guatemala en particular, se ha buscado entender, describir y calificar a los sistemas normativos no estatales, en la medida que su realidad se impone, utilizando categorías conceptuales creadas por la doctrina jurídica. En este esfuerzo se han utilizado varios términos. En los Acuerdos de Paz se habla del “derecho consuetudinario”. En la propuesta de reforma constitucional que aprobó Congreso se dice “derecho consuetudinario indígena”. Y en la propuesta de reforma constitucional que hicieron los pueblos indígenas se habla de “derecho indígena”. Durante el debate previo a la formulación de la propuesta de reforma constitucional se utilizaron también los términos de “usos y costumbres”, “formas tradicionales de resolución de conflictos”, etc.

A continuación se señala algunos de los términos utilizados para denominar los sistemas normativos indígenas, así como los alcances y límites de dichos conceptos.

- a) **La “costumbre”**. Este término se define en oposición a la ley escrita y general producida por el Estado. Alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad. La idea que está en la base es la concepción “monista” del derecho que identifica Derecho con Estado y asume que en un Estado sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido, el estatal. Los demás sistemas normativos no son vistos como tales sino como prácticas puntuales. La doctrina distingue tres tipos de “costumbres” con relación a la ley: a) a falta de ley, b) conforme a ella, c) contra ella. La ley permite las costumbres de los dos primeros tipos y pueden constituir fuente del derecho. En cambio, si una práctica jurídica o costumbre es *contra legem* incluso puede configurar delito y ser castigada. (En la legislación guatemalteca el concepto de “la costumbre” como fuente del derecho está consagrado en la Ley del Organismo Judicial).
- b) La utilización del término “**usos y costumbres**” tiene una raíz colonial. Durante el proceso de imposición colonial se discutió si los indígenas tenían autoridades legítimas, normas arregladas a la “ley divina y natural” y si eran capaces de autodeterminarse o, si por el contrario, tenían costumbres salvajes, autoridades tiranas, y eran incapaces de autogobernarse. Las “Informaciones” toledanas concluyeron lo segundo para poder justificar la guerra contra los indios, los “justos títulos de la Corona” y la legitimidad de la imposición colonial en Las Indias, para responder al cuestionamiento que hiciera en su momento Fray Bartolomé de Las Casas. Por ello, sólo se permitió los “usos y costumbres” indígenas que no violasen la “ley divina y natural”, no afectasen el orden económico-político colonial ni la religión católica. Igualmente se permitió a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios pero sólo para los casos entre indios y de carácter menor; los casos mayores debían pasar al corregidor español. En la actualidad se sigue utilizando el término, por lo general para referirse a los sistemas normativos indígenas o populares a los que no se reconoce como derecho o sistema jurídico sino que se les da un estatuto inferior.
- c) La sociología alemana, con Max Weber², utiliza el término “**usos y convenciones**” para referirse a prácticas sociales con un nivel de institucionalización menor al de la norma legal. Weber estudió el proceso de institucionalización del derecho moderno, y encontró que antes de que una regla social se convirtiese en norma jurídica, por lo general era una norma que tenía respaldo social. A tales reglas las llamó “usos y convenciones” pues su práctica no estaba garantizada por la coacción estatal sino por una sanción social difusa. Weber no estaba estudiando una situación de pluralismo jurídico o coexistencia simultánea de sistemas, sino el proceso de conformación de las normas del derecho estatal moderno. Sin embargo, algunos autores han utilizado este término para situaciones de co-existencia del derecho estatal con sistemas indígenas o populares calificando a los segundos como meros “usos y convenciones” al decir que no habían llegado a institucionalizarse como el

2 Ver: Weber, Max (1974): *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

derecho estatal. Esta es una perspectiva que no respeta el marco en el que fue creado el concepto.

- d) El término “**derecho consuetudinario**” viene de una categoría del derecho romano, la “*veterata consuetudo*”. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por la categoría “derecho” se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término “costumbres”, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. Sólo que la palabra “consuetudinario” fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos.

Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado éste término en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización, o incluso en países independientes con presencia de población indígena donde se encuentra un sistema políticamente dominante y otros subordinados. De una parte, se denomina “el derecho” (sin adjetivos), al derecho central, estatal, imperial, escrito o codificado. Y se llama “derecho consuetudinario” a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente en los pueblos conquistados o políticamente subordinados. Un ejemplo del uso de este término dentro de tal concepción es el Convenio 107 de la OIT de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales en Países Independientes, posteriormente reemplazado por el Convenio 169. Como consecuencia de tal concepto, el Convenio 107 sancionaba el modelo de subordinación política al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las “políticas de integración” a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas.

En síntesis, desde el marco del “monismo jurídico” sólo es “derecho” (sin adjetivos) el producido por el Estado y sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido dentro de un Estado. Además, tal derecho debe ser escrito, de aplicación general y especializado (diferente de la moral y la religión). Toda otra norma o sistema normativo no producido por el Estado, es visto como mera costumbre, como una práctica aislada, que a veces puede estar “mezclada” con reglas morales y religiosas. Los sistemas normativos no estatales, al no estar formalizados como el estatal, son vistos como sistemas atrasados, pre-modernos, que deben superarse para posibilitar la civilización de las poblaciones igualmente “atrasadas” y su integración al Estado y al derecho nacional. Las costumbres son admisibles como “fuente” del derecho a falta de ley que regule la misma materia y nunca en contra de ella. Si una costumbre se opone o está en contradicción de lo que prescribe o prohíbe una ley estatal, debe ser reprimida. Si se trata de un sistema al que se pueda llamar “derecho consuetudinario” sólo es admitido de modo limitado, pues deberá someterse a la ley estatal y mantenerse políticamente subordinado.

Como se ha señalado, el marco del monismo jurídico genera problemas teóricos, valorativos y políticos. La idea de que sólo es derecho el del Estado y lo demás meras costumbres, limita cualquier estudio de sistemas normativos no estatales.

El término “costumbre” o usos y costumbres resulta teóricamente limitado para referirse a sistemas normativos, ya que sólo se refiere a prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente. En cambio, los estudios empíricos sobre los sistemas normativos indígenas dan cuenta de: 1) que no sólo se trata de prácticas aisladas, sino que tienen un eje cultural que las articula a modo de sistema y tienen sistemas de normas, autoridades y procedimientos por los cuales regulan su vida social, resuelven conflictos y organizan el orden interno (originalmente respondían a todo un sistema cultural, normativo y político) y, 2) su enorme capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condiciones de persecución y deben responder a necesidades y demandas sociales cambiantes. En términos valorativos, por lo general el uso del concepto “costumbres” va asociado a una subvaloración de los indígenas, a los que se busca sujetar a tutela y control. En términos políticos, se propone la represión o criminalización de prácticas indígenas que están contra la ley (*contra legem*).

Esto también pasa con la categoría “derecho consuetudinario” definida desde el marco del monismo jurídico. En términos teóricos, el derecho consuetudinario no tiene el mismo estatuto que el derecho estatal, aunque pueda tener igualmente normas, autoridades y procedimientos propios, así como reglas para cambiar reglas. La palabra “consuetudinario”, además, fosiliza a los sistemas jurídicos no estatales bajo el prejuicio de que son estáticos en el tiempo mientras que el derecho estatal o central sí aparece con capacidad de cambio. Por ello, algunos utilizan como sinónimo de consuetudinario la palabra “tradicional” y de ahí, no pocas veces se pasa a los calificativos de sistemas “atrasados”, no modernos, primitivos o inferiores. En el nivel valorativo, se considera a los indígenas y sus sistemas como “inferiores”. En términos políticos, esta categoría no cuestiona la situación del sistema subordinado y hasta justifica esta subordinación dado el supuesto carácter “local” o “atrasado” del derecho consuetudinario y sus usuarios. Igualmente, ha justificado que se practique con sus usuarios políticas civilizadoras, que se les imponga el progreso, y su “integración” a los “estados modernos” (como pasó con el Convenio 107 de la OIT). Es decir, a nivel político la consecuencia del uso de tal término, es la admisión de un sistema de tutela y control, donde la decisión de los límites del derecho consuetudinario se ubica de fuera de los pueblos indígenas y sin tener en cuenta su perspectiva cultural.

Desde el marco del monismo legal se suele hacer una interpretación estrecha del principio de igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica, que ha llevado a negar el respeto de la diferencia cultural. El derecho a la diversidad cultural, a la propia identidad, al uso del propio idioma, a la práctica de la propia vida cultural y de la propia religión, también es un derecho consagrado universalmente, entre otros, por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU³. El derecho a la igualdad evita la discriminación y permite el acceso de todos a las mismas oportunidades y derechos económicos y políticos,

3 Hay una serie de tratados internacionales referidos al derecho de la diversidad cultural que se puede aplicar los pueblos indígenas. Ver compilación que presenta el apartado sobre “Violaciones a los derechos de Existencia, integridad e Identidad Cultural de los Pueblos Indígenas del Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico-CEH, capítulo II. Guatemala: CEH-UNOPS. 25.2.1999.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

para el desarrollo personal y colectivo, pero no impide ni menos puede reprimir el derecho a la diferencia cultural.

Bajo la idea de que no se puede poner en juego la “seguridad jurídica” se ha impuesto a diversos grupos culturales el sistema jurídico creado para y por un solo grupo cultural. Ello produce una enorme inseguridad jurídica entre los miembros de los pueblos o grupos culturales políticamente subordinados. Al no reconocerse el derecho indígena, sus usuarios no tienen la seguridad de ser juzgados por el mismo, dentro de su propio idioma y cultura, pues el derecho estatal pretende el monopolio de la administración de justicia y la producción jurídica. Es decir, la posibilidad de garantizar la seguridad jurídica a todos los individuos y grupos dentro de un Estado donde hay diversidad cultural, es, justamente, permitiendo la vigencia de los diversos sistemas normativos, con reglas para las situaciones de interculturalidad. Así, todo individuo y grupo tendrá la certeza de que podrá ser juzgado dentro su propia cultura e idioma, bajo las reglas que conoce y en cuyo marco se ha socializado, respetando a su vez la diversidad cultural.

La lógica monista no sólo ha afectado la seguridad jurídica sino también los derechos de la población no representada culturalmente en el derecho oficial. El decir que sólo es válido el sistema estatal, ha dado lugar a la criminalización de las prácticas culturales opuestas a las consagradas legalmente (como uniones conyugales tempranas calificadas de estupro-, uso o manejo de plantas prohibidas en leyes antinarcóticos, prácticas religiosas y culturales llamadas “brujería”, etc.). Igualmente, se ha reprimido a las autoridades de los otros sistemas por usurpación de funciones (por actuar como jueces sin serlo), abuso de autoridad, encubrimiento de delito, secuestro, lesiones, coacciones, etc. (por detener, juzgar, aplicar sanciones, etc.). Además de la afectación de derechos individuales y colectivos, la lógica monista ha incrementado la distancia entre ciudadanos y Estado, y la deslegitimación del Estado. Los miembros de pueblos indígenas y de grupos culturales diferentes a la cultura oficial, no se sienten representados por el Estado y ven como ilegítima su actuación represiva.

1.2. El pluralismo legal

Ante la incapacidad teórica del monismo jurídico para explicar y analizar sistemas normativos diferentes al estatal, así como por los supuestos valorativos y las consecuencias políticas que tiene, cabe recurrir a la perspectiva teórica del “pluralismo jurídico”. El “pluralismo jurídico o legal”, a diferencia del monismo legal, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. En términos genéricos se llama sistema jurídico “derecho” o a los sistemas de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social y resolver conflictos. También incluye normas que establecen cómo se crean o cambian las normas, los procedimientos, las instituciones y autoridades.

El pluralismo de sistemas normativos puede tener su origen en una situación colonial (por la presencia de un derecho indígena o pre-colonial y un derecho impuesto), en períodos de revoluciones o cambios modernizantes (por la pervivencia del derecho

anterior a la revolución o reforma junto con el nuevo); en situaciones de presencia de comercio transnacional (la *lex mercatorum*, con sus propias reglas frente a los derechos nacionales); en países independientes con población indígena; en países modernos o post-coloniales, con población inmigrante o desplazada en barrios marginales de las ciudades; o por la agrupación de colectivos con base en criterios culturales, gremiales, raciales, religiosos, territoriales o de otra índole, que han creado una normativa propia que los regula en varias esferas de la vida social y les permite resolver sus conflictos⁴.

Una situación de pluralismo jurídico significa la co-existencia de varios sistemas normativos, estén o no reconocidos legalmente dentro del Estado o del espacio geopolítico en el que existan. Por lo general, cuando no existe este reconocimiento legal por el poder político dominante, el o los sistemas no reconocidos son subvalorados y potencial o realmente perseguidos y reprimidos. Ello obliga a tales sistemas a clandestinizarse y adaptarse para poder sobrevivir. Cuando la relación entre sistemas es tensa y hasta violenta, la percepción de los ciudadanos es que el Estado y su sistema legal son ilegítimos porque no los representan e incluso los reprimen.

El reconocimiento legal es el primer paso para una articulación democrática de los distintos sistemas normativos que co-existen en el mismo espacio geopolítico. En la última década, varios países latinoamericanos⁵, como Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), han reconocido constitucionalmente el carácter pluricultural de la Nación y el Estado. En consecuencia, también han reconocido la existencia y derechos de los pueblos y comunidades indígenas, oficializando sus idiomas, y promoviendo el respeto y desarrollo de sus culturas, formas de organización social, sus costumbres, trajes, religión, etc. Igualmente, han reconocido el derecho indígena o consuetudinario, a fin de iniciar procesos de coordinación o compatibilización entre ambos sistemas, desde una perspectiva de diálogo democrático y no de represión.

Desde este marco, el término más adecuado para hablar de los sistemas normativos indígenas o de otros grupos sociales, es el de derecho u orden jurídico en la medida que tales sistemas tengan capacidad para regular la convivencia social, resolver conflictos y organizar el orden interno, con reglas propias para darse sus propias autoridades y cambiar las normas.

Convenios Internacionales y normas constitucionales de varios países han utilizado el término “derecho consuetudinario” para referirse a los sistemas normativos indígenas superando la perspectiva integracionista y el marco del monismo legal. Ello ha obligado a la Academia a reconceptualizar dicho término, para poder aprovechar las ventajas de su uso jurídico: a) De una parte, se ha quitado de la definición la idea de que describe sistemas o prácticas inmutables a lo largo del tiempo, reconociéndose su carácter

4 Ver: 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), así como la literatura de toda la tradición pluralista

5 Ver ANEXO VI: Cuadro comparativo del reconocimiento constitucional del derecho indígena o consuetudinario en los países andinos.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

cambiante. b) De otra, se le ha despojado de la connotación de que los sistemas que califica son atrasados, tradicionales, no modernos o incluso inferiores. Y, c) finalmente, se deja de convalidar la subordinación política a la que se ha sometido históricamente a los sistemas no-estatales, pues no tiene porqué ser una condición permanente o para el futuro. Con esta reconceptualización es que cabe utilizar tal categoría e interpretar jurídicamente las normas nacionales e internacionales que emplean dicho término.

La superación de la concepción monista del término “derecho consuetudinario” y de los planteamientos integracionistas se ha traducido en nuevos cuerpos normativos como el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, así como en las reformas constitucionales mencionadas, que utilizan el término “derecho consuetudinario” (Perú) o “costumbres” (Ecuador, Bolivia) para referirse a los sistemas normativos indígenas desde un marco de respeto de la diversidad cultural.

1.3. Sobre la definición del derecho en el marco pluralista.

En el marco del pluralismo ha habido mucha discusión sobre la definición de derecho y qué requisitos debe haber para considerar a un sistema de normas o prácticas como derecho. Esta discusión, con raíces en el viejo colonialismo hispano, ha sido recorrida posteriormente por la antropología social inglesa, la etnología francesa, la sociología jurídica alemana, las escuelas norteamericanas, y más recientemente por varias corrientes en Latinoamérica⁶.

La pregunta eje es ¿cuándo se puede calificar de jurídica a una norma?. Desde la tradición jurídica positivista se hace una clara distinción entre las normas. Hans Kelsen, en su “Teoría Pura del Derecho”⁷ distingue tres tipos de normas o sistemas normativos: a) normas garantizadas por una coacción social o difusa, a las que llama normas morales, b) normas cuya sanción está en el más allá, a las que llama normas religiosas y, c) normas jurídicas, cuya sanción es actual y presente y se garantiza por un cuerpo especializado en velar por su cumplimiento o sancionar su transgresión. Este concepto de norma, dado en el marco del monismo legal, ha sido retomado en el debate pluralista por un sector y ha guiado algunas investigaciones.

La antropología social inglesa⁸ está marcada por el debate entre Malinowski, Gluckman y seguidores de un lado, y Radcliffe-Brown, Evans Pritchard y seguidores del otro. Desde una concepción inglesa de derecho (“*law*”) entendido como normas creadas por decisiones judiciales, Radcliffe-Brown y seguidores han defendido la idea de que sólo

6 Ver: Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): El Reconocimiento constitucional del derecho indígena en los Países Andinos. Amsterdam: CEDLA.

7 Ver: Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho. (Hay varias ediciones. En castellano, se puede revisar la de EUDEBA: Buenos Aires, 1982).

8 Ver Gluckman, Max (1978): Política, derecho y ritual en la sociedad tribal. Madrid: Akal; y Sousa Santos, Boaventura de (1991): Estado, Derecho y Luchas Sociales. Bogotá: ILSA (p.63 y ss).

cabe hablar de derecho cuando hay tribunales. Evans Pritchard llegó a decir que los Nuer eran un pueblo sin derecho por carecer de tribunales, en el sentido de un cuerpo especializado que garantice el cumplimiento de las normas. Por el contrario, Malinowski decía que el cumplimiento de las normas puede garantizarse por todo tipo de controles, incluyendo creencias y sanciones no necesariamente coactivas o infligidas por un cuerpo especializado. Gluckman, al estudiar los sistemas africanos, señaló que las normas se pueden garantizar inclusive por la apelación a las llamadas brujerías ya que mediante dichos procedimientos se puede resolver conflictos. Algunos han criticado esta posición señalando que si todo es derecho, nada es derecho. Ante ello, se ha respondido que lo importante es que se trate de normas que efectivamente regulen la vida social y permitan resolver conflictos. A esto segundo se le ha llamado la “judiciabilidad” del sistema, esto es, que mediante la intervención de un tercero sea posible canalizar conflictos y resolverlos bajo ciertos principios normativos o reglas. No es necesario que las normas o este tercero estén especializados, es decir que sean normas, personas o instituciones totalmente separadas de otras a las que se podría llamar morales o religiosas.

En la actualidad, se hay un cierto consenso sobre la definición de derecho. Se llama **derecho** o sistema jurídico al sistema de normas, valores o principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que sirven para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden interno. Estos sistemas también incluyen reglas que permiten instituir o cambiar de modo legítimo normas, autoridades y procedimientos. Es lo que Hart llama “normas secundarias” o normas para crear normas⁹. Para resolver el debate referido líneas arriba, se insiste en la necesidad de normas “garantizadas”, esto es, de normas que sean eficaces y legítimas. La existencia de un sistema jurídico supone un mínimo nivel de eficacia y legitimidad. La eficacia está referida a la vigencia del sistema, esto es, que efectivamente rija el comportamiento de la gente, y la legitimidad se refiere al consenso o aceptación del sistema -como bueno o necesario- por los usuarios.

El carácter de las normas y cómo se garantiza su cumplimiento depende de cada cultura y de cada sociedad. No necesariamente se requiere que en todos los grupos sociales exista un cuerpo especializado para garantizar el cumplimiento de las normas o sancionar su transgresión, o que dichas normas sean completamente diferentes a las de la moral o la religión, pues hay sistemas culturales complejos en los que el sistema normativo es parte incluso de la espiritualidad o cosmovisión. No por ello se puede decir que tales pueblos carecen de derecho o sistema jurídico. A veces las normas son garantizadas por el mero acuerdo, creencias o controles difusos, y transmitidas mediante la creencia en mitos¹⁰ sin que existan policías o tribunales especializados para velar por su cumplimiento. Igualmente, tampoco cabe exigir que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social. Se pueden garantizar normas necesarias para la vida económica mediante un tabú religioso, y pueden existir mecanismos de resolución de conflictos asociados a supuestos ritos religiosos, mágicos o

9 Hart, H.L.A. (1961): *The concept of law*. London. Oxford University Press.

10 Ver la importancia de los mitos en la transmisión de las normas en: Urteaga, Patricia (1993): “El sistema jurídico y su relación con la cultura nativa”. Tesis (Lic.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

de “brujería”, en tanto se obliga a las partes a arreglar sus conflictos para poder efectuar el ritual. 11

Tampoco es necesario que las normas sean escritas, generales e invariables. Puede tratarse de principios normativos y de directrices para la acción concreta. En el caso de los sistemas indígenas de control social cabe resaltar que no se trata de prácticas aisladas sino que existe un eje cultural que articula el sistema de normas, procedimientos, instituciones y autoridades; y que tal sistema permite regular la vida social en varios aspectos, resolver conflictos y organizar el orden interno.

La historia de represión y la condición políticamente subordinada de los pueblos indígenas los ha obligado a adoptar nuevas instituciones y a clandestinizar sus prácticas. Se han destruido sus sistemas superiores de autoridad y sólo han quedado sistemas fragmentados: autoridades, normas y conocimientos de carácter local. La clandestinización de los sistemas o su desestructuración ha dado lugar a que en muchos lugares sólo aparezcan o queden prácticas aparentemente aisladas. De otra parte, una aproximación teórica inadecuada sólo rescatará ciertos aspectos o prácticas de sus sistemas normativos al no apreciar el sistema cultural en su conjunto. En todo caso, el hecho de que la historia colonial, las guerras y los mecanismos económico-políticos de marginación del mundo indígena hayan reducido la vigencia de sus sistemas normativos a espacios limitados, ello no significa que tengan una capacidad intrínseca limitada por la que sólo puedan ver casos menores y de determinadas materias.

El cuadro que sigue resume las posiciones teóricas más saltantes al respecto, con sus supuestos valorativos respecto del indígena y, las posibles consecuencias políticas de cada postura.

Marco Teórico	Definición del Fenómeno	Marco Axiológico	Consecuencia Política
Monismo Jurídico: identidad Derecho-Estado	- Derecho: es sólo el estatal. - Los indígenas sólo tienen “usos y costumbres”.	Ideología de la “inferioridad del indígena”.	Las costumbres pueden admitirse en tanto no vulneren las normas estatales. Lo demás es delito y debe reprimirse.
(Variante intermedia) Derecho Positivo	- El Estado produce “Derecho” (escrito y general). - Los Pueblos Indígenas y minorías tienen “Derecho Consuetudinario”.	Los indígenas son “Minorías” a las que debe reconocerse ciertos derechos.	Puede reconocerse el “Derecho Consuetudinario” mientras no afecte ciertos parámetros. Es una concesión con límites.

11 Gluckman, Max, ob. Cit.

Marco Teórico	Definición del Fenómeno	Marco Axiológico	Consecuencia Política
Pluralismo Jurídico	-Dentro de un mismo espacio geopolítico (estado) pueden co-existir varios sistemas jurídicos además del estatal. -Los sistemas normativos indígenas son sistemas jurídicos o derecho: tienen capacidad para crear normas, resolver conflictos, organizar el orden.	Los indígenas y sus pueblos tienen capacidad autonormativa e iguales derechos. No son "inferiores" ni merecen tutela o concesiones paternalistas.	Se debe reconocer los Sistemas Jurídicos de los Pueblos Indígenas dentro de un modelo de Estado Democrático y Pluricultural de Derecho. -Los DDHH y la interculturalidad son marcos.

2. Rasgos del Derecho Indígena o Consuetudinario en Guatemala. ¿Cómo es y cómo funciona el derecho indígena en Guatemala?

En Guatemala, como en gran parte de los países latinoamericanos con población indígena, los rasgos del derecho indígena actual están condicionados por la historia de los pueblos indígenas y su interacción desventajosa con el sistema dominante. No obstante ello, gracias a la pervivencia de su matriz cultural, los sistemas normativos indígenas se han adaptado y recreado, logrando sobrevivir a pesar de las condiciones de subordinación política y represión. Cabe anotar que cuando se habla de los sistemas indígenas con relación al sistema estatal no se está hablando de sistemas paralelos que nunca se tocan, sino de sistemas en interacción constante, con mutuas influencias. El problema es que los sistemas indígenas están en una situación política subordinada y ello condiciona su funcionamiento, valoración y posibilidades de desarrollo.

Marco socio-demográfico

Los estudios etno-demográficos coinciden en señalar que la mayoría de la población guatemalteca es indígena, conformando alrededor del 60% de la población total. Sin embargo, el Censo Nacional de 1994 da una cifra menor para el total nacional, un 43%; aunque indica que en varios departamentos del país la población indígena está entre el 60 y más del 90% de la población¹² (INE: 1996). Étnicamente, la mayoría de la población indígena es de raíz maya, y apenas un grupo muy reducido descende de los Xincas, que tienen otra raíz. También hay población afro-americana, los garífunas, básicamente ubicados en el nor-orienté del país. Y hay un conglomerado poblacional étnicamente mestizo que se suele autodefinir como "ladino".

En términos lingüísticos, en Guatemala se habla el castellano, así como 21 idiomas mayas (por lo menos), el Garífuna y muy limitadamente, el Xinca.

¹² Instituto Nacional de Estadística: Censos 1994. República de Guatemala. Características generales de población y habitación. Guatemala: INE, 1996.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

La identidad indígena

La identidad es un fenómeno relacional e intersubjetivo, se define en la interacción. La autopercepción de la identidad es contextual, flexible, cambiante. En un contexto en el que ser indígena es reprimido o desvalorizado, probablemente muchos no se autoidentificarán como indígenas, pero podrá ocurrir lo contrario cuando ello signifique ser portador de derechos. Por ejemplo, hace dos décadas, cuando ser indígena podía dar lugar a ser perseguido, muchos indígenas trataron de ocultar su identidad quitándose sus trajes y dejando de hablar su idioma. Ahora, después de firmada la Paz, muchos reivindican su identidad, usan con orgullo sus trajes y dicen públicamente que son “mayas”. La misma palabra “maya” se ha convertido en un identificador cultural que no era utilizado de esa manera hace unas décadas. Esto no significa, como dicen algunos, que los mayas no existan, sino que la identidad de los pueblos indígenas se va reconfigurando.

De otra parte, como las personas y los grupos se mueven en múltiples espacios o escenarios sociales, su identidad también es múltiple y compleja. El elemento definitorio de la identidad dependerá del contexto. Por ejemplo, en un determinado espacio se definirán como católicos o evangélicos, en otro, como mayas o indígenas, en un tercer escenario como ciudadanos votantes. Lo mismo también pasa con el derecho indígena o maya.

Se llamará derecho indígena no a lo que fue así hace quinientos años, sino a lo que en la interacción con otros sistemas, particularmente frente al estatal, los pueblos indígenas definen como propio en cada momento histórico. Esto no significa que se busque que dicho derecho sea “puro”, sino lo que desde la autoidentificación dinámica, relacional y contextual, los indígenas conocen y autoperciben como “su derecho”: quiénes son sus autoridades, cuáles son sus normas, sus procedimientos e instituciones, su “*costumbre*”.

Dado que hay varios escenarios posibles de la relación entre el sistema estatal y los sistemas jurídicos indígenas, las personas tienen una estrategia de utilización de recursos alternos. Esto supone una evaluación fáctica de la eficacia de un mecanismo determinado para lograr cierto objetivo o satisfacer cierta necesidad o interés. En un determinado contexto, cuando su propio sistema va a ser eficaz para responder a sus intereses lo utilizarán, pero en otro, en el que probablemente ello no suceda, recurrirán al derecho estatal.

En síntesis, cuando se habla de derecho indígena como propio de los pueblos indígenas, se alude a un concepto relacional. No se busca la descripción de un supuesto “derecho puro”, antes de la contaminación occidental, sino a lo que los indígenas perciben como suyo frente al derecho estatal u otros sistemas, en un determinado momento histórico. Tampoco se quiere decir que el derecho estatal y el indígena sean “paralelos” en el sentido de que nunca se tocan, sino que interactúan y se influyen mutuamente, pero mantienen un eje cultural propio, que es lo que les da identidad. Cuando se habla de

derecho indígena no significa que los indígenas no utilicen el derecho estatal, sino que tienen una estrategia de utilización de recursos múltiples por la cual utilizan el mecanismo que les ofrece responder a alguna necesidad, interés, o evitar la represión. Tampoco se quiere decir que los indígenas sólo se regulen por el derecho indígena, sino que al participar de diversos espacios sociales (iglesias, cargos, identidades) en los que se pretende regular diversos aspectos de la vida social, regularán los distintos aspectos de su conducta por varios sistemas (ej. un aspecto de la vida por lo que dice la iglesia, otro por lo que dice “el costumbre”, otro por lo que dice el alcalde, etc.). Es interesante observar, cómo a lo largo del tiempo, van reconfigurando lo que llaman “su derecho” con la incorporación de diversos elementos dentro de su propio eje cultural. La categoría “derecho indígena” no excluye la co-existencia de diversos sistemas regulatorios que se intersecan y, eventualmente, disputan regular el mismo aspecto de la vida social. Se trata de grados. Probablemente haya un mayor grado de regulación de la vida social por el derecho indígena cuando los niveles de cohesión social sean más altos, haya más distancia geográfica respecto de los centros urbanos, la violencia política haya tenido menor efecto, y haya menor presencia de sistemas que también buscan regular la vida social (sectas, presencia estatal, etc.).

Características del derecho indígena maya

El derecho o sistema jurídico indígena maya tiene su propio sistema de autoridades, normas y procedimientos por los cuales regula la vida social, permite resolver conflictos y organizar el orden social. También incluye reglas sobre el nombramiento o designación y cambio de autoridades, así como reglas sobre las instancias y mecanismos para crear o cambiar reglas (las llamadas normas secundarias). De acuerdo a cada comunidad varían los niveles de eficacia y legitimidad de este sistema.

Las etnografías sobre el derecho o sistema jurídico maya en Guatemala¹³, muestran

13

Revisar: la investigación de la Universidad Rafael Landívar, IDIES (5 volúmenes): El sistema Jurídico Maya, una aproximación. Guatemala: URL, 1998, El sistema jurídico Mam. Una aproximación. Guatemala: URL, 1999, El sistema jurídico Poqomchi'. Una aproximación. Guatemala: URL, 1999, El sistema jurídico Ixil. Una aproximación. Guatemala: URL, 1999, El sistema jurídico K'iche'. Una aproximación. Guatemala: URL, 1999; DARY, Claudia: El derecho internacional humanitario y el orden jurídico maya: una perspectiva histórico cultural. Guatemala: FLACSO y CICR, 1997; SIEDER, Rachel: Derecho Consuetudinario y Transición Democrática en Guatemala. Guatemala: FLACSO, 1996, que además contiene un buen recuento bibliográfico sobre el tema; ORDÓÑEZ CIFUENTES: José Emilio Rolando: Justicia y Pueblos Indígenas. Crítica desde la antropología jurídica. Guatemala: CIDECA, 1997; ESQUIT, Edgar y Carlos OCHOA (editores): El respeto de la palabra. El orden jurídico del Pueblo Maya. Guatemala: CECMA, 1995; CECMA (ed.): Derecho Indígena. Sistema Jurídico de los Pueblos Originarios en América. Guatemala: CECMA, 1994; SOLARES, Jorge: Derechos Humanos desde la perspectiva Indígena en Guatemala. Guatemala: FLACSO, 1995. ROJAS LIMA, Flavio: El derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca. Guatemala: PDH, 1995. Desde el marco teórico de “la costumbre jurídica” hay algunas monografías al respecto como el texto de FLORES ALVARADO, Humberto: El Derecho de la costumbre. Ensayo sobre la normatividad jurídica consuetudinaria en Guatemala. Guatemala: INAP y Friedrich Ebert, 1993; y la entrega de la Universidad San Carlos de Guatemala: La Costumbre Jurídica comunal de la Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack. 16

su carácter integrador y no especializado, porque articula la cosmovisión, la cultura y la espiritualidad.

En las etnografías sobre el derecho maya se describe un gran rango de esferas de la vida social que son reguladas por tal derecho, variando de acuerdo a cada comunidad. El derecho u orden jurídico maya cubre materias como las uniones conyugales o matrimonio, las relaciones familiares, las herencias, el sistema de administración de recursos (uso de bosques y fuentes de agua), la tierra, la definición de los hechos dañinos socialmente (lo que serían *delitos*) y las respuestas o sanciones que se les puede aplicar (acciones reparatorias o restitutivas, suspensión de servicios, trabajos colectivos, etc.); así como lo que corresponde al llamado “derecho público”, esto es, los sistemas de autoridades y cómo elegirlos, deberes y derechos de los miembros de la comunidad, los distintos servicios que deben cumplir las personas a lo largo de su ciclo vital, etc. Por lo general, la gente llama al seguimiento de estas pautas “*el costumbro*” o “*el costumbre*” (ej. “él está casado por “*el costumbro*” o, “ellos son Ancianos del costumbre”).

Uno de los elementos estructurantes de la cultura y espiritualidad indígena, así como del sistema normativo, es el “calendario maya” (religioso y solar), pues resume la cosmovisión, y es fuente de pauta de la vida social, colectiva e individual. El “calendario” resume conocimientos de diverso carácter (astronómico, biológico, agrícola, social, psicológico, etc.), criterios axiológicos (que guían el comportamiento social), y principios de espiritualidad (que señalan cómo establecer una relación armónica integral entre los individuos y el cosmos en su conjunto). En los códigos culturales de la población en general, están presentes elementos centrales del calendario pero algunos aparecen mezclados con los de la religión católica y la cultura occidental. Para quienes están empeñados en recuperar una cierta “pureza” de su cultura, el calendario es el eje de ello.

En el derecho maya no existe la rígida división del derecho moderno entre las normas morales, religiosas y jurídicas que describía Kelsen. Para ilustrar la complejidad del sistema jurídico indígena maya, tenemos el caso de quienes cometen determinados hechos dañinos. El *ajq'ij* (guía espiritual o sacerdote maya) analiza la fecha de nacimiento de la persona y eventualmente considera que por tal día el sujeto tiene ciertos condicionamientos que lo han llevado a cometer el referido hecho dañino. Esto se toma en cuenta al momento de determinar las medidas o sanciones a aplicar, ya sea para atenuar su responsabilidad o para darle medidas específicas. Por ejemplo, tal persona no sólo deberá devolver lo robado, reparar el daño que hizo o pedir perdón por el adulterio, sino que además tendrá que realizar ceremonias a su *nahual* (o *nawal*: espíritu) cada veinte días para gozar de su protección y así evitar las conductas nocivas. La realización de las ceremonias exige estar “en armonía” consigo mismo y con los demás, para tener la

etnia Kaqchiquel. Guatemala: DIGI, USAC, s/f (1997). En esta línea se inscriben los trabajos de Rolando López Godínez. Hay un viejo texto de 1961, reimpresso en 1992 de NOVAL, Joaquín: Resumen etnográfico de Guatemala. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1992; Como marco referencial es útil el libro de GUZMAN BÖCKLER, Carlos y Jean-Loup HERBERT: Guatemala, una interpretación histórico-social. Guatemala: Editorial Cholsamaj, 1995 (revisa la edición original de 1970).

disposición adecuada de hacer ofrendas y recibir las bendiciones correspondientes. Esto se vuelve un mecanismo de control social importante.

El control social de las diversas conductas se da mediante un complejo sistema de autoridades o dignidades y mediante controles sociales, culturales, espirituales y también coercitivos.

Las “autoridades” vinculadas al mantenimiento del orden y la paz social pertenecen no sólo a un sistema normativo “laico” de coerción formal-externa, sino también espiritual y cósmico. Este es el caso, por ejemplo de los *ajq'ijab'*, que son los que conocen el calendario religioso y solar (que supone conocimientos de astronomía), son sacerdotes, guías espirituales y políticos; indican pautas de conducta tanto colectivas (para todo el pueblo) como individuales, en función del *nahual* que corresponde al día del nacimiento de las personas. Después de la desestructuración de los sistemas indígenas por la conquista y colonización, las autoridades y saberes más vinculados a las funciones políticas fueron los más afectados, habiéndose reducido el papel de los *ajq'uijab'* a funciones más vinculadas a los ámbitos familiares y personales.

En la cultura maya, un *ajq'ij* puede ser tanto un hombre como una mujer, a diferencia de los cargos de raíz colonial, en los que por lo general la titularidad descansa en los hombres, aunque ejerzan el cargo conjuntamente con sus esposas. Otras figuras importantes que intervienen en la regulación de pautas de conducta, son las *comadronas*, y los *tortuleros* o *tortoleros*. Estos son los encargados de dirigir las ceremonias matrimoniales e indicar las responsabilidades de los contrayentes. Más adelante, si hay conflictos en la pareja, se recurre a ellos y a los padrinos.

Dada la superposición de sistemas de autoridades a lo largo de la historia colonial y republicana, algunos sistemas de autoridades indígenas actuales tienen una raíz colonial. Las *alcaldías indígenas*, fueron instauradas como instituciones “bisagra” del mundo colonial con el indígena, para facilitar el control de éste; pero re-apropiadas por los indígenas, han permitido -y aún hoy permiten- espacios de auto-regulación y control propio. Las *cofradías*¹⁴, de su parte, fueron creadas para el control religioso del mundo indígena. Sin embargo, los indígenas aprendieron a re-utilizar y apropiarse de estas instituciones coloniales para elaborar formas de resistencia cultural detrás de la aparente práctica de la religión católica.

La participación en las responsabilidades o cargos tanto del *Municipio* o *Alcaldía* como de la *cofradía*, se entrecruzan, y todas las personas adultas, a lo largo de su ciclo vital, deben asumir alternadamente cargos en ambos sistemas, llamados sólo para efectos pedagógicos, *secular* y *religioso*. Los cargos en el *Municipio* varían localmente en su número, nominación y jerarquía (incluyen *alguaciles*, *mayores*, *vocales*, *alcaldes auxiliares*,

¹⁴ Ver: ROJAS LIMA, Flavio (1988): La Cofradía. Reducto cultural indígena. Guatemala: Lit. Modernas.

guarda bosques, guarda cementerio, el “escolar” o encargado de la escuela, etc.), y están referidos a la organización de tareas y servicios comunales; la resolución de diversos conflictos, el control de la seguridad y el orden comunal, y la relación con autoridades estatales. Los cargos en la *cofradía* están referidos a la celebración de las fiestas de los principales santos del lugar, entre otras funciones sociales y culturales. Al llegar a la madurez, la persona ha pasado todos los cargos y se convierte en *principal*. Junto con otros, conforma el *consejo de ancianos*, encargado de dar consejos a los alcaldes auxiliares en problemas que no pueden resolver éstos, y son consultados por diferentes miembros de la comunidad. Por lo general, estos cargos de origen colonial son asumidos por hombres en compañía de sus esposas. Las variaciones a este modelo son muchas y reflejan el complejo entramado de los diversos sistemas de autoridad.¹⁵

El cuadro que sigue reseña algunas formas de autoridad presentes en el derecho maya, el origen y funciones de las mismas¹⁶:

<p>AUTORIDADES DE RAÍZ CULTURAL MAYA</p>	<ul style="list-style-type: none"> - k’amal be’: guía. Ancianos/as o principales. Personas con experiencia que pueden orientar o guiar a la comunidad y solucionar conflictos. - Ajq’ij’: “el contador de los días”. Llamados guías espirituales o sacerdotes mayas. Conocen el calendario maya y dan orientaciones personales y comunitarias en todos los campos, social, político, familiar, etc. Pueden ser mujeres u hombres. - Consejos de Ancianos o Principales: están formados por las personas que han pasado todos los cargos. En algunos lugares también por guías espirituales y otras dignidades. Son personas mayores, con mucha experiencia y prestigio. Nombran alcaldes y otros cargos, resuelven conflictos difíciles o dan consejos para resolverlos. - Comadronas: mujeres que han nacido con el don de servir a la comunidad como parteras. Orientan a la familia sobre el embarazo y pautan la crianza de los hijos. Intervienen en algunos conflictos familiares.
<p>AUTORIDADES DE ORIGEN COLONIAL Y REAPROPIADAS por la CULTURA MAYA</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Alcaldes y sistema de cargos de la alcaldía auxiliar y Municipal. Los alcaldes son las autoridades encargadas del Gobierno local y reguladas por el Código Municipal, aunque sus funciones en la práctica son más amplias. Organizan la vida comunal, coordinan tareas de desarrollo local. Resuelven conflictos en la comunidad. El sistema y número de cargos de aldeas y cantones varía localmente, así como sus respectivas denominaciones y jerarquías. En todos los casos se trata de cargos rotativos que todos los adultos deben pasar como un servicio obligatorio a la comunidad. - Cabildos o Asambleas: es la reunión de la población en una aldea, cantón o municipio. Ven asuntos muy importantes y toman decisiones relevantes para la comunidad. Atienden los casos más graves (ej. expulsión de alguien de la aldea, etc.). - Cofradías: grupos de personas organizadas con sistema de cargos interno

¹⁵ Ver: Ordoñez, José Emilio (1997): Justicia y Pueblos Indígenas. Crítica desde la antropología jurídica. Guatemala: CIDECA.

¹⁶ Adaptado del cuadro que aparece en el apartado sobre Comunidades del Pueblo Maya en el Tercer Capítulo del Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico-CEH. Guatemala: CEH-UNOPS. 1999. Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack. 19

AUTORIDADES DE RAÍZ CULTURAL MAYA	<ul style="list-style-type: none"> - k'amal be': guía. Ancianos/as o principales. Personas con experiencia que pueden orientar o guiar a la comunidad y solucionar conflictos. - Ajq'ij': "el contador de los días". Llamados guías espirituales o sacerdotes mayas. Conocen el calendario maya y dan orientaciones personales y comunitarias en todos los campos, social, político, familiar, etc. Pueden ser mujeres u hombres. - Consejos de Ancianos o Principales: están formados por las personas que han pasado todos los cargos. En algunos lugares también por guías espirituales y otras dignidades. Son personas mayores, con mucha experiencia y prestigio. Nombran alcaldes y otros cargos, resuelven conflictos difíciles o dan consejos para resolverlos. - Comadronas: mujeres que han nacido con el don de servir a la comunidad como parteras. Orientan a la familia sobre el embarazo y pautan la crianza de los hijos. Intervienen en algunos conflictos familiares.
	<p>que rota cada año. Están encargadas de organizar las celebraciones de los santos patronales y cumplen otras funciones culturales y sociales. El ejercicio de los cargos entre la alcaldía y la cofradía se va alternando. Quien pasa todos los cargos es un "principal". Los cargos de raíz colonial suelen ser ejercidos por hombres casados, por lo que participa la esposa de esta manera.</p>
AUTORIDADES Y LIDERAZGOS MÁS MODERNOS	<ul style="list-style-type: none"> -Comités pro-mejoramiento: organizaciones locales que se encargan de diversas tareas de desarrollo. - Agrupaciones y líderes o autoridades religiosas, sociales, culturales, cívicas, políticas, gremiales, etc.

La resolución de conflictos al interior del espacio comunal, desde la Colonia, fue dejada en manos de los indígenas en lo que correspondía a los **conflictos menores**, debiendo remitir los casos "graves" a las autoridades estatales. Esta práctica ha continuado más o menos hasta nuestros días, aunque la Constitución de 1985 ya no lo permite. En los lugares alejados o donde el control estatal es menor, los indígenas tienen más margen de auto-regulación. En lugares más próximos a los centros urbanos, suelen remitir los casos graves con más frecuencia a los jueces y autoridades estatales.

En una encuesta tomada a dirigentes mayas de Occidente (Quetzaltenango, Totonicapán, San Marcos y Retalhuleu)¹⁷ sobre la presencia de *autoridades tradicionales*, los encuestados dan cuenta de la existencia de diversas autoridades en un porcentaje de dos tercios: guías espirituales (*ajq'ij'*), alcaldes auxiliares, comadronas; ancianos alcaldes indígenas, entre otras autoridades, a las que se recurre para la regulación social y la resolución de conflictos. Los informantes indican que los ancianos y guías espirituales intervienen en las aldeas respecto de problemas familiares, espiritualidad maya, actividades y problemas referidos al conjunto de la comunidad, salud. Una menor cantidad de encuestados (10.7%) dice que no existen tales autoridades en sus comunidades y el 3.6% indica que no tienen intervención. Funciones como las arriba señaladas son observadas en otras investigaciones empíricas.

¹⁷ Fuente: Informe de la Base de datos del Proyecto "Administración de Justicia y Pluralismo Lingüístico" Guatemala: MINUGUA, Marzo de 1997.

Las autoridades intervienen dando consejos, promoviendo formas de conciliación y dando pautas para la vida social. Sus opiniones son respetadas y seguidas por quienes las consultan. Las consultas son de carácter individual o colectivo. En el caso del *consejo de ancianos*, éste es consultado también por otras autoridades como los alcaldes auxiliares para los casos que no pueden resolver. Donde no hay “consejo de ancianos”, la autoridad individual de los mismos es relevante. Los *ajq'ij* o guías espirituales suelen ser parte de los consejos de ancianos, pero también son consultados individualmente por todo tipo de personas y para diversos asuntos. También otras autoridades consultan con ellos. Dado que los *ajq'ij* puede leer el calendario, tirar el *tz'ite'* (frejoles rojos), hacer ceremonias y auscultar el momento propicio para actividades particulares (matrimonios, negocios, actividades importantes) como colectivas (reuniones, toma de decisiones, actividades políticas, etc.), su autoridad e influencia son significativas, aunque varían de acuerdo a las comunidades. En algunas comunidades su incidencia es bastante importante para todo el pueblo, y en otras ha quedado reducida a un sector social.

Por su parte, la intervención de alcaldes auxiliares está más vinculada a actividades y “problemas comunitarios”, así como a problemas familiares. Entre las atribuciones de hecho de los alcaldes está el gobierno local, la organización de actividades de desarrollo, la provisión de servicios básicos; la organización de tareas comunales y de una suerte de *servicio civil* por el que pasan los miembros de la comunidad; la resolución de conflictos diversos; la coordinación con otras autoridades estatales, etc. Se incluyen funciones que corresponden al *derecho público*. Cabe anotar que pueden ser percibidos como *problemas comunitarios* problemas que para el derecho estatal son de carácter estrictamente individual. Un lío entre familiares, un problema de tierras, o un conflicto de pareja, pueden atraer la atención de la comunidad si pueden trascender, afectar a más vecinos o incidir en valores que el grupo percibe como relevantes.

Las llamadas *comadronas* tienen también un papel relevante respecto de problemas de salud y problemas familiares. Estas mujeres intervienen en toda la etapa de la gestación, nacimiento y cuidados de los recién nacidos, así como en otros aspectos de la salud y el comportamiento social dentro de la familia. Las reglas que pautan el comportamiento de la comunidad y de los padres ante el nacimiento, es celosamente custodiado por las *comadronas*. Por ello también tienen autoridad para intervenir cuando se producen conflictos de índole familiar. En la cosmovisión maya, hay una estrecha vinculación entre el comportamiento social y los efectos que éste puede tener en la salud, por lo que la pauta de la salud y cómo curarla, también se vincula a otros aspectos del comportamiento social. Por ejemplo, se puede atribuir una enfermedad a un comportamiento negativo propio, o a un comportamiento o actividad ajenos orientados a producir tal mal. Por ejemplo, el mal comportamiento del padre respecto de enfermedades del hijo o la madre. Su “cura” puede implicar procesos de develación de conflictos intrafamiliares y la respectiva conciliación o arreglo entre las partes.

Las autoridades y liderazgos que no tienen una raíz maya ni colonial se entremezclan con éstos. Sobre todo cuando surge alguna nueva forma de liderazgo o autoridad, por lo general hay un choque con el sistema tradicional y luego se van

adaptando mutuamente. Por ejemplo, cuando surgió Acción Católica hacia los sesenta, se confrontó con el sistema de autoridades tradicional y con los guías espirituales y las autoridades de la “costumbre”. Posteriormente, en durante los setenta y ochenta, las autoridades mayas y líderes comunitarios también eran catequistas y líderes católicos de la nueva orientación progresista de la Iglesia Católica. Hacia fines de los setenta y durante los ochenta, creció la presencia de sectas evangélicas junto con el proceso de militarización. Como parte de la estrategia contrainsurgente, los catequistas católicos fueron perseguidos bajo el estigma de ser comunistas-guerrilleros. En muchas comunidades, carnetizarse en alguna secta evangélica era una estrategia de sobrevivencia. Las sectas estaban contra la “costumbre”, por llamarla “brujería”, y contra la idea de los católicos de perseguir la justicia en la tierra. Actualmente, las creencias evangélicas han sido reapropiadas en muchos casos y muchos líderes comunitarios son evangélicos.

La presencia de gremios, partidos políticos, comités pro-mejoramiento, promotores de salud, derechos humanos, entre otros, ha generado nuevas formas de autoridad y liderazgo dentro de las comunidades, las cuales inciden en la toma de decisiones que afectan la regulación de la vida social y resolución de conflictos. El cabildo en su versión tradicional, y la asamblea en su versión más moderna, son instancias sumamente importantes en las decisiones sobre la vida comunitaria y la resolución de problemas graves.

En síntesis, las autoridades e instancias que intervienen en la regulación social, la instauración del orden y la resolución de conflictos, tienen raíz histórica maya y colonial. Igualmente son fuente de liderazgo y autoridad comunal los gremios, comités, partidos, iglesias, movimientos cívicos y organizaciones sociales. Las asambleas, consejos, cabildos, entre otras, son instancias de autoridad legítimas. Estas autoridades e instancias, en diferentes grados y campos, participan de la toma de decisiones, la resolución de conflictos y la organización del orden. Todas las autoridades, instancias o instituciones, antiguas o nuevas, en tanto son reapropiadas desde el eje cultural maya y son percibidas así por los indígenas, deberán ser considerados como tales.

La relación entre autoridades estatales e indígenas siempre ha sido compleja y en algunos casos violenta. En ciertos lugares hay una suerte de “convivencia pactada” pues son las comunidades las que llevan a los presuntos delincuentes ante la policía, ya que ésta no llega a los lugares alejados. En otros casos, en el marco de una relación conflictiva entre autoridades indígenas y estatales, éstas últimas han controlado o reprimido a *aj q'ij* (o sacerdotes mayas) por la práctica de su cultura y espiritualidad; así como han procesado a alcaldes auxiliares indígenas por delito de usurpación de funciones, por administrar justicia sin ser jueces, ordenar arrestos de “bolos” (ebrios), hacer levantamiento de cadáveres, etc.

Las autoridades indígenas han aprendido a auto-limitarse en sus funciones para evitar ser reprimidos por las autoridades estatales. Por ejemplo en casos graves como los homicidios, o cuando se trata de extraños, remiten los casos a la autoridad estatal para

evitar ser procesados por complicidad, usurpación de funciones, u otros delitos.

Los diversos sistemas normativos (el estatal y los no estatales) se comportan como “círculos semi-autónomos de poder”, como dice Sally Moore,¹⁸ teniendo campos propios y otros con muchas intersecciones. Hay situaciones en las que la auto-regulación comunitaria indígena es significativa, pero hay otros espacios en los que el control es disputado violentamente por el sistema estatal y los sistemas no estatales (dependiendo de la materia, el monto, el sujeto y el lugar -si es distante o cercano a los centros urbanos de control estatal-).

Frente a la coexistencia de diversos sistemas, los indígenas han desarrollado “estrategias de utilización de recursos diversos” dirigiéndose a uno u otro sistema de acuerdo a sus intereses, el poder relativo de cada sistema y las posibilidades de obtener las soluciones deseadas. Esto pasa también en muchos países donde la población indígena tiene sus propios sistemas de control en condiciones de subordinación. La población aprende a utilizar el sistema oficial en determinados casos, especialmente cuando se ha roto la cohesión social, cuando se requiere una decisión judicial respecto de alguien que no es indígena o cuando se tiene que hacer valer dicho derecho ante otras instancias estatales (administrativas, judiciales o políticas).

Situación actual y vigencia del derecho maya

Los largos años de la guerra (más de tres décadas), la militarización (reclutamiento forzoso y masivo de jóvenes indígenas, la presencia de patrulleros y comisionados militares en todo el país durante el enfrentamiento armado), la secular presencia de la iglesia católica, la penetración de sectas fundamentalistas (junto con el proceso de militarización de las comunidades), la estratificación y diferenciación social indígena, los procesos migratorios (internos y externos, especialmente hacia México y los Estados Unidos) y otros complejos procesos sociales, han agudizado la ruptura de importantes elementos de cohesión social y han mellado fuertemente los valores culturales indígenas, sus formas tradicionales de organización y sus mecanismos de regulación social y resolución de conflictos.

El efecto devastador de la guerra en muchos lugares ha sido inmenso¹⁹: muchas autoridades indígenas fueron eliminadas físicamente, otras tuvieron que sobrevivir clandestinamente detrás *comités pro-mejoramiento* u otras instituciones que les permitiesen actuar sin ser reprimidas. Los alcaldes auxiliares -figuras tradicionalmente

18 Citada en Sieder, Rachel (1996): Derecho Consuetudinario y Transición Democrática en Guatemala. Guatemala: FLACSO. p.34

19 Comisión de Esclarecimiento Histórico (1999): Conclusiones y recomendaciones. Memoria del Silencio. Guatemala: CEH. Ver: en el Capítulo II “Violaciones a los derechos de existencia, integridad e identidad cultural de los pueblos indígenas” y en el Capítulo III sobre Consecuencias del Enfrentamiento Armado, el apartado sobre “Comunidades del Pueblo Maya”. En estos apartados se describe el impacto de la guerra sobre la organización comunitaria, las autoridades indígenas y su sistema de regulación social y resolución de conflictos.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack. 23

legítimas en la población-, fueron reemplazados por comisionados militares y puestos al servicio de los mandos militares. Una capa generacional fue “arrasada” en vastas áreas, perdiéndose la conexión entre los ancianos y los jóvenes. A pesar de todos estos elementos, todavía persisten o están en proceso de recuperación y reestructuración los sistemas indígenas de regulación y resolución de conflictos, en algunos lugares más que en otros.

La pervivencia y legitimidad de sistemas de control indígenas, revela que tales sistemas son necesarios a la población, tanto en términos materiales como simbólicos o culturales. Esto significa: a) que el sistema de justicia estatal no les es eficiente y culturalmente adecuado y, b) que los sistemas indígenas responden mejor a sus necesidades sociales y a su mundo cultural.

La inaccesibilidad e inadecuación cultural del sistema de justicia estatal es una condición de la pervivencia de los sistemas indígenas. Desde la Colonia hasta antes de la Constitución de 1985 los alcaldes tenían funciones de justicia por lo que podían administrar justicia. Dentro de las comunidades indígenas los alcaldes auxiliares y consejos respectivos cumplían esta función. La Constitución de 1985 elimina la atribución de los alcaldes de administrar justicia y el acceso a la justicia estatal se hace más deficiente en las aldeas y cantones. La falta de cobertura nacional de la infraestructura de la justicia es uno de los problemas más graves: Una década después del cambio constitucional, no había juzgados de paz ni siquiera en la mitad de municipios del país y los que habían se ubicaban exclusivamente en las cabeceras municipales, sin cubrir aldeas ni cantones. Los dos últimos años se ha incrementado la presencia de tales juzgados, pero todavía tienen una cobertura limitada. Los Juzgados de Instancia sólo se encuentran en las cabeceras departamentales y para acceder a las Salas de Apelaciones se debe viajar a través de varios departamentos. El Ministerio Público, creado por el Código Procesal de 1992, está instalado en la cabeceras departamentales y la gente que quiera hacer denuncias deberá viajar desde su cantón o aldea, hasta llegar a la cabecera departamental. La Policía Nacional de igual manera tiene un despliegue limitado en cabeceras departamentales y algunos municipios. El Servicio de Defensa Público es una de las instituciones más nuevas y limitadas. Apenas hay uno o dos abogados defensores públicos por departamento. A la distancia geográfica se suma la distancia cultural y lingüística. La mayoría de operadores de justicia no habla los idiomas mayas ni comprende tal cultura. Recién a partir de 1997 el Organismo Judicial y el Ministerio Público empezaron a nombrar intérpretes judiciales que tenían un mínimo de preparación para tal puesto, pero éstos apenas tienen presencia en algunas cabeceras departamentales del Occidente. Los jueces bilingües son muy escasos y no tienen formación para ello. Los operadores de justicia que saben idiomas indígenas son muy pocos y los utilizan de modo empírico. No hay peritos antropológicos. A la distancia geográfica, lingüística y cultural entre la justicia estatal y los pueblos indígenas, también se suma la discriminación y el maltrato. El derecho y el sistema de justicia estatales no respetan e inclusive criminalizan la diferencia cultural. Además, hay una actitud de discriminación y racismo en el comportamiento de muchos operadores de justicia.

De otra parte, **el tipo de respuestas** que pueden dar el derecho oficial y el sistema de justicia estatal están muy lejos de la forma en la que se encara los problemas en las comunidades indígenas. Los sistemas comunitarios indígenas de regulación social y resolución de conflictos son cercanos a la población, responden más adecuadamente a su cultura y necesidades sociales, y gozan de mayor legitimidad y eficacia en el ámbito en el que operan, entre otras razones, por:

- a) La pertenencia a los mismos códigos culturales, y por compartir normas y valores comunes entre quienes resuelven conflictos o toman decisiones y los usuarios del sistema. Los hechos y las reglas se interpretan dentro de sistemas de creencias y saberes comunes.
- b) La primacía del criterio de “resolver conflictos”, arreglar, llegar a puntos medios, antes que sólo declarar ganadores/perdedores. Esto permite recuperar niveles de “armonía social” dentro de una red compleja de parentesco sanguíneo y político, donde todos son parte de numerosas redes de parentesco y reciprocidad.
- c) La importancia dada al consenso, así como a la reparación y restitución antes que al mero castigo.
- d) La indiferenciación entre asuntos “civiles” o “penales”, y el encaramiento global de los problemas.
- e) El uso del mismo idioma. El uso del lenguaje común o de la vida cotidiana y no uno especializado o de iniciados (como es el lenguaje jurídico occidental).
- f) La cercanía entre las “partes” y los entes resolutorios de los conflictos, el mutuo control comunitario. La cercanía geográfica, social y cultural.
- g) La innecesariedad de pagar abogados, y otros costos del sistema estatal.
- h) La celeridad en resolver casos, etc.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO DEL DERECHO INDÍGENA.

1. Tratamiento jurídico-político del derecho indígena en la historia guatemalteca

Cabe reseñar en cuatro modelos básicos el tratamiento del derecho indígena en la Historia²⁰.

²⁰ Para los tres primeros modelos ver: Marzal, Manuel (1986): *Historia de la Antropología Indigenista*: México y Perú. Lima: PUCP. El cuarto modelo y las reflexiones que siguen son tomadas de Yrigoyen F., Raquel (1995): “De la Criminalización de la Diferencia Cultural a la legitimación Constitucional”. Universidad de Barcelona: Tesis de Master en Sistema Penal y Problemas Sociales. También ver de la misma autora (1998): “Justicia y Pluralismo Legal en Guatemala”. Universidad Autónoma de México y Universidad San Carlos de Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: 25 Fundación Myrna Mack.

a) Modelo de Segregación durante la época colonial.

Durante la Colonia se instauró un modelo jurídico-político de separación de la población en “pueblos de indios” y “villas de españoles” a fin de que se conservaran separadas las diferencias étnico-raciales. Para justificar el régimen de tutela/ explotación de los indios, se creó la ideología de la “inferioridad natural de los indios” con base en la teoría aristotélica de la desigualdad natural. Pero, como la ideología cristiana proclamaba la igualdad de los hijos de Dios, se resolvió la contradicción bajo la idea de que los españoles eran los “hermanos mayores” a quienes se encomendaba la tutela y evangelización de los indios, los “hermanos menores”, quienes debían trabajo y obediencia a los encomenderos.

Para hacer eficiente el régimen colonial, se reconoció a algunas autoridades indígenas que servían de enlace con el mundo colonial, facilitando la organización de los indios para el trabajo, el tributo y la evangelización. Se permitió la conservación de “usos y costumbres” indígenas mientras no afectasen la ley “divina y natural”, el orden económico-político ni la religión católica. Se autorizó a los alcaldes de los pueblos de indios administrar justicia en causas entre indios, pero sólo cuando la pena no era grave, por la ideología de la inferioridad natural. Los casos graves debían pasar al corregidor español. Así, el sistema de normas y autoridades indígenas sobrevivió adaptándose y utilizando instituciones coloniales como las alcaldías, los cabildos y las cofradías.

b) Modelo de Asimilación durante la Independencia.

Con la Independencia se importó de Europa el modelo de Estado-Nación y la idea de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Se instauró el modelo de Estado-Nación, con una sola cultura, un solo idioma y una sola religión oficial, que se plasmó en la Constitución. Se buscaba la asimilación o desaparición de la cultura indígena dentro de la nación mestiza, bajo la ideología del progreso y la superación del “atraso indígena”. Se buscó extinguir los idiomas indígenas, su religión, su cultura.

Se eliminó la palabra indígena de todas las constituciones y la diferencia de regímenes jurídicos, para pasar todos a ser individuos. Se instauró el monismo jurídico, *i.e.* la idea de que a un Estado le corresponde un derecho o sistema jurídico. Por lo tanto, desaparecieron los fueros y con ellos todos los derechos de los pueblos de indios, incluido el derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales. Pero como en la legislación se mantuvo la atribución de los alcaldes de administrar justicia, si bien con funciones limitadas, ello permitió la supervivencia del derecho indígena.

La Constitución igualaba a los indígenas con el resto de ciudadanos, pero a partir de

Guatemala: Tesina para optar la Especialización en Derecho Consuetudinario.

finis del siglo XIX hasta mediados del XX, se dio una legislación menor que los diferenciaba de modo discriminatorio. La necesidad de la burguesía agroexportadora de uso intensivo de mano de obra barata, se contradecía con la igualdad de derechos ciudadanos. Así, mediante normas infraconstitucionales, como leyes y decretos gubernamentales, se obligó a los indígenas a trabajar en las fincas y en la construcción vial. Las leyes de vagancia (como mecanismo adicional para garantizar el trabajo en las fincas o la construcción vial) y el reclutamiento militar (para tener fuerza de “choque” en la represión de los movimientos indígenas y urbanos) se aplicaron prácticamente sólo contra indígenas. Liberales y conservadores discriminaron y reprimieron igualmente a la población indígena.

c) Modelo Político de Integración durante la República

A mediados de siglo recorre en Latinoamérica la preocupación por “el problema indígena”, se crea el Instituto Indigenista Interamericano y empiezan a cambiar muchas constituciones. Nuevas condiciones de la modernización económica exigen la integración de los indígenas al mercado. Igualmente, la necesidad de legitimación de los gobiernos obliga el reconocimiento de derechos a los indígenas. La Constitución de 1945 es la primera en Guatemala que reconoce a los grupos y comunidades indígenas como sujetos colectivos con derechos específicos. Entre éstos, el derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales. Durante la llamada “Primavera democrática” se sanciona la supresión del trabajo obligatorio y la reforma agraria para modernizar la economía e integrar a los indígenas al mercado bajo otras condiciones. La contrarrevolución de 1954 frustra tales objetivos y ninguna otra Constitución republicana vuelve a mencionar la inalienabilidad de las tierras comunales ni la reforma agraria. Las Constituciones posteriores (1956, 1965 y 1985) reconocen derechos a los grupos y comunidades indígenas con el objetivo de “integrarlos” a la nación.

Si bien las Constituciones plantean un modelo de *integración* de los indígenas a la nación, a partir de la contrarrevolución de 1954, durante los años de la guerra y particularmente en su período más cruento (1979-1981), se convirtieron en objeto de represión y hasta de exterminio. La Doctrina de la Seguridad Nacional creó la identidad indígena/campesino con comunista/guerrillero. Como consecuencia de ello, la estrategia contra-insurgente implementó operaciones represivas y de “tierra arrasada” (1980-81) dirigidas contra comunidades indígenas, buscando su eliminación física y cultural. Con el inicio de la democratización del gobierno y del proceso de paz, la Constitución de 1985 reconoció una serie de derechos a los indígenas.

En el modelo integracionista que diseñan las constituciones, se mantiene la idea del Estado-Nación y se reconoce derechos específicos a los indígenas de modo similar a los derechos de minorías, sin reconocer explícitamente una conformación plural de la nación. Por ejemplo, la Constitución de 1985 habla de grupos étnicos y comunidades indígenas, pero no los reconoce como pueblos; igualmente, promueve el uso de los idiomas indígenas, pero no llega a oficializarlos. Así mismo, se mantiene la identidad Estado-Derecho, por lo que no se reconoce el derecho indígena. Sin embargo, hasta antes de la

Constitución de 1985 todas las Constituciones otorgaban funciones jurisdiccionales a los alcaldes, por lo que en la práctica era un espacio para el mantenimiento del derecho indígena. La Constitución de 1985 reconoce y respeta las “costumbres” indígenas y sus formas de organización, pero no reconoce el derecho indígena como tal. Es más, establece la exclusividad de la función jurisdiccional por el Organismo Judicial y elimina explícitamente las funciones de justicia que tenían los Municipios y alcaldes, impidiendo como consecuencia, el ejercicio del derecho indígena que se hacía a través de los alcaldes y cabildos.

d) Modelo Pluralista de la Década del Noventa.

En Latinoamérica, la década del noventa marca cambios constitucionales muy importantes. Los países andinos reconocen el carácter pluricultural y multiétnico de la conformación de la nación y el Estado, y en consecuencia, reconocen una amplia gama de derechos a las comunidades y pueblos indígenas, oficializan los idiomas indígenas, y reconocen el derecho indígena o consuetudinario. También ratifican el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

Durante la última década, en Guatemala se firman los Acuerdos de Paz, que constituyen un compromiso político, y se ratifica el Convenio 169 de la OIT, que constituye una obligación jurídica del Estado Guatemalteco. En ambos casos, se reconoce los derechos e identidad de los Pueblos Indígenas en tanto tales. Los Acuerdos de Paz reconocen la conformación multiétnica, pluricultural y multilingüe de la nación y el Estado, la oficialización de los idiomas indígenas, y plantean el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena. Las Recomendaciones del Informe de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, una Comisión emanada de los Acuerdos de Paz, hablan expresamente del reconocimiento del Pluralismo Legal²¹. La propuesta de Reforma constitucional de los Pueblos Indígenas, presentada por COPMAGUA con cinco mil firmas, recogiendo tal espíritu, propone el reconocimiento del derecho indígena. Las recomendaciones del Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico refuerzan las hechas por la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia²².

En el marco del modelo pluralista, se propone un modelo de justicia plural: 1) Que la Justicia estatal respete el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población; garantice la consideración de valores culturales y el peritaje cultural, así como el acceso a la justicia en idiomas indígenas. 2) El Reconocimiento del derecho consuetudinario

21 La Comisión emitió dos documentos. El primero, “Informe y Recomendaciones sobre Reformas Constitucionales referidas a la administración de Justicia” (1997). En éste planteó la necesidad del “reconocimiento de principios, criterios y procedimientos que los pueblos indígenas desarrollan para resolver los conflictos entre los miembros de su comunidad, siempre que con ellas no se violen derechos reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. En 1998, emitió su Informe Final “Una nueva Justicia para la Paz” (Guatemala: Magna Terra editores) en el que señalaba que la Justicia debía responder al carácter multiétnico y pluricultural de la población, y que en concreto ello implicaba “el reconocimiento de la pluralidad jurídica del país”.

22 Comisión de Esclarecimiento Histórico: “Guatemala: Memoria del Silencio. Conclusiones y Recomendaciones”. Presentado el 25.2.1999.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack. 28

indígena con sus propias normas, valores, procedimientos, instituciones y autoridades para regular la convivencia social y resolver conflictos, mientras no viole los derechos humanos.

3) El reconocimiento y ampliación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

La concreción de este modelo todavía está pendiente en Guatemala. Se trata de un compromiso político que no ha cuajado en cambio constitucional ni legal, salvo la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Las ideas pluralistas, el respeto a la diferencia y el reconocimiento de derechos indígenas, todavía tienen mucho camino por recorrer, hasta encarnarse en normas, instituciones, prácticas sociales y cultura cívica.

2. Referencias al derecho consuetudinario y costumbres en la legislación interna actual

El marco legal interno está conformado por la Constitución Política de Guatemala de 1985 y la legislación secundaria.

La Constitución Política de 1985, de una parte, reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus **costumbres**, en el artículo 58. Y en el artículo 66, respecto de los grupos étnicos, establece que “El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, **costumbres**, tradiciones, formas de organización social,...”. Las formas de organización constituyen parte del derecho indígena. Los pueblos indígenas administran justicia aplicando sus normas y procedimientos, como parte de la práctica de sus “costumbres y tradiciones”.

De otra parte, la Constitución de 1985 establece en su artículo 203 la exclusividad de la función jurisdiccional por el Organismo Judicial indicando que ninguna otra autoridad intervendrá en la administración de justicia. Esta es una referencia expresa a los alcaldes municipales, quienes constitucionalmente tenían dicha atribución. La ley del Organismo Judicial y el Código Municipal, elaborados con posterioridad a la Carta Constitucional de 1985, expresamente han retirado la función judicial que tenían antes los Municipios y los funcionarios municipales. Entonces, el respeto, reconocimiento y promoción referidos en los artículos 58 y 66, entrarían en contradicción con el artículo 203 que indica que sólo el Organismo Judicial puede administrar justicia.

Se podría interpretar que hay un conflicto de normas, en la medida que ambas son de rango constitucional y cada una de carácter específico. Los artículos 58 y 66 son específicos respecto de los derechos reconocidos a los grupos indígenas o étnicos, y reconocen sus costumbres, formas de organización y formas de vida; lo cual incluye el derecho y la administración de justicia indígena. Y, el artículo 203, es específico respecto de la administración de justicia, que señala la exclusividad del Organismo Judicial para administrar justicia. Ante este conflicto de normas, como se verá más adelante, la legislación interna no posibilita una solución. Sin embargo, Guatemala ha suscrito normas internacionales de Derechos Humanos, cuyo rango es superior al ordenamiento jurídico interno según el artículo 46 de la Constitución Política, que posibilitan herramientas interpretativas para resolver tal conflicto de normas.

En la Ley del Organismo Judicial, en el artículo 2, se señala que “la costumbre” puede ser fuente del derecho, a falta de ley y nunca *contra legem*. De este modo, aún reconociéndose la costumbre, ésta se encuentra limitada a lo que no contravenga la ley, el orden público y la moral²³.

Con posterioridad a la firma de los Acuerdos de Paz, se emitió el Decreto 79-97 del 18.9.1997, por el que se reforma el Código Procesal Penal. Mediante este Decreto se crea la figura de los juzgados de paz comunitarios con la atribución de tomar en cuenta los “usos y costumbres” locales en la resolución de casos penales. Igualmente establece un sistema de reconocimiento de arreglos y mediación por autoridades comunitarias, así como un mecanismo para la homologación de decisiones comunitarias. En la fundamentación de dicho decreto se hace alusión a los Acuerdos de Paz. Sin embargo, se señala que los jueces no pueden contravenir la Constitución y las leyes en el reconocimiento de los usos y costumbres y en el conjunto de su actuación.

En el Código Penal están previstas como formas delictivas la usurpación de funciones, abuso de autoridad, secuestro, lesiones, etc. Algunos fiscales y jueces han procesado a autoridades indígenas, ya sean alcaldes auxiliares u otras autoridades comunales, por tales delitos cuando las mencionadas autoridades indígenas han administrado justicia, ordenado la detención de personas (por estar ebrias o ser ladrones), o han determinado ciertas formas de sanción comunitaria: trabajos para la comunidad, corte de servicios públicos (como agua), castigos físicos, etc.

En síntesis, la Constitución reconoce, respeta y promueve las formas de vida y organización, así como las “costumbres” y tradiciones indígenas (artículos 58 y 66), pudiéndose interpretar que “las costumbres” incluyen la administración de justicia y el derecho consuetudinario; pero de otra parte, otorga exclusividad al Organismo Judicial para ejercer la función jurisdiccional y administrar justicia (art. 203), creándose un conflicto de normas respecto del derecho indígena o consuetudinario (entre la norma constitucional que lo excluye y la que lo reconoce). En el nivel de las leyes o normas infraconstitucionales, todas ubican a las “costumbres” por debajo de la ley y la Constitución; con lo cual las leyes mencionadas excluyen el reconocimiento legal del derecho y la justicia indígenas.

2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los Pueblos Indígenas.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos

23 Ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89, reformado mediante Decreto Legislativo 11-93). Artículo 2: “Fuentes del derecho. La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementa. La **costumbre** regirá sólo en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”. Artículo 3: “Primacía de la ley: Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, **costumbre** o práctica en contrario”.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack. 30

En 1992 Guatemala ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴. En el artículo 27 del mismo se garantiza el derecho a la propia vida cultural²⁵. Las instancias internacionales respectivas han interpretado que el “derecho a la propia vida cultural” es aplicable a los grupos étnicos y pueblos indígenas, y que incluye las formas de organización y manejo de recursos como las tierras ancestrales y comunales, así como el derecho a la elección de autoridades, lo cual constituye un componente del derecho indígena o consuetudinario.

Si bien la formulación del artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos está referida a los miembros de minorías, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como “el derecho a la protección especial de las minorías étnicas y las obligaciones positivas del Estado de garantizar tal protección”²⁶. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el mencionado artículo 27 reconoce a los grupos étnicos el derecho a la protección de “todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural”, y que ello implica “los aspectos vinculados con la organización productiva [y el manejo] de las tierras ancestrales y comunales”, así como el respeto de derechos individuales, entre ellos la elección de autoridades²⁷.

Siguiendo la interpretación de las instancias internacionales respectivas, cabría interpretar los artículos 58 y 66 de la Constitución de 1985 referidos al reconocimiento, respeto y promoción de las “formas de organización” y “costumbres” de los grupos étnicos o indígenas, en el sentido que la protección del derecho a la propia vida cultural incluye el respeto del propio sistema de organización social y de regulación, lo que en otras palabras se llama derecho indígena o consuetudinario.

El Convenio 169 de la OIT, nuevo marco normativo

En marzo de 1996, el Congreso de Guatemala ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual está vigente desde junio de 1997. El Convenio establece un conjunto amplio de derechos para los pueblos indígenas referidos a la identidad y protección de la integridad y cultura de los mismos, a sus derechos de participación en el desarrollo local y nacional, el derecho de ser consultados, derechos ante la justicia, el reconocimiento del derecho consuetudinario, el derecho a tierras y recursos naturales,

24 Este Pacto entró en vigor el 23.03.1976, y fue ratificado por Guatemala en 1992.

25 “En los Estados que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma” (Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU).

26 Observación general 23 –artículo 27, aprobada en el 50 Período de sesiones, 1994, HRI/GEN/1/Rev. 1 (pg. 45 y 48), Véase: Revista IIDH, N° 26, Julio-diciembre 1997, pg. 145.

27 Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito. OAS. Doc. OEA/Ser. L/V/II. 62, doc.26 (1984) Caso N° 7964 (Nicaragua). Véase también: Revista IIDH. N° 26, Julio-diciembre 1997.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

seguridad social y salud, educación, comunicación y uso de idiomas indígenas, entre otros.

La ratificación de este Convenio fue uno de los compromisos de los Acuerdos de Paz y se produjo a pesar de la oposición de los sectores agro-exportadores del país (CACIF), que controlan el mayor porcentaje de exportaciones y todavía usan mano de obra indígena de modo intensivo y en condiciones de explotación. En el debate previo a la ratificación, el CACIF alegó motivos políticos y jurídicos para su desacuerdo, entre ellos, cuestionó la legitimidad de la ratificación indicando que tal se basaba en un acuerdo con la guerrilla en el que ellos no habían participado, que el Convenio afectaba el derecho de igualdad al conceder más derechos a los indígenas que a los ladinos, que afectaba el derecho de propiedad pues se producirían invasiones de tierras, y que el reconocimiento del derecho consuetudinario afectaría la unidad y soberanía del país al “crear un estado dentro de otro estado”. La Corte de Constitucionalidad emitió una fundada opinión consultiva en la que se pronunció por la inexistencia de incompatibilidad entre la Constitución de 1985 y el Convenio 169, haciendo viable su ratificación. Es más, la Corte dijo que el Convenio desarrollaba los derechos enunciados en el texto constitucional que no habían tenido desarrollo legal, que no afectaba el derecho de igualdad en tanto los indígenas habían sufrido discriminación previa y debían ser tratados de modo diferente, que no se afectaba el derecho de propiedad y que tampoco se promovía la autonomía de los pueblos indígenas y la división del país con el reconocimiento del derecho consuetudinario²⁸.

Con relación a la justicia, el Convenio establece derechos de los indígenas frente a dos situaciones: a) ante la justicia estatal, y, b) el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Respecto de los derechos de los indígenas ante la justicia estatal plantea, entre otros, el respeto de su cultura, el uso de sus idiomas (mediante intérpretes u otros medios), el derecho de defensa, medidas alternativas a la cárcel, etc. (artículos 8,1; 9,2; 10;12).

Con relación al derecho consuetudinario y temas conexos, el Convenio establece los siguientes derechos:

- a) Derecho de Consulta. Previamente a la emisión de medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas, debe hacerse una consulta con los pueblos indígenas (art. 6). Esto es, que si se va a hacer alguna reforma legal o implementarse alguna medida administrativa con relación al derecho indígena o consuetudinario, tal debería ser previamente consultada con los pueblos indígenas.
- b) Derecho a la identidad cultural. Debe tomarse medidas “que promuevan la plena efectividad de los derechos de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” (art. 2,b). Se entiende que el respeto

28 Ver en el Anexo VII La Opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sobre el Convenio 169 de la OIT.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

de las costumbres e instituciones es parte intrínseca del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Tal es el fundamento del respeto del derecho consuetudinario.

- c) Derecho al respeto del derecho consuetudinario. “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (Art. 8,1). Cuando se aplique en general la legislación nacional en los pueblos indígenas, se debe respetar el derecho consuetudinario. Esto significa que la tarea legislativa nacional debe estar muy atenta para no mellar de ninguna manera el derecho consuetudinario, no criminalizarlo, cooptarlo o manipularlo.
- d) Derecho de conservar el derecho consuetudinario. “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(…)” (Art. 8,2, primer párrafo). Los pueblos indígenas tienen atribución legal a partir de este Convenio de conservar sus instituciones y prácticas jurídicas. El límite es que no deben ser incompatibles con los derechos humanos ni fundamentales. Es importante anotar que el Convenio no limita el derecho consuetudinario a la ley o a los intereses de terceros, sino sólo a la no vulneración de derechos humanos.

Dado que este Convenio es sobre derechos humanos, tiene un rango superior al derecho interno según el art. 46 de la Constitución. Por ello, está por encima de las leyes que limitan la costumbre a no afectar la ley y la Constitución. Esto significa que si las costumbres e instituciones de los pueblos indígenas incluyen la facultad de administrar justicia, ello está reconocido por este Convenio. La Corte de Constitucionalidad, al pronunciarse sobre este punto llama a una interpretación que armonice el texto del Convenio con la Constitución. El punto en discusión es el artículo 203 de la Carta constitucional porque sólo faculta administrar justicia al Organismo Judicial, mientras el Convenio otorga a los pueblos indígenas dicha facultad. Dada la confusión que puede crearse a partir de este artículo, es que se hace necesaria una reforma constitucional que claramente reconozca el derecho consuetudinario y la facultad de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas, tal como manda el mismo Convenio (adaptar la legislación nacional al Convenio).

- e) Respeto de Métodos de control penal. “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y 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” (Art. 9,1). El Convenio no limita la aplicación del derecho consuetudinario a materias civiles o de mínima cuantía; expresamente incluye la materia penal. Según el Convenio, el límite de lo que sería el “derecho penal indígena” no está referido a los tipos de delitos que pueda conocer o a la gravedad de los mismos, sino a que los métodos indígenas de control penal, no vulneren los derechos humanos.

- f) Mecanismo para resolver conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos. “(...) Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio [que no haya incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos].” (Art. 8, 2). Esto significa que si alguien alega que en aplicación del derecho consuetudinario se viola los derechos humanos, esto no autoriza al Estado a pasar automáticamente el caso a los tribunales ordinarios o someter a las autoridades indígenas ante la justicia estatal. Lo que el Convenio reclama es la previsión de procedimientos para solucionar los conflictos. La previsión de estos mecanismos se puede hacer mediante una norma constitucional o legal. Para efectos de no hacer una nueva imposición cultural del derecho estatal, el procedimiento por el cual se resuelva una denuncia por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena, debe permitir hacer una interpretación intercultural de los hechos y del derecho. Esto podría garantizarse, por ejemplo, mediante un tribunal mixto, formado por jueces estatales y autoridades indígenas. Si no se respetara la integridad cultural, se estaría faltando a los otros derechos otorgados por el mismo Convenio (el art. 8,1, 2,b, etc.).
- g) Adecuación de la legislación nacional al Convenio. El Convenio indica que para implementar el Convenio, los programas sobre pueblos indígenas deben incluir “la proposición de medidas legislativas y el control de la aplicación de las medidas adoptadas, en cooperación con los pueblos interesados [indígenas]” (Art. 33,2,b). En efecto, el Convenio reconoce una serie de derechos a los pueblos indígenas cuya implementación nacional requiere una adecuación de la legislación y de las instituciones a dicho Convenio, por lo cual es una tarea ineludible.
- h) Supremacía de los derechos más favorables (art. 35). El Convenio establece que primarán los derechos que otorguen más ventajas a los pueblos indígenas así estos provengan de normas inferiores al Convenio o incluso de acuerdos políticos.

En síntesis, el Convenio 169 reconoce y respeta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, limitando dicho reconocimiento a la no afectación de derechos humanos. Esto obliga realizar una adecuación normativa a fin de eliminar incoherencias en el derecho interno. Ello pasa por cambios en la Constitución (el artículo 203, por ejemplo) y leyes secundarias (códigos, leyes orgánicas, etc.).

3. Síntesis del Marco Jurídico Guatemalteco respecto del Derecho Indígena o Consuetudinario

Como se aprecia en el cuadro que sigue, en el ordenamiento jurídico Guatemalteco está reconocido de modo expreso el Derecho Consuetudinario o Indígena a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Este Convenio obliga una adecuación de la legislación interna al mismo para que haya consistencia normativa, pues en la Constitución hay un conflicto de normas y en las leyes y normas infraconstitucionales (leyes y decretos) “las costumbres” sólo son admisibles a falta de ley y nunca en contra de ella, *i.e.* están limitadas y se encuentran por

debajo de la ley y la Constitución. Esta adecuación normativa implicaría reconocer expresamente en la Constitución el derecho indígena o consuetudinario y la facultad de los pueblos indígenas de administrar justicia, y cambiar las leyes en tal sentido.

De otra parte, siguiendo el principio de progresividad de los derechos humanos, el Convenio 169 también indica de modo explícito (art. 35) que en cualquier caso de conflicto de normas o derechos debe aplicarse el que sea más favorable a los pueblos indígenas, sin importar el rango de la norma, disposición o acuerdo nacional en el que se consagre tal derecho o ventaja.

Mientras no se produzca la mencionada adecuación normativa, el Convenio 169 permite resolver el conflicto de normas que hay en la Constitución entre la norma que excluye la justicia indígena (art. 203), y las que lo avalan (arts. 58 y 66), en el sentido de hacer una interpretación favorable a los pueblos indígenas. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en la opinión Consultiva sobre la constitucionalidad de la ratificación del Convenio 169 29, señala que la ratificación de dicho Convenio no es incompatible con la Constitución. En relación al artículo 46 de la Carta Constitucional sobre la primacía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre el ordenamiento interno, la Corte indica que deberá buscarse una interpretación de los tratados internacionales que “armonice con la Constitución”.

En síntesis, no obstante las leyes y normas infraconstitucionales no reconozcan el derecho indígena o consuetudinario, y a pesar de que la Constitución no tiene una norma expresa al respecto, por la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el Estado ha reconocido en el ordenamiento jurídico interno el derecho consuetudinario o indígena.

SINTESIS DEL MARCO JURÍDICO SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO O INDÍGENA EN GUATEMALA:			
NORMA	NO RECONOCEN EL DERECHO INDÍGENA (DI)	RECONOCEN EL DERECHO INDÍGENA	CONCLUSION
NORMAS INTERNACIONALES RATIFICADAS POR GUATEMALA (priman sobre el orden interno, se deben interpretar de modo que armonicen con la Constitución)		<ol style="list-style-type: none"> 1. Convenio 169 de la OIT: reconoce el derecho consuetudinario, los métodos de control penal, las instituciones y costumbres. 2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 27: Derecho a la vida cultural. Se interpreta que incluye la 	RECONOCEN EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

29 Ver anexo VII.

		regulación indígena.	
CONSTITUCIÓN DE 1985	Art. 203: exclusividad del Organismo Judicial para administrar Justicia. -Se interpreta que excluye la justicia indígena.	Arts. 58 y 66: reconocen las costumbres, formas de vida, formas de organización, tradiciones. -Se puede interpretar que incluyen la justicia y el derecho indígena.	CONFLICTO DE NORMAS: entre normas que reconocen el DI y norma que lo excluye.
LEYES Y DECRETOS	1. Ley del Organismo Judicial (arts. 2 y3) las "costumbres" no pueden contravenir las leyes, el orden público ni la moral. 2. Código Procesal Penal (Decreto 79-97) sobre Juzgados Comunitarios: "usos y costumbres" no pueden contravenir Constitución ni leyes. 3. Código Penal: sanciona delitos vinculados a usurpación de funciones, etc.		NO RECONOCEN EL DERECHO INDÍGENA O CONSUECUDINARIO , LA COSTUMBRE ESTÁ POR DEBAJO DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES.

4. Los Acuerdos de Paz, nuevo marco político.

Los Acuerdos de Paz suscritos entre el Gobierno de Guatemala y en su momento con la guerrilla Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) constituyen un marco de compromisos políticos asumidos por el Gobierno. Cabe destacar dos acuerdos fundamentales: a) el compromiso de reconocer constitucionalmente el carácter pluricultural, multilingüe y multiétnico de la nación y el Estado. Ello incluye el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos, y b) el reconocimiento del derecho consuetudinario, en la medida que su desconocimiento por la legislación nacional ha sido fuente de marginación y discriminación de la población indígena.

Estos compromisos se encuentran fundamentalmente en el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI), en el Acuerdo de Fortalecimiento de la Sociedad Civil y Papel del Ejército en una Sociedad Democrática (AFPCyPESD), y en el Acuerdo de Reformas Constitucionales y Régimen Electoral (ARCyRE), reforzados por el Acuerdo de Cronograma (AC).

a) Sobre la Reforma del carácter del Estado y la Nación

Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Este Acuerdo fue firmado por el Gobierno y la URNG el 31 de marzo de 1995 en México. Aquí se cuestiona duramente la historia de marginación a la que han sido sometidos los pueblos indígenas. Propone la realización de reformas constitucionales para

caracterizar a la nación como de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe y que se reconozca la identidad de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca.

REFERENCIA EN EL AIDPI	TIPO DE REFORMA LEGAL	CONTENIDO
Cap. I. Identidad de los Pueblos Indígenas, numeral 4.	Reforma Constitucional	“Se reconoce la identidad del pueblo maya así como las identidades de los pueblos garífuna y xinca, dentro de la unidad de la nación guatemalteca ...”.
Cap. IV. Derechos Civiles, Políticos, Sociales y Económicos, literal A.	Reforma Constitucional	“El gobierno de la República se compromete a promover una reforma de la Constitución Política de la República que defina y caracterice a la Nación Guatemalteca como de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe ”.
Cap. II. Lucha contra la discriminación. C.4	Aprobación de Instrumentos Internacionales	Aprobar el “Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” ante Naciones Unidas.

Acuerdo de Reformas Constitucionales y Régimen Electoral.

Este Acuerdo, suscrito en Estocolmo el 7 de Diciembre de 1996, es claro al expresar el cambio de concepción de la **caracterización de la Nación y el Estado** (I.A.4):

“En este Acuerdo se prevé reconocer constitucionalmente la identidad de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca, y desde tal perspectiva, la necesidad de **definir y caracterizar al Estado Guatemalteco como de unidad nacional multiétnica, pluricultural y multilingüe**. No se trata solamente de reconocer la existencia de distintos grupos étnicos y su identidad, como lo hace actualmente la Constitución en el artículo 66, sino de reconocer que la conformación misma de la sociedad, sin perjuicio de su unidad nacional y del Estado, está caracterizada de aquella manera, lo que implica, además, el reconocimiento de la especificidad de la espiritualidad indígena como componente esencial de su cosmovisión y de la transmisión de valores, y la oficialización constitucional de los idiomas indígenas, como uno de los pilares sobre los que se sostiene la cultura nacional y como medio de la adquisición y transmisión de la cosmovisión indígena, de sus conocimientos y valores culturales.” (Subrayado nuestro).

Realmente este Acuerdo constituye una re-fundación de la identidad nacional y de la configuración del Estado. Por primera vez después de creada la institucionalidad republicana, se reencuentran *sociedad pluricultural* y *Estado* de una manera pacífica, siendo éste capaz de expresar la conformación plural de aquella democráticamente.

La violencia institucional no sólo estuvo presente en la Colonia, sino también en el proceso Independentista, cuando los Congresistas de la naciente República Guatemalteca fundaban un Estado monolingüe, monocultural, monoteista y jurídicamente monista. El Decreto del Congreso Constituyente Guatemalteco del 29 de octubre de 1824 ofrecía

premiar con los mejores curatos a los curas que, con apoyo de las Municipalidades, lograsen la extinción de las lenguas indígenas. Así se dio carta de nacimiento a un proyecto de Nación y Estado en el que la *exclusión de clase* se entretreía con la *coerción étnica*. De una parte “ladinos”, con la connotación de “ciudadanos de plenos derechos”, y de otra “indios” sin plenos derechos, despojados de sus idiomas, identidad cultural, religión, derecho. E incluso, con mayores obligaciones, y al servicio de los ladinos propietarios de fincas³⁰.

El planteamiento de este Acuerdo, en términos étnicos, supone terminar con el modelo de exclusión indígena. El reto subyacente, es superar el modelo de exclusión económico-político que afecta a los ladinos e indígenas pobres y retroalimenta modelos de exclusión en general.

b) Sobre el Reconocimiento del Derecho Consuetudinario y el Pluralismo Legal.

En los Acuerdos de Paz, especialmente el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas-AIDPI (30.3.1985), el Acuerdo de Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática-AFPCyFESD (19.9.1996), el Acuerdo sobre Aspectos Socio-Económicos y Situación Agraria ASES (6.5.1996), y el Acuerdo sobre Reformas Constitucionales y Régimen Electoral-ARCyRE (7.12.1996), cabe destacar dos planteamientos: a) un modelo de justicia plural, y b) el reconocimiento del derecho consuetudinario. El fundamento de estos planteamientos es el reconocimiento del carácter Pluricultural del Estado y la Nación.

Modelo de Justicia Plural

En los Acuerdos de Paz se plantea la necesidad de un sistema nacional de justicia plural que comprenda: 1) el sistema de justicia estatal reformado; 2) el reconocimiento del Derecho Indígena, y 3) la ampliación y reconocimiento de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

SISTEMAS	MODELO DE JUSTICIA PLURAL EN LOS ACUERDOS DE PAZ
1. La propia justicia indígena.	Reconocimiento del “derecho consuetudinario”.
2. La justicia estatal	Que responda al carácter pluricultural, multiétnico y multilingüe del país.

³⁰ Hasta mediados del presente siglo los indígenas estaban obligados por ley a trabajar en las fincas de ladinos y en la construcción vial. La complejidad de la estratificación social, ha hecho que los “ladinos” estén ubicados en dos sectores: uno muy pequeño, económicamente dominante, y el otro, formado por una gran capa de ladinos pobres, los que se sienten racialmente “superiores” a los indígenas. De ahí la expresión que se puede encontrar particularmente en el oriente del país: “seré pobre pero no indio”. La mayoría de la población indígena se ubica dentro del sector más pobre del país, pero también existe una pequeña burguesía comercial indígena en ascenso (especialmente en Totonicapán, Quetzaltenango y otros lugares).

SISTEMAS	MODELO DE JUSTICIA PLURAL EN LOS ACUERDOS DE PAZ
<i>reformada</i>	
3. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos.	Ampliación y reconocimiento de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

El Reconocimiento del Derecho Consuetudinario y del Pluralismo legal

Los Acuerdos de Paz expresan la importancia del derecho consuetudinario y la necesidad de su reconocimiento en la legislación nacional, considerando los problemas de marginación y negación de derechos que ha ocasionado su desconocimiento. Este reconocimiento incluye su sistema de normas, autoridades, instituciones y procedimientos para regular la vida social, resolver conflictos, organizar el orden interno, procurar el desarrollo y participar en la vida política del país. Igualmente es parte del reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena el respeto de sus propios métodos de designación de autoridades y toma de decisiones (reglas para crear reglas).

Entre otros puntos, los Acuerdos de Paz plantean³¹:

- a) La importancia de la *normatividad consuetudinaria* para los pueblos indígenas (AIDPI, IV, E, 1).
- b) Que el desconocimiento por la legislación nacional de la *normatividad consuetudinaria*, ha creado negación de derechos, discriminación y marginación de la población indígena (AIDPI, IV, E, 2).
- c) El compromiso del Gobierno, con la participación de las organizaciones indígenas, de promover el desarrollo de normas legales para el reconocimiento del *derecho consuetudinario*: “... el Gobierno se compromete a promover ante el organismo legislativo, con la participación de las organizaciones indígenas el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.” (AIDPI, IV, E, 3).
- d) Que se debe facilitar el acceso simple y directo a la forma de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas (AFPCyFESD, n° 16,d).
- e) Que se debe hacer una reforma constitucional para modificar el art. 203 de la actual Constitución (que plantea la exclusividad de la función jurisdiccional) para incorporar como una garantía de la justicia “el respeto por el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del país” (ARCyRE, AFPCFESD, 12).
- f) Que “se reconoce el papel que corresponde a las autoridades de las comunidades, constituidas de acuerdo a sus normas consuetudinarias en el manejo de sus

31 Para un listado más completo de los planteamientos de los Acuerdos de Paz sobre el tema, ver el Anexo V.

- asuntos” (AIDPI, IV,B,2).
- g) Que se debe cambiar el Código Municipal para: garantizar “el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo” (AIDPI,IV,B,3) y “propiciar la participación de las comunidades indígenas en el proceso de toma de decisiones sobre todos los asuntos que les afecten” (AIDPI,IV,B,4).
 - h) Que “reconociendo a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias” se reformará el Código Municipal de acuerdo con las conclusiones de la comisión paritaria de reforma y participación, el cual definirá: i) el “estatus y capacidades jurídicas de las comunidades indígenas y de sus autoridades constituidas de acuerdo a las normas tradicionales”, ii) las “formas para el respeto del derecho consuetudinario y todo lo relacionado con el habitat”, iii) formas para promover la equitativa distribución del gasto público “fortaleciendo la capacidad de dichas comunidades de manejar recursos y ser los agentes de su propio desarrollo” (AIDPI,IV,B,5,i-iii).
 - i) Que “los pueblos maya, garífuna y xinca tienen derecho a la creación y dirección de sus propias instituciones”. (AIDPI,IV,D,3).
 - j) El “desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas la administración de sus tierras de acuerdo a sus normas consuetudinarias” (AIDPI,IV,F,9).
 - k) El derecho de “mantener el sistema de administración de tierras que tengan y que históricamente les pertenezcan” (AIDPI,IV,F,3), de acceder a tierras y recursos a las que “hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia ... así como para sus actividades espirituales” (AIDPI,IV,F,6,i).
 - l) Que entre las garantías de la justicia que debe incorporar el art. 203 de la Constitución debe estar: “la apertura a mecanismos alternativos de resolución de conflictos” (ARCyRE, AFPCFESD,12).
 - m) Que se deben crear mecanismos extrajudiciales como el arreglo directo, la negociación y mediación para la solución de conflictos (laborales y de tierras). (ASESA).

Recomendaciones de las Comisiones creadas por los Acuerdos de Paz

Para el desarrollo de los Acuerdos de Paz en materia de Justicia el AFPCyFESD creó la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia. En sus Informes, tanto en el preliminar como en el Final, la Comisión planteó de modo firme y expreso que, aún cuando falte seguir estudiando el tema, es necesario el reconocimiento constitucional del Pluralismo Legal y del derecho consuetudinario en Guatemala, debiéndose modificar el artículo 203 de la actual Constitución que plantea la exclusividad de la función jurisdiccional. El Informe no propone una fórmula específica para la reforma constitucional, pero da criterios para la misma, así como para la elaboración de una ley de coordinación entre el *derecho consuetudinario* y la justicia estatal.

La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), también fue creada por los Acuerdos de Paz (Acuerdo de Oslo). Esta Comisión presentó sus Conclusiones y

Recomendaciones el 25 de febrero de 1999: “Memoria del Silencio”. Entre sus conclusiones señala los efectos de la guerra en la vulneración de los sistemas de autoridad indígena y sus procedimientos para tomar decisiones y resolver conflictos. Indica que la militarización de las comunidades, la muerte y persecución de autoridades indígenas, la instauración de patrullas y comisionados militares mellaron el sistema de autoridad indígena y sus formas consensuales para la resolución de conflictos, instaurándose autoridades ilegítimas y mecanismos violentos. En sus recomendaciones, la CEH vuelve a reforzar lo planteado por la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia respecto del reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario.

III. ANALISIS DE LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

1. Marco en el que se elaboró la propuesta de reforma constitucional

Como parte de los Acuerdos de Paz entre el Gobierno y la URNG, se firmó el Acuerdo sobre Reforma Constitucional y Régimen Electoral, en el cual se planteaban algunas reformas constitucionales para hacer viables y convertir en obligaciones jurídicas los compromisos políticos adquiridos por los Acuerdos de Paz.

Los Acuerdos de Paz preveían diferentes mecanismos para la participación ciudadana en las diversas instancias de producción de propuestas. En los casos en los que el Gobierno se comprometía a elaborar propuestas sobre algún tema, expresamente incluían la frase “con la participación de las organizaciones mayas” o con la participación de la Asamblea de la sociedad civil, etc. Y además previeron la conformación de comisiones llamadas “paritarias” con participación de delegados del Gobierno y miembros de las organizaciones mayas y/o sociedad civil. También se previeron otro tipo de comisiones, las cuales no se llamaron paritarias, pero por lo general tenían una composición plural.

Después de la firma de la Paz Firme y Duradera, algunas organizaciones iniciaron la elaboración de propuestas. La Coordinadora de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala-COPMAGUA convocó Magnas Asambleas para constituir Comisiones de trabajo que hiciesen aportes a las reformas constitucionales, aprobarlas y presentarlas. En estas reuniones hubo participación masiva de las organizaciones. Hubo dificultades para el seguimiento de las Comisiones y la coordinación entre comisiones, y no se articuló suficientemente la participación local. Sin embargo, se logró consensuar y aprobar propuestas para la reforma constitucional. La articulación y redacción de las propuestas fue tarea de la Comisión Nacional Permanente de Reformas Constitucionales de los Pueblos Indígenas y fue presentada con cinco mil firmas ante el Congreso. Ésta fue la participación ciudadana más significativa.

Sin embargo, hubo varios problemas:

a) En algunos temas no se previó ningún sistema de participación (las organizaciones

mayas crearon sus propias comisiones de trabajo en algunos temas en los que no se había acordado crear una comisión paritaria).

- b) En otros casos no se previó un mecanismo específico y vinculante para la participación, más allá de una enunciación genérica de que se contaría con la “participación de las organizaciones mayas”. Por ejemplo, en el caso del reconocimiento del derecho consuetudinario, el AIDPI (IV,E,3) dice que “el gobierno se compromete a promover ante el Organismo Legislativo, con la participación de las organizaciones indígenas el desarrollo de normas legales que reconozcan [el derecho consuetudinario]”, pero no establece un mecanismo de participación. El Gobierno nunca promovió tal coordinación e, incluso, en su propuesta de reforma constitucional no incluyó tal tema.
- c) Los calendarios de trabajo no coincidían: Por una parte, el Acuerdo de Cronograma establecía que la reforma Constitucional debería realizarse seis meses después de la firma de la Paz firme y duradera, pero por otra, las Comisiones paritarias no tenían un plazo fijo, por lo cual muchas de las propuestas de estas Comisiones se elaboraron después de que tenían que estar listas las propuestas de reformas constitucionales. Es más, el Acuerdo de Cronograma ubica en el último tramo (1998 al 2,000) algunos temas cuyo tratamiento era necesario para la elaboración de las propuestas de reformas, como el referido a la normatividad consuetudinaria. De su parte, la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia tenía seis meses después de su constitución para presentar su Informe, por lo cual no podía esperar el resultado del trabajo de las comisiones paritarias.

Aparte de esos problemas intrínsecos a los Acuerdos, hubo otros que limitaron la participación ciudadana en la elaboración de las propuestas de reforma constitucional: a) el desconocimiento de los Acuerdos de Paz por una gran parte de la ciudadanía; b) varios meses las reformas se negociaron entre los partidos a puerta cerrada en la llamada “Instancia Multipartidaria” sin un canal formal para que la ciudadanía se haga presente o conozca de modo directo el debate y sin dar suficiente cobertura a las organizaciones indígenas; c) Si bien las comisiones convocadas por COPMAGUA hicieron propuestas recogiendo demandas indígenas, e incluso presentaron una iniciativa de reforma constitucional con cinco mil firmas, éstas no fueron suficientemente tomadas en cuenta ni por el Ejecutivo ni por la instancia Multipartidaria; d) Hubo presiones intra-partidarias y entre partidos o fuerzas políticas por motivos distintos a la reforma, que condicionaron la formulación final de las propuestas; e) La resistencia de los sectores conservadores fue muy fuerte e influyó en la negociación de las reformas logrando mediatizarlas en gran medida, sobre todo en el tema del reconocimiento del derecho indígena.

2. Ejes de la propuesta de reforma constitucional

La propuesta de reformas constitucionales aprobada por el Congreso el 15.10.1998 incluía la reforma de 50 artículos constitucionales. A pesar de las limitaciones del proceso de elaboración de las propuestas de reforma constitucional, la versión final permitía constitucionalizar puntos importantes de los Acuerdos de Paz. Algunos artículos también incluían temas no contemplados en los Acuerdos, pero eran la minoría. Los cincuenta artículos a ser reformados fueron agrupados en cuatro temas para ser sometidos a

votación popular: 1) De la Nación y derechos sociales, 2) sobre el Legislativo; 3) sobre el Ejecutivo; 4) sobre la Justicia. Ninguno de los temas logró la votación suficiente para que se realicen las reformas constitucionales correspondientes en la “consulta popular” del domingo 16 de mayo de 1999, con lo cual el tema de la constitucionalización de los Acuerdos de Paz ha quedado pendiente. Si bien la propuesta de reforma constitucional no se realizó políticamente, queda como un antecedente en la discusión sobre varios temas, entre ellos: la caracterización de la Nación, el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos, y el reconocimiento constitucional del derecho indígena o consuetudinario.

Nueva caracterización de la Nación.

En los Acuerdos de Paz se plantea la reforma constitucional para una nueva caracterización de la Nación (AIDPI) y del Estado (ARCyRE) reconociendo su carácter pluricultural, multiétnico y multilingüe. La propuesta aprobada por el Congreso, en cambio, sólo se refería de modo expreso al carácter pluricultural de la Nación.

“Art. 1. De la persona humana y la nación. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona humana y a la familia; su fin supremo es el bien común.

La nación guatemalteca es una y solidaria; dentro de su unidad y la integridad de su territorio es pluricultural, multiétnica y multilingüe.”

Lo positivo de esta propuesta era que por primera vez en la República se planteaba un reconocimiento constitucional semejante. Esto es particularmente relevante porque en la historia nacional se ha negado la diversidad cultural, lingüística y étnica, es más, se ha intentado la extinción de los idiomas indígenas, se ha discriminado a los pueblos indígenas, se ha criminalizado la diferencia cultural y se ha sancionado la diferencia étnica cargando de más obligaciones a los indígenas que al resto de la población, y se les ha otorgado menos derechos ciudadanos.

Las deficiencias del artículo que se proponía reformar, eran políticas y técnicas. En lo político la propuesta reducía la caracterización pluricultural, multilingüe y multiétnica a la Nación, sin comprometer al Estado, mientras que en los Acuerdos de Paz se habla de una caracterización del *Estado* mismo como Pluricultural, no sólo de la Nación. Ello tiene un alcance mayor respecto de las obligaciones del Estado, puesto que su conformación jurídica, su estructura, los servicios públicos, etc. deben reflejar, garantizar y promover la diversidad cultural.

En términos técnicos, tanto en la redacción del artículo, como en la exposición de motivos, se aprecia una confusión teórica y terminológica sobre la naturaleza del Estado y de la Nación. Por ejemplo, en el artículo en cuestión se habla de “la integridad del territorio”. Este tema corresponde a los elementos del Estado en tanto espacio geopolítico. El concepto de Nación está más bien vinculado a la base social del Estado, a la

población, a su identidad.

En el debate se observó un gran miedo a la idea de una conformación “pluricultural del Estado”. Se arguyó que eso generaría la división del país y sería como un “Estado multinacional”. Por eso aparece tantas veces en el texto de la reforma la alusión a “la unidad e integridad”. Por este miedo es que se restó peso político y técnico a la formulación.

Sobre el reconocimiento de Pueblos Indígenas

El artículo 66 de la Constitución de 1985 sobre “Protección de grupos étnicos” se enmarca dentro de una perspectiva proteccionista de minorías y no da el estatuto de “Pueblos” a los indígenas, llamándolos grupos. La fórmula aprobada por el Congreso presentaba dos cambios positivos: a) hacía expresa referencia a los Pueblos Indígenas, mencionando a los Pueblos Maya, Garífuna y Xinca. b) añadía en el listado los derechos a la “identidad” y la “espiritualidad”.

c) En otros artículos establecía otros derechos, como el derecho de consulta a los pueblos indígenas (art. 70), aunque la limitaba la consulta a medidas administrativas susceptibles de afectarlos y no incluía la consulta sobre medidas legislativas, como sí dice el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Otro aporte es que proponía la oficialización los idiomas indígenas, aunque posponía el listado a una ley (art. 143).

Art. 66. Identidad y espiritualidad de los pueblos indígenas.

El estado reconoce, respeta y protege el derecho a la identidad, formas de vida, organización social, costumbres, tradiciones de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca, el uso del traje en hombres y mujeres, sus distintas formas de espiritualidad, idiomas y dialectos, así como el derecho de transmitirlos a su descendencia, prevaleciendo la unidad de la nación, la integridad territorial y la indivisibilidad del Estado de Guatemala.

Los límites y deficiencias. Cabe anotar: a) Esta propuesta planteaba reemplazar el verbo “promover” que usa la Constitución de 1985 por el de “proteger”. El verbo “promover” supone una responsabilidad activa del Estado y alude al desarrollo, a algo que puede ampliarse, desplegarse. En cambio el verbo “proteger” es más pasivo, es simplemente mantener lo existente. b) Los miedos a la autonomía y la división del país, recorren toda la fórmula recargándola innecesariamente de frases sobre la preservación de la unidad e integridad. Subyace la idea de que la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y sus derechos legítimos a ser diferentes en cuanto a los idiomas, costumbres, formas de vida, de alguna manera podrían amenazar integridad territorial y la unidad del Estado. C) En el listado de derechos pudo haberse añadido otros, entre ellos el derecho consuetudinario o indígena, para que hubiese una mayor coherencia en el conjunto de la propuesta, que luego tendría su desarrollo en el artículo específico.

3. Análisis de la propuesta de reforma sobre el derecho

consuetudinario. Contenido, alcances y límites.

El texto que aprobó el Congreso sobre el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena es el siguiente:

Art. 203: Independencia del Organismo Judicial y Potestad de Juzgar.

La Justicia se imparte de conformidad con la Constitución y leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros Organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

El Estado **reconoce el derecho consuetudinario**, entendido como las normas, principios, valores, procedimientos, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para la regulación de su convivencia interna, así como la validez de sus decisiones, siempre que la sujeción al mismo sea **voluntaria** y que no se violen derechos fundamentales, definidos por el sistema jurídico nacional, los tratados internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, **ni se afecten intereses de terceros.**”

Los avances:

- a) El texto supone un acto de reconocimiento del derecho indígena.
- b) El reconocimiento se refiere, de modo expreso, a la función de regulación de la vida social o convivencia interna, y a la función de tomar decisiones, que se entiende están referidas a la resolución de conflictos o administración de justicia. Esto es relevante en la medida que el derecho indígena o consuetudinario es más que un mecanismo para resolver conflictos, es también un sistema para regular las relaciones sociales (matrimonios, herencias, contratos, transferencias, uso de recursos naturales, orden público interno, etc.).
- c) Se reconoce tanto las normas como los procedimientos. Ello incluye la potestad de los pueblos indígenas de producir y cambiar sus propias normas y sus procedimientos para la convivencia social como para la resolución de conflictos.
- d) Dado que el reconocimiento se ubica en el artículo referido “al Organismo Judicial y a la Potestad de Juzgar” es claro que es una forma de excepción al principio que aparece en mismo artículo, sobre la *“exclusividad absoluta de la función jurisdiccional por parte de la Corte Suprema de Justicia y por los Tribunales que la ley establezca”*. En este caso, no se trata de tribunales establecidos por ley, sino de un mecanismo establecido por la propia Constitución facultado de modo especial para tomar decisiones y resolver conflictos, como una forma de administración de justicia especial para los pueblos indígenas. Es lo que Colombia y Perú llaman la “jurisdicción especial”.

Los límites y deficiencias:

- a) Si bien es importante que se distinga que el derecho tiene una dimensión reguladora de la vida social en general, y otra de toma de decisiones (administración de justicia), lo que hace falta es el reconocimiento de todo ello como sistema. La forma en la que está redactada la propuesta de reconocimiento, de alguna manera “pulveriza” el sistema jurídico indígena en componentes aislados: normas, principios, valores, etc.³².
- b) En la propuesta de texto de los pueblos indígenas se incluía expresamente la palabra “autoridades”, que no aparece en esta fórmula. Las “autoridades” indígenas son reconocidas en el artículo 66 y se hace la remisión expresa a este artículo (203), lo cual es un problema de técnica legislativa que estuvo condicionado por un problema de carácter ideológico. Delegados del partido de gobierno expresaron el temor de que el reconocimiento de las autoridades de los pueblos indígenas podía llevar a la conformación de “un Estado Multinacional”. Es por eso que en el texto, cuando se reconoce la validez de las decisiones del derecho consuetudinario falta el “sujeto” que toma decisiones.
- c) Falta de técnica legislativa. La voluntad del legislador era reconocer el derecho indígena en tanto sistema de regulación social y mecanismo para tomar decisiones que resuelvan conflictos, y por ello la propuesta de reconocimiento del derecho consuetudinario se ubica en el artículo referido a la potestad de juzgar. Sin embargo, constituye una falta de técnica legislativa haber mantenido la frase sobre la “exclusividad absoluta de la función jurisdiccional” por la Corte Suprema de Justicia y los tribunales que la ley establezca, porque introduce una innecesaria confusión. Podría parecer que no se reconocía la función jurisdiccional al derecho consuetudinario, y todo el párrafo referido a él devendría absurdo. Debía haberse hecho una frase que articule ambos sistemas (la jurisdicción de la Corte y tribunales estatales con la jurisdicción del derecho consuetudinario) en vez de que aparezcan ambos a la vez pero sin coordinación alguna.
- d) La frase sobre la “voluntariedad” (en la sujeción al derecho consuetudinario, para reconocerle validez al mismo), es intrínsecamente contradictoria con el reconocimiento del “derecho consuetudinario” mismo. Ello importa serios problemas políticos y técnicos. Si se buscara convertir a todo el derecho consuetudinario en un sistema “voluntario”, se le quitaría justamente su carácter de “derecho”, para devenir un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Este tipo de fórmulas (sobre la voluntariedad) puede generar, entre otros, tres tipos de problemas: 1) En los pueblos indígenas las personas participan de derechos y deberes. Por la voluntariedad, las personas podrían decir que no aceptan cumplir con sus servicios en la comunidad porque no tienen la “voluntad” para hacerlo. Ello debilitaría *de facto* al “derecho consuetudinario” y su capacidad para regular la convivencia interna, haciéndola eventualmente nula. 2) Se podrían producir situaciones absurdas: por ejemplo, si una persona está lesionando a otra e interviene la autoridad comunal, el agresor podría resistirse a la intervención de la justicia indígena alegando que no se somete a la

³² Esta observación fue hecha verbalmente por Don Augusto Willemsem, en el Foro sobre Pueblos Indígenas organizado por el IIDH en septiembre de 1999 en la ciudad de Guatemala.

misma voluntariamente y que en todo caso se llame a fiscales o jueces estatales, a sabiendas de que ello no es viable por la distancia física u otros factores. Incluso podría amenazar a las autoridades indígenas de denunciarlas por abuso de autoridad, usurpación de funciones, detención arbitraria, etc. 3) También se podrían crear problemas *a posteriori*. Casos resueltos en las comunidades, podrían ser cuestionados posteriormente bajo la alegación de que las personas no se sometieron voluntariamente. Ello podría dar lugar a denuncias por usurpación de funciones u otros delitos contra autoridades comunales, lo cual generaría una gran inseguridad jurídica en las comunidades y aumentaría los conflictos.

- e) Otro grave problema del texto es que limitaba el reconocimiento del derecho consuetudinario (DC) a la no afectación de “intereses de terceros”, totalmente en contra de los límites máximos señalados por los Acuerdos de Paz y el Convenio 169 de la OIT. Tanto en el Convenio 169 de la OIT, como en los Acuerdos de Paz, el límite al reconocimiento del derecho consuetudinario es que tal no viole los Derechos Humanos reconocidos en el derecho internacional ni los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico nacional. En ningún caso, el DC puede limitarse en función de “intereses” de terceros, máxime si estas pretensiones no están fundadas en derechos. El concepto de “intereses” es muy diferente del de “derechos”. El texto de la propuesta incluye ambos límites, no afectar derechos ni intereses, con lo cual parece referirse a ambas situaciones. Los derechos están reconocidos en instrumentos nacionales e internacionales y están destinados a proteger a las personas de modo legítimo, aceptado e institucionalizado legalmente. Los “intereses” son pretensiones que pueden o no estar respaldadas por derechos. En este caso, cuando el texto usa la palabra “intereses”, teóricamente se podría desconocer una pauta de regulación social o una decisión de los pueblos indígenas, que aunque NO afecte derechos de nadie, sólo porque es percibida por un tercero como una afectación de sus intereses. Esto llevaría a una situación jurídica y políticamente absurda. En términos jurídicos, sería contradictorio con el principio de la progresividad de los derechos humanos, por el cual priman las normas que otorgan más derechos, también consagrado expresamente en el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT (ratificado por Guatemala y vigente desde junio de 1997). Este artículo sanciona la primacía de las normas que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas. En términos políticos, sería contraproducente un reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, cuya validez esté librada a la percepción de terceros sobre sus intereses, aún sin fundarse en derechos. Tendría que reinterpretarse la palabra “intereses” dentro del concepto de “derechos”, que sí tiene un sustento jurídico, mientras que los “intereses” son sólo una pretensión que da legitimidad procesal a quien quiere interponer una acción, pero no necesariamente le garantiza ganar la acción.

En síntesis, la propuesta de reformas aprobada por el Congreso, constituye un antecedente del intento de abrir puertas al respeto a la pluralidad, en medio de grandes temores sobre la desintegración territorial, la ruptura de la unidad nacional y la división del Estado. El reconocimiento del carácter pluricultural de la nación por el Congreso, es un avance a pesar de la timidez de la fórmula. El reconocimiento del derecho consuetudinario estaba formulado de manera ambigua y contradictoria, pero era la primera vez que el

Congreso aprobaba una fórmula de reconocimiento y tal es su valor referencial.

Al no haber sido ratificadas estas propuestas de reforma constitucional por la consulta popular, toca un verdadero trabajo de información y participación ciudadana, a fin de que en el futuro se puedan hacer los cambios normativos e institucionales que el país necesita.

IV. PAUTAS PARA EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INDÍGENA Y SU COORDINACIÓN CON EL DERECHO ESTATAL

El reconocimiento constitucional del derecho indígena o consuetudinario constituye un imperativo jurídico y político. El estado Guatemalteco adolece de un déficit de legitimidad por no responder ni representar la realidad pluricultural del país y por haber marginado históricamente a los pueblos indígenas, su cultura, sus derechos y su sistema jurídico. Este reconocimiento permitiría que la institucionalidad jurídico-política del Estado responda a la existencia del pluralismo legal y sea más acorde a la configuración social de una nación pluricultural, multilingüe y multiétnica. El imperativo jurídico se deriva de las obligaciones adquiridas por el Estado guatemalteco al ratificar el Convenio 169 de la OIT, ya que debe adecuar la legislación nacional al mismo. El imperativo político es producto de los compromisos contraídos en los Acuerdos de Paz.

En este momento hay varias demandas jurídicas pendientes:

- a) El reconocimiento constitucional del derecho indígena, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT y los compromisos de los Acuerdos de Paz.
- b) El establecimiento de pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el estatal. Se debe promover una articulación democrática entre ambos sistemas, y evitar incoherencias en la normativa interna y conflictos en la vida cotidiana.
- c) Ampliación y reconocimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y la instauración de mecanismos de articulación y coordinación con el derecho estatal y el derecho indígena.
- d) El establecimiento de pautas de respeto, descriminalización y fortalecimiento del derecho indígena, que permitan superar la historia de marginación, desconocimiento o criminalización del sistema jurídico indígena. Estas pautas pueden corresponder a leyes de desarrollo constitucional.
- e) El establecimiento de procedimientos para solucionar posibles conflictos entre el derecho indígena o consuetudinario y los derechos humanos, tal como señala el Convenio 169 de la OIT (art. 8,1).
- f) Establecimiento de la Justicia plural, con criterios de preeminencia y mecanismos de coordinación. Donde hay derecho indígena, debe respetarse su uso por los pueblos indígenas; en los casos en los que la población en general utiliza mecanismos alternos al sistema de justicia, deben ser reconocidos y facilitarse su uso; en los casos en los que no hay derecho indígena ni otros mecanismos alternos para la solución directa y consensuada de conflictos, deberá intervenir el sistema estatal, reformado a fin de que

sea garantista, multilingüe y multicultural.

1. Criterios y contenidos mínimos para el reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena o consuetudinario

El diseño de una fórmula constitucional de reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario, debería tomar en cuenta: 1) El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 2) Los compromisos de los Acuerdos de Paz y las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por los mismos; 3) La consulta a los Pueblos Indígenas (que suponga un amplio proceso de información y participación) y; 4) El diálogo intercultural e intersectorial a nivel de la ciudadanía en su conjunto, en el marco de un proceso político transparente, informado y participativo.

Teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT, los Acuerdos de Paz y la propuesta de reforma Constitucional presentada por los Pueblos Indígenas con más de 5.000 firmas, los contenidos jurídicos mínimos que debería tener el reconocimiento constitucional del derecho indígena y sus pre-requisitos, son los que siguen:

- a) El fundamento del reconocimiento del Derecho Indígena (DI) o Consuetudinario es el reconocimiento del carácter pluricultural, multiétnico y multilingüe de la Nación y el Estado, así como el reconocimiento de los Pueblos Indígenas y sus derechos.
- b) El Reconocimiento del Pluralismo legal. Tal como los Acuerdos de Paz señalan, el texto constitucional y el resto de la normativa interna, deben articular los diferentes mecanismos para la solución pacífica de conflictos: 1) el sistema de justicia estatal reformado (a fin de que reconozca la multiculturalidad y establezca las garantías debidas), 2) el derecho indígena o consuetudinario, y 3) el reconocimiento y ampliación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.
- c) El Reconocimiento expreso del Derecho Indígena (DI) o Consuetudinario. Esto incluye el reconocimiento de: 1) la potestad especial de tener y darse sus propias normas y procedimientos para regular la vida social; 2) sus propias instituciones y autoridades, y con la facultad de designarlas por sí mismos; 3) la potestad jurisdiccional especial para administrar justicia o resolver sus conflictos por sí mismos así como la competencia para la ejecución de sus decisiones. Una consecuencia de este reconocimiento es el respeto de tales potestades, así como de las normas, autoridades, procedimientos y decisiones, por parte del Estado, los agentes del mismo, y la ciudadanía en general. El límite que se establece al reconocimiento del DI es que tal no viole los derechos humanos.
- d) Sujeto titular del derecho. En el Convenio 169 de la OIT y en los Acuerdos de Paz se reconoce el derecho a tener su propio derecho (normas, instituciones, procedimientos, autoridades) a los pueblos indígenas. No se trata sólo del reconocimiento de un derecho a individuos sino también a sujetos colectivos, porque la vida en común, las normas, las costumbres, las instituciones y autoridades son un fenómeno que se

constituye y vive en una colectividad. Esto significa que el sujeto titular del reconocimiento está conformado por los Pueblos Indígenas. Ahora bien, tampoco cabe reducir el reconocimiento a las comunidades o grupos indígenas, que podrían ser entes menores. Pero, siendo potestad de los pueblos indígenas el tener su propio derecho o sistema jurídico, tales, sí pueden delegar dicha potestad a las comunidades u otras instancias menores o locales que corresponda.

- e) Adicionalmente, debería indicar: 1) el establecimiento de procedimientos para solucionar los posibles conflictos entre el derecho indígena o consuetudinario y el estatal, y 2) la remisión a normas de desarrollo constitucional para establecer mecanismos de coordinación, respeto, descriminalización y fortalecimiento del derecho indígena.

El cuadro que sigue ilustra los contenidos mínimos que debe reconocer el orden jurídico interno en materia de Derecho Indígena:

TEMAS	CONVENIO 169 DE LA OIT	ACUERDOS DE PAZ	CONTENIDO MÍNIMO DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL
1. Fundamento	- "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...".	(ARCyRE) "...reconocer constitucionalmente la identidad de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca y desde tal perspectiva, la necesidad de definir y caracterizar al Estado guatemalteco como de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe".	1. Caracterización de la Nación y del Estado como Pluricultural, multiétnico y multilingüe. 2. Reconocimiento de los Pueblos Indígenas y sus derechos.
2. Reconocimiento del Pluralismo legal y del derecho indígena	Art. 8, 2: "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio."	AIDPI, IV, E,3 "... el Gobierno se compromete a promover ante el organismo legislativo, con la participación de las organizaciones indígenas el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que éstas no sean incompatibles con los	1. Reconocimiento del Pluralismo Legal. 2. Reconocimiento expreso del Derecho Indígena (DI) o Consuetudinario: -Potestad especial de darse y tener sus propias normas, procedimientos, instituciones y autoridades para regular la vida social y resolver conflictos. -Potestad jurisdiccional especial.

	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."	derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos." - Reconocimiento de autoridades e instituciones propias con sus propios mecanismos de designación.	- Prever un mecanismo para resolver interculturalmente conflictos entre DI y DDHH.
3. Objeto de reconocimiento	1. Costumbres propias. 2. Instituciones propias. (Art. 8, inc. 2) 3. Métodos propios de control penal de los pueblos indígenas. (Art. 9,1).	1. Normas consuetudinarias. 2. Autoridades e instituciones propias. 3. Forma de Administrar Justicia.	1. Normas y potestad de darse normas. 2. Autoridades e instituciones propias. 3. Función jurisdiccional especial
4. Sujeto titular del derecho.	1. Pueblos Indígenas en Países Independientes. 2. Pueblos Tribales.	Pueblos Indígenas, Comunidades Indígenas.	-Pueblos Indígenas
5. Competencia material	1. Todas las materias, no se limita. (Art. 8,2) 2. Inclusive la materia penal: "represión de delitos cometidos por sus miembros". (Art. 9,1)	1. Todas, no se limita. Ilustrativamente, manejo de asuntos internos, tierras, etc.	-Todas las materias sin límite de cuantía o gravedad.
6. Competencia personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención expresa, pero se hace referencia a la comunidad y pueblos indígenas.	-Para la regulación ordinaria de la vida social: miembros de pueblos indígenas. -Para casos que afectan a los PI: Personas que estén dentro de pueblos o comunidades indígenas.
7. Competencia territorial	No se menciona expresamente.	No hay mención expresa, salvo: "normas que rigen en las comunidades" (AIPDI, IV, E, 4).	-Territorio de los Pueblos y comunidades indígenas.
8. Límites al reconocimiento	1. En general, que DC no sea incompatible con: a) los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos no sean incompatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas consuetudinarias no sean incompatibles con: a) los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, b) los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	-Que derecho indígena no sea incompatible con los Derechos Humanos (interculturalmente interpretados).
9. Normas de coordinación	Deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos en la aplicación del	- Promover el desarrollo de Normas legales que reconozcan a los	1. Mecanismos para la coordinación entre el DI y el derecho estatal.

y adecuación	los conflictos en la aplicación del principio de la incompatibilidad entre a) la conservación del derecho consuetudinario b) los derechos fundamentales y humanos (art.8,2).	reconozcan a las comunidades el manejo de sus asuntos internos. - Adecuación del Código Penal.	2. Procedimientos para solucionar conflictos entre DI y DDHH. 3. Mecanismos para despenalizar y fortalecer el derecho indígena. 4. Adecuación total de normativa interna.
--------------	--	---	---

2. Criterios y pautas para la Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal³³

Los ejes para establecer pautas de coordinación entre el DI y el estatal, deben resolver, entre otros, temas como el establecimiento de criterios y reglas para definir y resolver los conflictos de competencia: 1) material, 2) territorial, 3) personal, y 4) temporal entre ambos sistemas; 5) descriminalización del derecho y la justicia indígenas; 6) mecanismos para el respeto de actos jurídicos del derecho indígena; 7) mecanismos para el respeto de decisiones jurisdiccionales de la justicia indígena; 8) remisión de casos o situaciones al derecho indígena; 9) fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales; 10) mecanismos de colaboración y apoyo entre sistemas; 11) procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena.

- a) **Competencia material.** Ni el Convenio 169 de la OIT ni los Acuerdos de Paz limitan el conocimiento de alguna materia al derecho y la justicia indígenas. Jurídicamente, pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad. Es más, el Convenio 169 de la OIT especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas, por lo cual inclusive es claro que la materia penal es de conocimiento del DI. A diferencia del sistema colonial y del modelo republicano integracionista, no se limita las materias que pueda conocer el DI a casos de menor gravedad o de mínima cuantía. En síntesis, el derecho y la justicia indígenas están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas.
- b) **Competencia territorial.** El Convenio 169-OIT no especifica nada sobre la competencia territorial del derecho consuetudinario, aunque en principio se refiere a los pueblos indígenas y tiene un capítulo referido al territorio y tierras de los mismos. En los Acuerdos de Paz no hay tampoco una mención expresa, salvo la referencia a: “normas que rigen en las comunidades” (AIPDI,IV,E,4). Cabe inferir que la competencia para la regulación del derecho indígena y para la resolución de casos por la justicia indígena es el espacio territorial en el que se ubican los pueblos y

³³ Algunas propuestas son tomadas de: Yrigoyen Fajardo, Raquel (1998): El Reconocimiento constitucional del derecho indígena en los Países Andinos. Amsterdam: CEDLA.

comunidades indígenas.

Sin embargo, cabe anotar que puede haber situaciones jurídicas o conflictos que se producen fuera de la comunidad o pueblo indígena pero cuyos sujetos o materia son de competencia de los pueblos indígenas. En tales casos, el derecho y la justicia indígenas también podrían ser competentes para garantizar el derecho a la propia vida cultural de las personas indígenas comprometidas en la situación que se trate. Dichos casos podrían remitirse a la justicia indígena.

- c) **Competencia personal.** El Convenio 169 de la OIT tiene algunos artículos generales que hablan del reconocimiento del derecho consuetudinario, de las costumbres e instituciones, en los cuales no hace mención a la competencia personal (art. 8, 2). Pero en materia de represión de delitos, habla del respeto de los métodos que se aplican a los miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1). Se puede interpretar que si bien este artículo no necesariamente limita la intervención de la justicia indígena a los miembros de los pueblos indígenas, sí garantiza que en los casos de indígenas se les aplique el derecho que ellos conocen y del cual participan. Los Acuerdos de Paz, por su parte, no establecen ningún límite específico sobre las personas que deban someterse al derecho y la justicia indígenas. Hay referencias generales sobre la comunidad y los pueblos indígenas, pero no especifican nada al respecto.

Cabría interpretar que en general, las normas indígenas están destinadas a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros, como parte del derecho a la propia vida cultural.

Sin embargo, si alguien que no es miembro del pueblo indígena interviene en un acto con indígenas (ej. una transferencia de propiedad, el uso de recursos como bosques, aguas, etc.) sería natural que la comunidad aplique sus reglas para la regulación de tal hecho y para resolver los conflictos que se deriven del mismo, en tanto corresponda. En principio existe el derecho de ser regulado y de ser juzgado dentro de la propia cultura y esto vale en general para todos. No obstante ello, debe considerarse que los sistemas jurídicos indígenas han sufrido un proceso de debilitamiento por su desconocimiento legal así como por la intervención del derecho estatal dentro de las comunidades, por lo cual se requiere un proceso de fortalecimiento. Por ello, si bien en principio existe el derecho de ser juzgado por el propio derecho dentro de la propia cultura, ello no sería obstáculo para que los sistemas jurídicos indígenas puedan reaccionar en defensa de sus miembros o bienes, si un tercero no-indígena realiza un hecho dañino contra personas o bienes indígenas dentro del ámbito territorial indígena. Ello permitiría no dejar vulnerables a los indígenas frente al ataque ilegal de terceros y evitar la intervención en las comunidades de aparatos estatales que históricamente han mellado la cultura y el derecho indígenas.

En estos casos y en toda situación en general, no obstante, los terceros no-indígenas pueden demandar que se vele por sus derechos, y tanto los hechos como el derecho deberían ser interpretados interculturalmente.

- d) **Competencia temporal.** Una vez que el derecho indígena regula, conoce o resuelve un caso de su competencia, este no puede ser sometido al derecho o la justicia estatales, pues entonces dejaría sin contenido al reconocimiento del derecho indígena.

Si por el contrario, una situación o caso hubiese sido visto por el derecho y la justicia estatales y luego las partes de común acuerdo quieren someterlo a su propio sistema indígena, ello sería legítimo, debido al reconocimiento legal del derecho indígena. Esta situación podría presentarse también en adelante. Es decir, si las autoridades o una parte someten ante el derecho o justicia estatal un caso que correspondería al DI, y las autoridades estatales no lo remiten al DI, cualquiera de las partes o ambas pueden demandar que dicha situación o caso sea sometido al DI en cualquier estado del proceso.

- e) **Descriminalización del derecho y la justicia indígenas.** Una de las demandas más importantes y urgentes para la coordinación entre sistemas, es que el sistema de justicia estatal descriminalice o despenalice: 1) las prácticas culturales y jurídicas indígenas que considera hechos punibles o delitos (ej. formas de unión conyugal temprana, el “rapto”, el uso de plantas medicinales, etc.), y 2) el ejercicio de la justicia indígena en sí mismo. La criminalización de la justicia indígena se da porque a partir de la “exclusividad de la función jurisdiccional” se entiende que las autoridades indígenas (como alcaldes auxiliares, consejos de ancianos o asambleas comunales) que toman decisiones usurpan la función jurisdiccional que sólo es de competencia del Organismo Judicial. Una de las consecuencias del reconocimiento del DI es que el ejercicio de la justicia indígena por sus propias autoridades, al ser legal, ya no configura usurpación de autoridad ni ninguna forma delictiva. Por ello se debe evitar cualquier forma de persecución o estigmatización de autoridades indígenas que administran justicia de acuerdo a sus normas y procedimientos, y de los miembros de los pueblos indígenas que se someten a su propia justicia. Del mismo modo, tampoco son punibles los procedimientos, mecanismos y medidas de resolución de conflictos, así como los mecanismos coercitivos y sanciones que se den en el marco de la justicia indígena (con el límite de no violar derechos humanos, que se explicara luego). El Estado y sus agencias deben abstenerse de una intervención punitiva cuando los hechos se fundan en la cultura y prácticas jurídicas indígenas. Esto debe explicitarse en normas de desarrollo constitucional, en una ley específica de coordinación y/o en los respectivos códigos penal y procesal penal. Un caso en este sentido es el Código Penal Peruano de 1991 que despenaliza la comisión de hechos punibles cuando están basados en la cultura o costumbres (art. 15). Si hay una denuncia por presunta violación de derechos humanos esta debe investigarse y resolverse según un procedimiento específico que garantice la interculturalidad, para evitar que por la vía de la denuncia se neutralice o criminalice la justicia indígena.
- f) **Mecanismos para el respeto de actos jurídicos indígenas.** Las normas de coordinación deberían establecer mecanismos registrales para el reconocimiento legal de los **actos jurídicos** realizados dentro del derecho indígena (uniones conyugales, nombres, filiación, formas de contratos, traspasos de propiedad y otros actos), sin establecer nuevos requisitos que en la práctica signifiquen el desconocimiento de lo actuado en los pueblos indígenas. Entre ellos, mecanismos para que se coordine con las instancias registrales (civiles, de la propiedad, etc.) a fin de que los actos jurídicos realizados en los pueblos indígenas con sus procedimientos y dentro de su cultura e

idioma, tengan validez cuando interactúan fuera de sus comunidades.

- g) **Respeto de decisiones indígenas que resuelven conflictos.** El reconocimiento legal de las **decisiones** tomadas por las autoridades e instancias correspondientes dentro de la justicia indígena, exige que las normas de coordinación establezcan mecanismos para el respeto de las mismas por autoridades jurisdiccionales y otras autoridades estatales. Esto no otorga facultades a las autoridades estatales para la revisión de las mismas o requisitos para condicionar su validez, aceptación y vigencia. El mero reconocimiento del DI implica el reconocimiento de la validez *per se* de las decisiones de autoridades indígenas (alcaldes auxiliares, consejos de ancianos, asambleas comunales, etc.) cuando intervienen para administrar justicia. Esto puede implicar que autoridades estatales deban hacer o abstenerse de hacer algo, suspender actos por los cuales otorgaban derechos u obligaciones de modo distinto a las decisiones indígenas o simplemente homologar tales decisiones para que las mismas sean registradas o ejecutadas como corresponda de modo que sean oponibles incluso ante terceros de fuera de la comunidad o pueblo indígena.
- h) **Remisión de situaciones o casos a la Justicia Indígena.** Con el reconocimiento del Derecho consuetudinario, le corresponde al derecho y a la justicia indígenas la regulación y resolución de conflictos de la vida social indígena. Para el fortalecimiento de tal sistema, toca a los jueces y otras autoridades del sistema estatal remitir o devolver los casos que presenten indígenas o terceros pero que se refieran a personas o bienes indígenas respecto de casos ocurridos dentro del espacio territorial de las comunidades o pueblos indígenas. Procesalmente esto puede hacerse apenas el juez u operador jurídico se informen de las circunstancias que dan competencia al DI por las propias partes u otras fuentes verificadas. Esto supondrá el establecimiento de mecanismos de comunicación simples y directos entre autoridades estatales e indígenas que deban conocer los casos. Por esta vía se evitará también la duplicidad que pueda haber en el conocimiento de un caso o situación.
La remisión de casos judiciales en cualquier etapa del proceso (policial, fiscal, judicial) puede hacerse de modo inmediato por el mero reconocimiento del DI. En cambio, la remisión de oficio de situaciones jurídicas (ej. unión conyugal, filiación, traspaso de propiedad, herencias, etc.) requerirá del establecimiento de mayores coordinaciones a efecto de que el sistema estatal tenga mecanismos procesales y registrales que den seguridad a los pueblos indígenas de que las situaciones que regulan serán reconocidas por el derecho estatal ante terceros o fuera de las comunidades y pueblos indígenas.
- i) **Fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales.** El respeto y el fortalecimiento de las autoridades e instituciones indígenas se derivan del reconocimiento del derecho indígena. Ello incluye el respeto y reconocimiento de sus propios procedimientos para la constitución y designación de las mismas. Por ende, las normas de coordinación no pueden incluir mecanismos de inscripción, acreditación o registro que condicionen la designación, legitimidad o vigencia de las instituciones o autoridades indígenas. La ley debe establecer

determinados canales de diálogo con autoridades indígenas, con base en una consulta previa a los pueblos indígenas sobre el particular; pero no puede obligar al registro, carnetización o listado de todas las autoridades indígenas (dados los temores históricamente fundados que tienen respecto de posibles actos represivos). También en consulta y con participación de los pueblos indígenas la ley debería establecer algunos mecanismos para el fortalecimiento de las autoridades indígenas así como de las instancias de decisión que tienen un carácter consensual y participativo (asambleas, cabildos, etc.).

- j) **Formas de coordinación operativa y colaboración entre sistemas.** En consulta con los pueblos indígenas y con base en un diálogo intercultural e intersectorial, debe establecerse mecanismos y formas de **coordinación**, cooperación, colaboración entre autoridades indígenas y estatales, bajo los criterios de mutuo respeto, diálogo, y sin buscar subordinar a las autoridades indígenas como meros auxiliares de la justicia estatal y sin sueldo. Actualmente muchos conflictos entre asociaciones de alcaldes auxiliares y fiscales u otras autoridades estatales, se presentan por el tema de las notificaciones. Las oficinas del Estado no destinan recursos para las notificaciones y las encargan a los alcaldes de modo gratuito. Esto recarga enormemente las tareas de los alcaldes, quienes ya cumplen otras labores de servicio a la comunidad y deben además caminar muchas horas para notificar a los pobladores, con el riesgo de que las personas no quieran recibir las notificaciones (porque ordenan su detención o presentación ante juzgados o fiscalía), o las reciban tarde. Los alcaldes son responsabilizados por la falta de entrega o la entrega tardía. Algunos alcaldes han intentado cobrar a los notificados para compensar el tiempo que pierden con esta tarea, como se hace con el correo ordinario, pero por supuesto casi nunca los notificados quieren pagar. En varios departamentos este es un problema que ha llevado a denuncias por parte de los fiscales contra los alcaldes, por omisión de funciones, obstrucción de la justicia y otros delitos. De su parte, las asociaciones de alcaldes ven al Estado como un ente que los carga de obligaciones pero no de derechos y que además les crea conflictos con su propia población. En algunos lugares la Policía ordena a los alcaldes auxiliares detener y llevar a las personas ante su despacho, o ejecutar otras órdenes, lo cual acarrea problemas de relación entre alcaldes y vecinos, e incluso puede implicar riesgos en términos de seguridad para las autoridades indígenas. Estos problemas, que tensan a autoridades estatales e indígenas deberían de terminar con el establecimiento de mecanismos de diálogo, coordinación y respeto a las autoridades indígenas. Estos criterios también deben ser la base para el establecimiento de las formas de colaboración y apoyo entre sistemas.
- k) **Procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por el derecho consuetudinario.** El Convenio 169 de la OIT indica que deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos (art. 8,2). El Convenio no especifica qué tipo de procedimiento debe seguirse, si se debe crear un órgano específico para ello o dotarse de tal función a órganos existentes (en Colombia lo hace la Corte Constitucional). El procedimiento que fuese, debe garantizar la *comprensión*

intercultural de los hechos y *interpretación intercultural* de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural de los mismos. El respeto de la diversidad cultural supone que no puede ser una sola orientación cultural la que defina cuándo se produce o no una vulneración de derechos humanos y qué solución darle. Para garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, se podría conformar “jurados escabinados” o tribunales mixtos, integrados por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena en cuestión, a fin de que se permita entender los hechos dentro de su contexto cultural y resolver de acuerdo a la equidad. Si no se tiene en cuenta la diversidad cultural, podría darse casos absurdos que en vez de proteger a las personas las pudiesen victimizar más. A veces en los pueblos indígenas se resuelven casos con trabajo comunitario, sanción física y moral y/o la mantención de las víctimas por parte del agresor. Si el mismo caso pasase a los tribunales estatales tal vez la pena sería más gravosa para el autor y menos beneficiosa para las víctimas.³⁴

- l) **Otras demandas de coordinación y adecuación.** Debe reformarse varios cuerpos legales (código penal, procesal penal, civil, municipal, leyes registrales, etc.) para ordenar la introducción de normas que expliciten los contenidos arriba mencionados.

3. Retos Pendientes

- a) **La apropiación de los Acuerdos de Paz y el Convenio 169, a fin de promover los cambios normativos e institucionales pendientes.**

El Convenio 169 de la OIT está vigente desde junio de 1997, sin embargo está pendiente: 1) la difusión adecuada del mismo a fin de que sea suficientemente conocido por la población en general y los pueblos indígenas en particular, 2) la adecuación de la legislación interna a dicho Convenio, 3) la implementación institucional de los derechos que otorga a pueblos indígenas.

En el caso de los Acuerdos de Paz y las recomendaciones de las comisiones derivadas de los mismos, también falta una mayor difusión y su apropiación por la sociedad civil en su conjunto. Con la consulta popular sobre las reformas constitucionales efectuada el 16 de mayo de 1999, se ha mostrado que la mayor parte de la población aparece ajena al proceso con un 80% de abstencionismo. Entre los votantes, ganó el “No” con casi dos tercios del electorado. El “Sí” se dio sobre todo en el altiplano y

34 La figura de los jurados escabinados o mixtos, va más allá de la institución del peritaje cultural o antropológico. Por el peritaje, los peritos o expertos –ya sea profesionales (antropólogos, sociólogos, etc.) o miembros de las comunidades indígenas- sólo ilustran a los jueces sobre la cultura y/o prácticas jurídicas indígenas, pero no deciden, la decisión la toma el juez. Mediante los jurados mixtos, no sólo serían los jueces estatales los que decidan sobre los casos desde su cultura occidental (aunque hayan sido ilustrados por los peritos) sino que la decisión sería tomada conjuntamente por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena en cuestión. Esto permitiría que los jueces estatales discutan a la par con las autoridades indígenas y aprendan a tomar decisiones conjuntas. Con este sistema la comprensión cultural de los hechos mejoraría, y se podría ir construyendo los puentes interculturales que requiere una juridicidad pluricultural. Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack. 57

departamentos con mayoría de población indígena. El alto abstencionismo refleja la necesidad de una colosal tarea de información y participación ciudadana. De su parte, el rechazo de la mayoría de votantes a las reformas, no se puede interpretar mecánicamente como un rechazo al proceso de Paz o a los Acuerdos mismos, que conservan su carácter de compromiso político. Los argumentos esgrimidos públicamente por el No, igualmente reflejan la desinformación e incluso malinformación ciudadana sobre el tema.

Entre las tareas urgentes derivadas de la implementación del Convenio 169 de la OIT está la elaboración de una norma que establezca el procedimiento de Consulta a los pueblos indígenas antes de la emisión de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectarlos directamente.

- b) **El Fortalecimiento del derecho indígena.** Con el Convenio 169 se reconoce el derecho consuetudinario en los términos expuestos líneas arriba. Ello supone la elaboración de políticas públicas de respeto a tal derecho, sus instituciones y autoridades. Dada la historia de la guerra en el país con un efecto debilitador del derecho indígena, urge el establecimiento de políticas públicas para el fortalecimiento del mismo, sus autoridades, instituciones y sus procedimientos consensuales y participativos. Estas políticas deben diseñarse con participación de los pueblos indígenas y en diálogo intercultural amplio.
- c) **El estudio y difusión del derecho indígena.** Gran parte de los prejuicios y temores que hay sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena se debe al desconocimiento del mismo. También debe haber una política pública de fomento de investigaciones sobre el derecho indígena por parte de los pueblos indígenas y por instancias intersectoriales. Esto incluye igualmente el fomento de publicaciones, la instalación de centros de documentación, videotecas, hemerotecas y sistematización informatizada de jurisprudencia sobre el tratamiento judicial de derechos culturales y del derecho indígena. Es de vital importancia el desarrollo de cursos y programas sobre la cultura y el derecho indígenas, en todos los niveles de la educación.
- d) **Difusión de los derechos indígenas y del marco legal del derecho indígena.** A pesar de que el Convenio 169 de la OIT fue ratificado en marzo de 1996, gran parte de la comunidad jurídica lo desconoce, al igual que otras normas que fundamentan los derechos indígenas. También hay un gran desconocimiento de los derechos por parte de los propios pueblos indígenas y la ciudadanía en general. De ahí se desprende la necesidad de una vasta tarea de información, formación y difusión de los derechos indígenas y de los fundamentos legales de los mismos. Gran parte de los atropellos a los derechos de los pueblos indígenas se deben u ocultan por el desconocimiento de los mismos por los propios afectados. La falta de amparo jurídico a dichos derechos se funda en parte en el desconocimiento de los mismos por la comunidad jurídica. La difusión de derechos debe abarcar los distintos medios para ello y debe hacerse también en los idiomas indígenas del país.
- e) **Acuerdos intersectoriales.** El reconocimiento del derecho indígena requiere de

medidas que supongan un cambio en la realidad: el respeto de autoridades indígenas, la despenalización de la cultura y prácticas jurídicas indígenas, el respeto de actos y decisiones indígenas, etc. El diagnóstico de los problemas actualmente existentes (como la criminalización del ejercicio del derecho indígena y la falta de respeto a sus autoridades), así como el planteamiento de alternativas de solución concretas, requieren del diálogo intercultural e intersectorial. Debe fomentarse como política pública el desarrollo de encuentros o talleres entre autoridades indígenas y estatales para diagnosticar los problemas entre sistemas y encontrar posibles soluciones. Con ello se podría reducir los conflictos que hay entre autoridades indígenas y estatales, y se podría tender las bases para una nueva legitimación del Estado, ya que actualmente está muy desacreditado por la violencia institucional que ejerce contra los indígenas.

- f) **Participación para el cambio.** Un criterio metodológico y político fundamental para la elaboración de propuestas de cambio normativo, institucional y político, debe ser la participación. Una de las deficiencias del Proceso de Paz ha sido justamente la falta de un mayor involucramiento de la ciudadanía en su conjunto, la realización de arreglos cupulares y la falta de participación directa de los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas. De una parte, las instancias formales de representación no siempre llegan a las aldeas y cantones. De otra, las formas más arraigadas de organización y participación indígena (instancias locales como las alcaldías auxiliares y cabildos o asambleas comunales) no tienen canales suficientes para expresarse políticamente y tener impacto nacional. Es vital un proceso que promueva la participación ciudadana teniendo en cuenta la realidad del país, en relación al multilingüismo y multiculturalidad, la distribución territorial, las diferencias socio-económicas, la atención a la participación de las mujeres y de sectores marginados, las percepciones gremiales y de grupos organizados, así como de la ciudadanía en general.
- g) **Políticas integrales.** Junto al debate sobre el reconocimiento del derecho indígena y otros derechos culturales, debe promoverse el reconocimiento de derechos socio-económicos y políticos, sin los cuales los derechos culturales devienen vacíos. A los pueblos indígenas se le han negado sus derechos no sólo mediante la marginación cultural y el desconocimiento del derecho indígena, sino sobre todo por la negación de condiciones y oportunidades para el desarrollo económico y la participación política. Éstos, por ende, son condiciones que deben acompañar el reconocimiento del derecho indígena y la vigencia de derechos culturales.

ANEXO 1

EPO CA	MODELO POLÍTICO	Tratamiento jurídico-político del derecho indígena en la historia ³⁵
1. COLONIAL	<p>DE SEGREGACIÓN Separación de la población en “pueblos de indios” y “villas de españoles” a fin de que se conservaran separadas las diferencias étnico-raciales. -Se creó la ideología de la inferioridad natural de los indios para justificar el régimen de tutela/ explotación.</p>	<p>Se permitió la conservación de “usos y costumbres” indígenas mientras no afectasen la ley “divina y natural”, el orden económico- político ni la religión católica. -Se reconoció a algunas autoridades indígenas que servían de enlace con el mundo colonial. -Se les autorizó administrar justicia en pueblos de indios, para causas entre indios, cuando la pena no era grave. Los casos graves debían pasar al corregidor español.</p>
2. INDEPENDENCIA	<p>DE ASIMILACIÓN -Se eliminó la palabra indígena de todas las constituciones y la diferencia de regímenes jurídicos: se buscaba la asimilación o desaparición de la cultura indígena dentro de la nación mestiza. -Se buscaba el progreso y superación del “atraso indígena”. -Se instauró el modelo de Estado-Nación, con una sola cultura, un solo idioma y una sola religión oficial, que se plasmó en la Constitución. -Se instauró monismo jurídico: a un Estado le corresponde un derecho.</p>	<p>-Desaparecieron los fueros y con ellos todos los derechos de los pueblos de indios, incluidas las tierras comunales. -Se buscó extinguir los idiomas indígenas, su religión, su cultura. -La Constitución igualaba a los indígenas con el resto de ciudadanos, pero a partir de fines del siglo XIX hasta mediados del XX, se dio una legislación menor que los diferenciaba obligándolos al trabajo en las fincas y la construcción vial. Las leyes de vagancia y el reclutamiento militar se aplicaron prácticamente sólo contra indígenas. -En la legislación se mantuvo la atribución de los alcaldes de administrar justicia, si bien sus funciones eran limitadas. Por esa vía sobrevivió el derecho indígena.</p>
3. REPÚBLICA	<p>DE INTEGRACIÓN - Constitución de 1945: es la primera en mencionar a los grupos y comunidades indígenas y reconocerles derechos. -Establece derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales, que se elimina con la contrarrevolución. -Las Constituciones posteriores (1956, 1965 y 1985) reconocen derechos a los grupos y comunidades indígenas, aunque ya no la inalienabilidad de tierras. Buscan integrar a los indígenas a la nación y al mercado. -La Constitución de 1985 reconoce, respeta y promueve muchos derechos indígenas: a sus idiomas, costumbres y valores y tradiciones.</p>	<p>-Ideología del Estado-Nación. Identidad Estado-Derecho. -A mediados de siglo aparece “el problema indígena”. -Todas las Constituciones hasta antes de 1985 siguen reconociendo funciones jurisdiccionales a los alcaldes, por lo que en la práctica es un espacio para el mantenimiento del derecho indígena. -Se reconocen algunos derechos a los indígenas en tanto grupos o comunidades, no como pueblos. -Se reconocen y promueven los idiomas y dialectos indígenas pero no se oficializan. -La Constitución de 1985 reconoce y respeta las “costumbres” indígenas y sus formas de organización. No reconoce el derecho indígena como tal. Establece la exclusividad de la función jurisdiccional por el Organismo Judicial y quita funciones de justicia a los Municipios y alcaldes. Por esta vía se quita base legal al ejercicio del derecho indígena que se hacía a través de alcaldes.</p>

35 Tomado de: Yrigoyen Fajardo, Raquel (1998): Justicia y Pluralismo Legal en Guatemala. Tesina para optar la Especialización en Derecho Consuetudinario. Guatemala: USAC-UNAM

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999): *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.

4. Década de 1990	<p>MODELO PLURALISTA</p> <p>-Acuerdos de Paz: definen carácter pluricultural, multilingüe y multiétnico de la Nación. Reconoce a los Pueblos Indígenas y sus derechos: oficialización de idiomas, derechos culturales, espiritualidad, etc.</p> <p>-Ratificación del Convenio 169-OIT (1996).</p> <p>-Recomendaciones de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia.</p> <p>-Propuesta de Reforma Constitucional.</p>	<p>-Se propone un modelo de justicia plural: 1) Justicia estatal debe respetar el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población; valores culturales y peritaje cultural; uso de idiomas indígenas. 2) Reconocimiento del derecho consuetudinario indígena. 3) Ampliación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.</p> <p>-Se plantea reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario: con sus propias normas, valores, procedimientos, instituciones y autoridades para regular la convivencia social y resolver conflictos, mientras no viole los derechos humanos.</p> <p>-Propuesta de reforma constitucional: algunas ambigüedades.</p>
-------------------	---	--

ANEXO 2: Reconocimiento del Derecho Consuetudinario en el Convenio 169-OIT	
Derecho reconocido	Texto del Convenio
1. Consulta. (art. 6,2).	Toda reforma legal o medida administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas deberá ser consultada previamente con los mismos
2. Derecho a la identidad cultural (art. 2,b)	Medidas a tomar: “que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones... ”.
3. Derecho al respeto del derecho consuetudinario (Art. 8,1)	“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario ”.
4. Derecho de conservar el derecho consuetudinario (Art. 8, 2primer párrafo)	“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.(...)”.
5. Respeto de Métodos de control penal (Art. 9,1)	“En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y 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”.
6. Mecanismo para resolver conflictos entre DC y DDHH (Art. 8,2).	“(…) Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio [que no haya incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos].”
7. Adecuación de la legislación nacional (art. 33, 2,b).	Los Programas que afecten a los pueblos indígenas, deben incluir: “la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados”.

SISTEMAS	ANEXO 3: EL MODELO DE JUSTICIA PLURAL EN LOS ACUERDOS DE PAZ
1. Reconocimiento Del Derecho Indígena O Consuetudinario (DC).	<ul style="list-style-type: none"> - Convenio 169 OIT (Arts. 2,b; 8,2; 9,1): reconocimiento del DC. Plantea crear procedimientos para resolver conflictos con DDHH. - AIDPI (VI,E,1): La normatividad de los pueblos indígenas es esencial para la regulación social de la vida de las comunidades. - AIDPI (VI,E,2): El desconocimiento por parte de la legislación nacional de las normas consuetudinarias ha dado lugar a negación de derechos, discriminación y marginación. - AIDPI (VI,E,3): Compromiso de promover normas legales que reconozcan a las comunidades el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, sin afectar derechos fundamentales ni humanos. - AIDPI (VI,E,4,i): (referencia a) atribuciones de autoridades comunitarias. - AIDPI (VI,E,4,ii): (referencia a) normas y mecanismos. - AIDPI (VI,E,6): (referencia a) valores y procedimientos de la normatividad tradicional. - AIDPI (VI,B,2): respeto de formas de organización propias de las comunidades y del papel de las autoridades constituidas de acuerdo a sus normas consuetudinarias, en el manejo de sus asuntos. - AIDPI (VI,B,3, 4 y 5): derecho de los pueblos indígenas a tomar sus decisiones, participar, y manejar sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias. - AIDPI (IV,D,2): Derecho de crear y dirigir sus propias instituciones. - AIDPI (IV,F,1,3,4,6,i,9,i): Derecho al acceso, administración, manejo y ejercicio de derechos sobre tierras y recursos, de acuerdo a sus normas consuetudinarias. - AFPCyFESD (IV,16,d): La Comisión de Fortalecimiento de la Justicia deberá incluir recomendaciones sobre Acceso a la Justicia, para facilitar un acceso simple y directo a la forma de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas.
JUSTICIA ESTATAL REFORMADA	<ul style="list-style-type: none"> - ARCyRE, I,B,16,b): introducir como Garantía de la Administración de Justicia en la Constitución, el respeto por el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del país. (Conc. ARCyRE, I,B,15) - AFPCyFESD,IV,E,4,i: inclusión del peritaje cultural para que autoridades comunitarias señalen su normatividad interna. - AFPCyFESD,IV,E,4,ii: Programa permanente para jueces y fiscales sobre cultura y normas y mecanismos que regulan la vida comunitaria de los pueblos indígenas. -AFPCyFESD,IV,13,c: reforma del Código Penal que tome en cuenta las diferencias culturales y sus costumbres.
Mecanismos Alternativos De Resolución De Conflictos	<ul style="list-style-type: none"> - ARCyRE, I,B,16,f): introducir como Garantía de la Administración de Justicia en la Constitución, la apertura a mecanismos alternativos de resolución de conflictos (Conc. ARCyRE, I,B,15). -AFPCyFESD,IV,16,f): La Comisión de Fortalecimiento de la Justicia deberá incluir recomendaciones sobre Agilización, f) A la ampliación y el reconocimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. -AC,III,E,108: establecer e iniciar la aplicación de procedimientos ágiles como el arreglo directo y la conciliación).

Anexo 4: CONTENIDOS MÍNIMOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA O CONSUECUDINARIO

Puntos	CONVENIO 169 OIT	ACUERDOS DE PAZ	Comisión de FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA	PROPUESTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
FUNDA- MENTO	- “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...”.	“...reconocer constitucionalmente la identidad de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca y desde tal perspectiva, la necesidad de definir y caracterizar al Estado guatemalteco como de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe”. (ARCyRE).	AG 221-97: “Con la participación de las organizaciones de los pueblos indígenas dar seguimiento a los compromisos del AIDPI para facilitar un acceso simple y directo a la justicia de dichos pueblos...”.	Art. 142. “Identidad, soberanía y territorio. El Estado reconoce la identidad de los pueblos maya, garífuna y xinca, sin que tal reconocimiento afecte en forma alguna la unidad nacional, la soberanía del Estado y la integridad de su territorio”.
TEXTO De Reconoci- miento	Art. 8, 2: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.” Art. 9, 1: “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.”	AIDPI, IV, E,3 “... el Gobierno se compromete a promover ante el organismo legislativo, con la participación de las organizaciones indígenas el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.” - AIDPI, IV - AFPCyFESD -ARCyRE -AC	“La Comisión concluye que la Constitución Política de la República debe incluir una norma que reconozca la existencia de principios, criterios y procedimientos que los pueblos indígenas desarrollan para resolver los conflictos entre los miembros de su comunidad, así como la validez de sus decisiones, siempre que con ellas no se violen los derechos reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Una ley deberá regular esta materia”.	Art. 157. Potestad legislativa “...Los pueblos indígenas tienen la potestad especial de crear sus propias normas y procedimientos y aplicarlas dentro de su ámbito territorial, siempre que no vulneren DDHH internacionalmente reconocidos”. Art. 203. Independencia del Organismo Judicial y Potestad de juzgar. “(...) El Estado reconoce y respeta a los pueblos indígenas el ejercicio de su propio derecho y de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, mediante sus propias autoridades, siempre que no vulneren DDHH internacionalmente reconocidos (...)”.
Objeto De	1. Costumbres propias. 2. Instituciones propias.	1. Normas consuetudinarias. 2. Autoridades e instituciones	1. Principios, criterios y procedimientos para	1. Facultad legislativa especial. 2. Facultad jurisdiccional

Reconocimiento	(Art. 8, inc. 2) 3. Métodos propios de control penal de los pueblos indígenas. (Art. 9,1).	propias. 3. Forma de Administrar Justicia.	resolver conflictos. 2. Validez de decisiones.	especial. 3. Autoridades e instituciones indígenas.
Titular Del Derecho	1. Pueblos Indígenas en Países Independientes. 2. Pueblos Tribales.	Pueblos Indígenas, Comunidades Indígenas.	Pueblos Indígenas, Comunidades Indígenas.	Pueblos Indígenas.
Competencia Material	1. Todas las materias, no se limita. (Art. 8,2) 2. Inclusive la materia penal: "represión de delitos cometidos por sus miembros". (Art. 9,1)	1. Todas, no se limita. Ilustrativamente, manejo de asuntos internos, tierras, etc.	No se limita.	Todas las materias. No se limita.
Competencia Personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: <i>miembros</i> de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención expresa, pero se hace referencia a la <i>comunidad y pueblos indígenas</i> .	Miembros de la comunidad y pueblos indígenas.	No se hace mención expresa.
Competencia Territorial	No se menciona expresamente.	No se hace mención expresa, pero se hace referencia a las "normas que rigen <i>en las comunidades</i> " (AIPDI,IV,E,4).	No se hace mención expresa, pero se hace referencia a: - pueblos indígenas, - comunidad.	Dentro de su ámbito territorial.
Límite Del Reconocimiento	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos de control no sean incompatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas consuetudinarias no sean incompatibles con: a) los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, b) los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que decisiones no violen los derechos reconocidos en: a) la Constitución Política y b) en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.	No vulneración de derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Normas de coordinación	Deberán establecerse <i>mecanismos</i> para solucionar los conflictos en la aplicación del principio de la incompatibilidad entre el DC y los derechos fundamentales y humanos (art.8,2).	<ul style="list-style-type: none"> - Promover el desarrollo de Normas legales que reconozcan a las comunidades el manejo de sus asuntos internos. - Adecuación del Código Penal. 	Una ley deberá regular esta materia.	La ley establecerá las formas de coordinación del derecho y la jurisdicción estatales con el derecho y la jurisdicción indígenas, sin preeminencia de los unos sobre los otros. (Art. 203).
-------------------------------	---	--	--------------------------------------	---

ANEXO 5: Pluralismo Legal y Derecho Indígena (DI) o *Derecho Consuetudinario (DC)* en los Acuerdos de Paz.

ACUERDO	TEMA	TEXTO DE LOS ACUERDOS (literal)
AIDPI, IV, E:	Derecho Consuetudinario (DC)	1. ACUERDO DE IDENTIDAD Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
AIDPI, IV, E, 1	Importancia del DC para la vida de las comunidades.	A La normatividad tradicional de los pueblos indígenas ha sido y sigue siendo un elemento esencial para la regulación social de la vida de las comunidades y, por consiguiente, para el mantenimiento de la cohesión@.
AIDPI, IV, E, 2	El desconocimiento legal del DC ha sido fuente de discriminación y negación de derechos a los indígenas.	“El gobierno reconoce que tanto el desconocimiento por parte de la legislación nacional de las normas consuetudinarias que regulan la vida comunitaria indígena como la falta de acceso que los indígenas tienen a los recursos del sistema jurídico nacional han dado lugar a negación de derechos, discriminación y marginación . ”
AIDPI, IV, E, 3	Reconocimiento legal del DI ó DC. Compromiso del Gobierno de promover dicho reconocimiento ante el Legislativo, con participación de organizaciones indígenas.	A Para fortalecer la seguridad jurídica de las comunidades indígenas, el Gobierno se compromete a promover ante el organismo legislativo, con la participación de las organizaciones indígenas el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. @
AIDPI, IV, E, 4	En los casos que deban intervenir los tribunales, se tendrá en cuenta el DC.	A En aquellos casos donde se requiera la intervención de los tribunales, y en particular en materia penal, las autoridades correspondientes deberán tener plenamente en cuenta las normas tradicionales que rigen en las comunidades. Para ello el Gobierno se compromete a tomar las siguientes medidas:
AIDPI, IV, E, 4, i)	Peritaje cultural.	Aproponer con la participación de representantes de las organizaciones indígenas, disposiciones legales para incluir el peritaje cultural y desarrollar mecanismos que otorguen atribuciones a las autoridades comunitarias para que señalen las costumbres que constituyen su normatividad interna; y
AIDPI, IV, E, 4,ii)	Capacitación permanente a operadores jurídicos sobre DI o DC.	impulsar, en coordinación con las universidades de Guatemala, las asociaciones profesionales y las organizaciones indígenas, un programa permanente para jueces y agentes del Ministerio Público sobre la cultura y rasgos de identidad de los pueblos indígenas, en especial en el conocimiento de sus normas y mecanismos que regulan su vida comunitaria. @

ACUERDO	TEMA	TEXTO DE LOS ACUERDOS (literal)
AIDPI, IV, E, 6	Estudio sistemático del DI o DC.	AEI Gobierno propiciará, en cooperación con las organizaciones indígenas, las universidades del país y asociaciones profesionales correspondientes, el estudio sistemático y detenido de los valores y procedimientos de la normatividad tradicional @.
AIDPI, IV, B:	Comunidades y Autoridades Indígenas	
AIDPI, IV, B, 2	Respeto de autoridades consuetudinarias en el manejo de sus asuntos.	ATeniendo en cuenta el compromiso constitucional del Estado de reconocer, respetar y promover estas formas de organización propias de las comunidades indígenas, se reconoce el papel que corresponde a las autoridades de las comunidades, constituidas de acuerdo a sus normas consuetudinarias en el manejo de sus asuntos @.
AIDPI, IV, B, 3	Autonomía de comunidades en la decisión de prioridades de desarrollo.	AREconociendo el papel que corresponde a las comunidades, en el marco de la autonomía municipal, para el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo , y en particular con relación a la educación, la salud, la cultura y la infraestructura, el Gobierno se compromete a afirmar la capacidad de dichas comunidades en esta materia@.
AIDPI, IV, B,4	Participación de comunidades indígenas en todos los asuntos que les afecten.	APara ello, y para propiciar la participación de las comunidades indígenas en el proceso de toma de decisiones sobre todos los asuntos que les afecten , el Gobierno promoverá una reforma al Código Municipal@ (CM).
AIDPI, IV, B, 5	Reforma del CM, que reconozca a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos, de acuerdo a sus normas consuetudinarias.	ADicha reforma (al Código Municipal) se promoverá de acuerdo con las conclusiones que la comisión de reforma y participación, establecida en el presente capítulo, literal D, numeral 4, adoptará sobre los siguientes puntos, en el contexto de la autonomía municipal y de las normas legales reconociendo a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias , mencionadas en el presente capítulo, literal E, numeral 3:
AIDPI, IV, B, 5,i)	Capacidades jurídicas de comunidades y autoridades tradicionales, en CM.	i) definición del estatus y capacidades jurídicas de las comunidades indígenas y de sus autoridades constituidas de acuerdo a las normas tradicionales ;
AIDPI, IV, B, 5,ii)	Respeto del derecho consuetudinario en el CM.	ii) definición de formas para el respeto del derecho consuetudinario y todo lo relacionado con el habitat en el ejercicio de las funciones municipales, teniendo en cuenta, cuando sea el caso, la situación de diversidad lingüística, étnica y cultural de los municipios;
AIDPI, IV, B, 5,	Fortalecimiento de comunidades para	iii) definición de formas para promover la equitativa distribución del gasto público, incluyendo

ACUERDO	TEMA	TEXTO DE LOS ACUERDOS (literal)
iii)	manejar recursos.	el porcentaje del Presupuesto General de ingresos Ordinarios del Estado trasladado anualmente a las municipalidades, entre las comunidades, indígenas y no indígenas, integrantes del municipio, fortaleciendo la capacidad de dichas comunidades de manejar recursos y ser los agentes de su propio desarrollo.
AIDPI, IV, B, iv)	Formas asociativas de comunidades para la defensa de sus derechos.	iv) definición de formas para la asociación de comunidades en la defensa de sus derechos e intereses y la celebración de acuerdos para diseñar y ejecutar proyectos de desarrollo comunal y regional@.
AIDPI, IV, D	Participación a todos los niveles.	
AIDPI, IV, D, 2	Derecho de pueblos indígenas a la creación y dirección de sus propias instituciones y control de su desarrollo.	AEn este contexto, se reitera que los pueblos maya, garífuna y xinca tienen derecho a la creación y dirección de sus propias instituciones , al control de su desarrollo y a la oportunidad real de ejercer libremente sus derechos políticos, reconociendo y reiterando asimismo que el libre ejercicio de estos derechos les da validez a sus instituciones y fortalece la unidad de la nación@.
AIDPI, IV, D, 3	Institucionalización de la representación de los pueblos indígenas.	AEn consecuencia, es necesario institucionalizar la representación de los pueblos indígenas en los niveles local, regional y nacional, y asegurar su libre participación en el proceso de toma de decisión en los distintos ámbitos de la vida nacional@.
AIDPI, IV, D, 4	Reformas legales para garantizar la participación de los pueblos indígenas.	AEl gobierno se compromete a promover las reformas legales e institucionales que faciliten, normen y garanticen tal participación. Asimismo se compromete a elaborar dichas reformas con la participación de representantes de las organizaciones indígenas, mediante la creación de una comisión paritaria de reforma y participación, integrada por representantes del Gobierno y de las organizaciones indígenas@.
AIDPI, IV, F	Derechos Relativos a la Tierra de los Pueblos Indígenas	
AIDPI, IV, F, 1	Reconocimiento de derechos y formas de tenencia colectiva o individual de la tierra.	ALos derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas incluyen tanto la tenencia comunal o colectiva, como la individual , los derechos de propiedad, de posesión y otros derechos reales, así como el aprovechamiento de los recursos naturales en beneficio de las comunidades, sin perjuicio de su hábitat. Es necesario desarrollar medidas legislativas y administrativas para el reconocimiento , titulación, protección, reivindicación, restitución y compensación de estos derechos@.

ACUERDO	TEMA	TEXTO DE LOS ACUERDOS (literal)
AIDPI, IV, F, 3	Derecho de las comunidades a mantener el sistema de administración de las tierras.	A... La Constitución de la República establece la obligación del estado de dar protección especial a las tierras de las cooperativas, comunales o colectivas; reconoce el derecho de las comunidades indígenas y otras a mantener el sistema de administración de las tierras que tengan y que históricamente les pertenezcan ; y contempla la obligación del Estado de proveer de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo@.
AIDPI, IV, F, 4	Dación de normas para fortalecer el ejercicio de derechos colectivos sobre la tierra.	AReconociendo la especial importancia que para las comunidades indígenas tiene su relación con la tierra, y para fortalecer el ejercicio de sus derechos colectivos sobre la tierra y sus recursos naturales , el Gobierno se compromete a adoptar directamente, cuando es de su competencia, y a promover cuando es de la competencia del organismo legislativo o de las autoridades municipales, las medidas abajo mencionadas, entre otras, que se aplicará en consulta y coordinación con las comunidades indígenas concernidas@.
AIDPI, IV, F, 6, i)	Reconocimiento del derecho de acceso a tierras y recursos para actividades tradicionales, de subsistencia y espirituales.	AEl Gobierno adoptará o promoverá las medidas siguientes: i) reconocer y garantizar el derecho de acceso a tierras y recursos que no estén exclusivamente ocupados por las comunidades, pero a las que éstas hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (servidumbre, tales como paso, tala, acceso a manantiales, etc., y aprovechamiento de recursos naturales) así como para sus actividades espirituales :@
AIDPI, IV,F, 9, i)	Reconocimiento a las comunidades de la administración de tierras de acuerdo a su DC	APara facilitar la defensa de los derechos arriba mencionados y proteger las comunidades eficazmente, el Gobierno se compromete a adoptar o promover las siguientes medidas: i) el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas la administración de sus tierras de acuerdo con sus normas consuetudinarias ;
AIDPI, IV,F, 9, iii)	Estudio del derecho agrario, incluyendo las normas consuetudinarias sobre la materia.	iii) instar a las facultades de ciencias jurídicas y sociales al fortalecimiento del componente de derecho agrario en las currícula de estudio, incluyendo el conocimiento de las normas consuetudinarias en la materia @
AIDPI, III, B	Derecho a los propios nombres, apellidos y toponimias.	AEl Gobierno reafirma el pleno derecho al registro de nombres, apellidos y toponimias indígenas (...):@

ACUERDO	TEMA	TEXTO (LITERAL)
AFPCyFESD	Acceso a la Justicia Indígena	2. ACUERDO SOBRE EL FORTALECIMIENTO DEL PODER CIVIL Y FUNCIÓN DEL EJÉRCITO EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA
AFPCyFESD, IV, 16 d)	Acceso simple y directo a la justicia de los pueblos indígenas por parte de grandes sectores del país.	- Comisión de fortalecimiento de la justicia. Deberá incluir recomendaciones sobre Acceso a la Justicia: d) ACon la participación de las organizaciones de los pueblos indígenas, dar seguimiento a los compromisos contenidos en el AIDPI respecto a la forma de administrar justicia por parte de dichos pueblos, con miras a facilitar un acceso simple y directo a la misma por parte de grandes sectores del país que no logran llegar al sistema de justicia o comparecen ante él en condiciones disminuidas. @
AFPCyFESD, IV, 16, f)	Mecanismos alternativos de resolución de conflictos- <i>MARC</i> .	- Comisión de fortalecimiento de la justicia. Deberá incluir recomendaciones sobre Agilización: f) ALa ampliación y el reconocimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. @
AFPCyFESD, IV, 16, i)	Incorporación en el tema de justicia de entes de fuera del sistema.	- Comisión de fortalecimiento de la justicia. Deberá incluir recomendaciones sobre Actores no estatales: i) ALa incorporación activa en la temática de la reforma judicial de aquellas entidades que no integran el sistema estatal de justicia y cuyo papel resulta decisivo para dicha reforma. @
AFPCyFESD, IV, 15	Comisión de Fortalecimiento de la Justicia.	AAsimismo, las partes convienen en que, en el término de treinta días posteriores a la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera, el Presidente de la República promoverá la integración de una Comisión encargada de producir en el plazo de seis meses, y mediante un debate amplio en torno al sistema de justicia, un informe y un conjunto de recomendaciones susceptibles de ser puestas en práctica a la mayor brevedad (...) @.
	Respeto del derecho Indígena	
AFPCyFESD, IV, 13, c)	Reforma de Código Penal para que tome en cuenta diferencia cultural y costumbres.	IV. Organismo Judicial. 13: Reformas Legales. c) Código Penal. APromulgar una reforma del Código Penal en la que se (...) tome en cuenta las diferencias culturales propias del país y sus costumbres (...) @.

ACUERDO	TEMA	TEXTO (LITERAL)
ARCyRE	Reformas Constitucionales sobre Justicia	3. ACUERDO SOBRE REFORMAS CONSTITUCIONALES Y RÉGIMEN ELECTORAL
ARCyRE, I, B, 15	Reforma Constitucional sobre Justicia debe considerar realidad pluricultural e incorporar <i>MARC</i> .	B. Reformas Constitucionales incluidas en el AFPCyFESD. / Administración de Justicia. 15. A(...) Considerando de manera específica la realidad multiétnica, pluricultural y multilingüe del país ; la imparcialidad del juzgador, la solución razonada y pronta de los conflictos sociales, la apertura a mecanismos alternativos de resolución de los mismos ; ...@
ARCyRE, I, B, 16, b)	Respeto por el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe, entre garantías de la justicia.	B. Reformas Constitucionales incluidas en el AFPCyFESD. / Garantías para la Administración de Justicia. APromover ante el Congreso de la República una reforma del Artículo 203 de la Constitución Política de la República en la que conste una referencia inicial expresa a las garantías de la justicia y, como tal, incluir: (..) b) el respeto por el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del país;...@
ARCyRE, I, B, 16, f)	Apertura de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre garantías de la justicia.	B. Reformas Constitucionales incluidas en el AFPCyFESD. / Garantías para la Administración de Justicia. APromover ante el Congreso de la República una reforma del Artículo 203 de la Constitución Política de la República en la que conste una referencia inicial expresa a las garantías de la justicia y, como tal, incluir: (...) f) la apertura de mecanismos alternativos de resolución de conflictos@.
ARCyRE, I, 1	Compromiso del Gobierno de presentar reformas constitucionales sobre el tema justicia.	- Reforma Constitucional: AEI Gobierno de la República promoverá ante el Congreso de la República el proyecto de reformas constitucionales contenidas en las secciones A y B del presente Acuerdo 60 días después de su entrada en vigencia@.
AC	Cronograma de compromisos sobre Justicia y DC	4. ACUERDO SOBRE CRONOGRAMA PARA LA IMPLEMENTACIÓN, CUMPLIMIENTO Y VERIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS DE PAZ
AC, II, F, 31 (Primeros 90 días)	Comisión de Fortalecimiento de la Justicia.	Comisión de Fortalecimiento de la Justicia: se integra en 30 días después de vigencia del Acuerdo, y funciona por 6 meses, para hacer recomendaciones.
AC, II, G, 35 (Primeros 90 días)	Presentación de reformas constitucionales sobre justicia.	AEI Gobierno de la República promoverá ante el Congreso de la República el Proyecto de Reformas Constitucionales contenidas en las secciones A y B del <i>ARCyRE</i> @.
AC, III, D, 83	Comisión Paritaria para la Reforma	

ACUERDO	TEMA	TEXTO (LITERAL)
(15.4.97 al 31.12.97)	y Participación.	Creación de la Comisión Paritaria para la Reforma y Participación.
AC, III, D, 84 (15.4.97 al 31.12.97)	Comisión Paritaria sobre Derechos Relativos a la Tierra.	Creación de la Comisión Paritaria sobre Derechos Relativos a la Tierra.
AC, III, E, 107 (15.4.97 al 31.12.97)	Jurisdicción Agraria y ambiental.	"Promover la creación de una jurisdicción agraria y ambiental dentro del Organismo Judicial, teniendo en cuenta las disposiciones del Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas".
AC, III, E, 108 (15.4.97 al 31.12.97)	Resolución expedita de conflictos de tierra, mediante arreglo directo y conciliación.	" Teniendo en cuenta los compromisos del Acuerdo sobre Reasentamiento..., el AIDPI, y las recomendaciones de la Comisión Paritaria sobre derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas, el Gobierno se compromete a establecer e iniciar la aplicación de procedimientos ágiles para dirimir litigios sobre tierras y otros recursos naturales (en particular arreglo directo y conciliación)".
AC, IV, B, 143 (1998 al 2,000)	Normatividad Consuetudinaria.	ACon la participación de las organizaciones indígenas, y teniendo en cuenta los resultados de las Comisiones Paritarias sobre Reforma y Participación y sobre los Derechos relativos a la Tierra de los Pueblos Indígenas, promover ante el Congreso de la República las acciones necesarias para responder a los compromisos de la sección E del AIDPI .
AC, IV, D, 177 (1998 al 2,000)	Reforma al Código Penal	"En congruencia con los resultados de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, promover y presentar ante el Congreso de la República una reforma del Código Penal para alcanzar los siguientes objetivos: a) La tipificación de la discriminación étnica como delito; b) La tipificación del acoso sexual como delito; c) la adecuación del Código Penal a las disposiciones de la Convención Internacional para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial; y d) Dar prioridad a la persecución penal de aquellos delitos que causan mayor daño social; tomar en cuenta las diferencias culturales propias del país y sus costumbres ; garantizar plenamente los derechos humanos; (...)" .

ANEXO 6: CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
<p>1. FUNDAMENTO:</p> <p>Estado reconoce Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal.</p>	<p>- 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@., etc.</p>	<p>Art. 7: El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.</p>	<p>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.</p>	<p>Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.</p>	<p>Art. 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.</p> <p>La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley.</p> <p>La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley son símbolos de la patria.</p>

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
<p>2. Texto de Reconocimiento de</p> <p>a) la Jurisdicción Indígena y</p> <p>b) el Derecho Indígena o Consuetudinario</p>	<p>Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.</p> <p>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.</p>	<p>Art. 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.</p>	<p>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.</p>	<p>Art.171: Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.</p> <p>Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.</p>	<p>Art. 191: El ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.</p> <p>Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.</p>

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
3. Acción Estatal Promovida sobre la Pluriculturalidad	1. Respeto del derecho de conservar sus costumbres e instituciones (art. 8,2). 2. Respeto de los métodos propios de control penal de los PI (art.9,1). 3. Establecimiento de mecanismo para solucionar conflictos entre DC y DH.	Diversidad étnico cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Respeto por el Estado.	Pluralidad étnica y cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Protección por el Estado.	Pluriculturalidad: Auto-definición de la República de Bolivia.	Pluriculturalidad y Multiétnicidad: autodefinición del Estado.
4. Derecho Subjetivo	1. Derecho de <i>conservar</i> costumbres e instituciones propias. 2. Derecho al <i>respeto</i> de sus métodos de control penal propios. 3. Derecho a resolver por mecanismos establecidos conflictos entre DC y DH	- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales -y de aplicar su propias normas y procedimientos.	- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales - y de aplicar su derecho consuetudinario.	- Potestad de ejercer función de administración y aplicación de normas propias, - sus costumbres y procedimientos.	-Potestad de ejercer funciones de justicia, - aplicación de normas y procedimientos propios - aplicación de costumbres o derecho consuetudinario.
5. Objeto de reconocimiento y respeto	1. Costumbres propias. 2. Instituciones propias. (Art. 8, inc. 2) 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas. (Art. 9,1).	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho Consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Normas propias, costumbres y procedimientos propios, 2. Autoridades <i>naturales</i> de las comunidades indígenas y campesinas. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos	1. Derecho Consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de Justicia.
6. Titular del derecho	1. Pueblos Indígenas en países independientes. 2. Pueblos Tribales.	1. Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Campesinas, 2. Comunidades Nativas,	1. Comunidades Indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del	Pueblos Indígenas.

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
(Sujeto Beneficiario o del reconocimiento).			3. Rondas Campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	
7. Competencia Territorial	No se menciona expresamente.	@Dentro de su ámbito territorial@: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	@Dentro de su ámbito territorial@: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas.	@Dentro de su ámbito territorial@: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas.	No se indica, pero se habla de Aconflictos internos@ (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).
8. Competencia Material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: @represión de delitos cometidos por sus miembros@.	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
9. Competencia Personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial campesino o nativo (indígena).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	Se habla de Aconflictos internos@ (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).
10. Límite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles:	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
	a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	2. Leyes de la República.		2. Leyes de la República.	2. Leyes.
11. Ley de Coordinación o Compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los <i>conflictos en la aplicación del principio</i> de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) el <i>sistema jurídico nacional</i> . Todavía no se da ley.	La ley establece las formas de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) los juzgados de Paz y con las demás instancias del <i>Poder Judicial</i> . Todavía no se da ley.	La ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con b) las atribuciones de los <i>poderes del estado</i> . Todavía no se da ley.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con b) las del sistema judicial nacional. Todavía no se da ley.
12. Ubicación sistemática	Parte I: Política General. - Artículo 8, inc. 2 - Artículo 9, inc. 1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional. Ubica sistemáticamente	Capítulo referido al Poder Judicial. Ubicación al final del	Capítulo referido a la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo.	Título VIII De la Función Judicial. Artículo único sobre potestad

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
sistemática		dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	capítulo. También la llama <i>jurisdicción especial</i> . No es muy sistemático el tratamiento.		judicial. Tratamiento sistemático.

UNIDAD I: MARCO JURÍDICO Y PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS Y ORDINARIO

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2007): “Hacia una jurisprudencia pluralista”. En: Revista de Derecho Penal 2006. Lima: Fondo Editorial de la PUCP y Universidad de Friburgo, Suiza, páginas 377-415.

HACIA UNA JURISPRUDENCIA PLURALISTA¹

RAQUEL ZONIA YRIGOYEN FAJARDO

SUMARIO: I. Caso 1. 1. Los hechos. 2. La sentencia. 3. Comentario. 4. Sobre el sujeto titular de funciones jurisdiccionales. 5. ¿En qué consisten las funciones jurisdiccionales? 6. Competencia territorial, personal y material. 7. Consecuencias de la sentencia en la protección de derechos. 8. Síntesis y proyección favorable para un entendimiento democrático. 9. Impulso a la legislación pluralista. 10. Pedagogía sobre la justicia y la interculturalidad. 11. Comentario a la jurisprudencia. II. Caso 2. Hacia una definición e interpretación intercultural de los derechos humanos. 1. Los hechos. 2. La sentencia. 3. Comentario. 4. Sobre el alcance de las funciones jurisdiccionales de las rondas (artículo 179 de la Constitución). 5. Sobre la exención de pena por la cultura o costumbres (artículo 15 del Código Penal). 6. Sobre presuntas violaciones de derechos por la jurisdicción especial.

I. CASO 1

Comentario de una sentencia de la Corte Suprema del Perú referente al artículo 149 de la Constitución y a la absolución de ronderos por los delitos de secuestro y otros.

1 Este texto constituye el Anexo 2 de la tesis de doctorado «Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los países andinos en el siglo XIX», que la autora ha presentado, en 2005, en la Universidad de Barcelona.

1. Los hechos

En el año 2002, las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa, provincia de Moyobamba, departamento de San Martín, encontraron responsables de violación sexual, robo y homicidio a cuatro personas, quienes, con sus asaltos, tenían aterrorizada a la población.² 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 de veinticinco años. En general, las rondas tienen procedimientos relativamente comunes: llevan los casos graves a la asamblea local —donde participa toda la población del lugar— y coordinan con las rondas de otras «bases» o caseríos la aplicación de sanciones.³ 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 con el fin de que, durante el día, realicen trabajos comunales y, en las noches, ronden 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 de 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 de 2004, la cual absolvió a los ronderos y ordenó su excarcelación. Esta sentencia es materia del presente comentario.

2 Véase información sobre los hechos —que sigo aquí— y un breve comentario de la sentencia —con la cual concuerdo— en Ardito 2004. También puede consultarse en el sitio web <<http://www.IDL.org.pe>>

3 Véase, entre otros, Yrigoyen 1993; Espinoza 1995; Gitlitz 1998; Stara 1999.

2. La sentencia

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

3. Comentario

Esta sentencia es muy importante porque sienta una interpretación progresiva en varios puntos controvertidos del artículo 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 monista⁴ que había marcado la mayor parte de decisiones judiciales en esta materia.⁵ Analizaré algunos de los aportes pluralistas de esta sentencia.

4. Sobre el sujeto titular de funciones jurisdiccionales

La sentencia zanja con el debate sobre el alcance del artículo 149 de la Constitución de 1993 y supera 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, lo que había hecho que las rondas campesinas autónomas quedaran en un limbo jurídico por mucho tiempo.

El artículo 149 de la Constitución de 1993 señala lo siguiente:

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

4 El «monismo legal» identifica al Estado con un solo sistema jurídico. El pluralismo jurídico, por el contrario, admite la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. Véase Sousa Santos 1991: 63 y s(s); Sousa Santos 1994: 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.

5 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 en Yrigoyen 2002b.

violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 8, inciso 2, señala lo siguiente:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas 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.

A su vez, el artículo 9, inciso 1, dice: «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».

De una lectura literal del artículo 149 de la Constitución, parecería que esta reconoce, a las autoridades de comunidades campesinas y nativas, plena potestad para ejercer funciones jurisdiccionales, mientras que, a las rondas, solo 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»)?; 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 veinticinco años, donde no había legalmente comunidades campesinas y nativas. Estas habían logrado reconstituir el sentido de comunalidad por medio del manejo colectivo de la seguridad, la justicia y el gobierno local en estancias, caseríos y anexos donde no había propiedad comunal de la tierra y, por ende, 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, etcétera. De ahí su lucha por el reconocimiento legal y constitucional. Sin embargo, después de darse la primera Ley de Rondas Campesinas n° 24571 (publicada el 7 de noviembre de 1986), se dio la Ley de Comunidades Campesinas, que contemplaba la figura de las rondas campesinas como un órgano o comité especializado de esta para asuntos de seguridad y justicia. De ahí que

muchos que desconocen el campo pensarán que solo había rondas campesinas dentro de comunidades campesinas o nativas así constituidas legalmente. La confusión creció cuando los gobiernos de Alan García y Alberto Fujimori instauraron los Comités de Autodefensa Civil, dependientes de los mandos militares en las zonas de emergencia para el combate antiterrorista, 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 solo 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 mediante 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 por medio 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» (cursivas mías) 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» (cursivas mías).⁶ Basados en una gran ignorancia sobre el fenómeno rondero, los constituyentes añadieron la frase «con apoyo» pensando que solo 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 Congreso Constituyente Democrático (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 estas las funciones jurisdiccionales.⁷ En este 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

6 Mesa de Pluralidad Jurídica y Derechos Étnicos. «Pluralidad cultural y derechos étnicos. Propuesta de reforma constitucional 1993». En *Desfaciendo Entuertos*, nº 3-4, 1994.

7 En las Actas del CCD (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* [...]”». De alguna manera, ese criterio guió el debate de la Comisión. El diario de debates del CCD del 23 de junio de 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”» (cursivas mías). Tomado de Yrigoyen 2001b.

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. Sin embargo, 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 esta 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 artículo 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 aun en caso de vacío o deficiencia de la ley, como sería este caso, y debe aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario para suplir tal deficiencia legal.

La Constitución del Perú de 1993 dice lo siguiente: «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 que busque 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 artículo 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 de 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,⁸ 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 esta 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.⁹ 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.¹⁰

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 artículo 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.¹¹

8 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» (cursivas mías).

9 Corte Constitucional de Colombia, sentencia 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”, es 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» (cursivas mías).

10 Véase Sánchez/Jaramillo 2000.

11 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 solo 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

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 OIT. 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 (artículos 8 y 9). Cabe subrayar que las normas infraconstitucionales (leyes y decretos) solo reconocen «comunidades» y no pueblos, por lo que quedan muchos pueblos indígenas fuera de 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 artículo 1 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 de la OIT reconocen a las comunidades campesinas y a los pueblos indígenas, respectivamente. La ley no dice que las rondas sean pueblos indígenas, sino que se les apliquen los derechos de estos en tanto les corresponda y favorezca, como también hace la Constitución del Ecuador de 1998 respecto de los afroecuatorianos¹² 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 de la OIT 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.

se puede leer» [sic]. (comunicación abierta por correo electrónico a los miembros de la Mesa Técnica sobre Rondas Campesinas, 27 de septiembre de 2004).

12 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».

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. En ese sentido, la 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) dice lo siguiente: «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 nº 27908, pues el artículo 1 de esta puede entrañar una contradicción entre una previsión restrictiva y una extensiva.¹³ De un lado, está la previsión que 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 artículo 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 solo «como apoyo», o solo 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 artículo 35 del Convenio establece que, en su aplicación, priman las normas que otorgan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, sin importar la jerarquía de la fuente.¹⁴

13 Ley de Rondas Campesinas 27908 (publicada el 7 de enero de 2003). «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*» (cursivas mías).

14 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,

Algunos sostienen que una ley no puede ampliar un derecho que aparece restringido en la Constitución bajo el entendido de 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 de la OIT), 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.¹⁵ 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 artículo 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 el principio de progresividad que rige la interpretación de derechos humanos. Como anoté líneas arriba, el propio Convenio 169 de la OIT, en su artículo 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.¹⁶

laudos, costumbres o acuerdos nacionales». El Convenio 169 de la OIT se pone en el supuesto de 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, con lo que sienta 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.

- 15 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».
- 16 En este sentido, discrepo de Juan Carlos 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

5. ¿En qué consisten las funciones jurisdiccionales?

La sentencia que comentamos deja claro que, cuando las rondas ejercen las funciones jurisdiccionales referidas en el artículo 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.¹⁷

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

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 N.º 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» (cursivas mías) (2004: 5). 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 del principio pro indígena del propio Convenio 169 de la OIT (artículo 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 artículo 35 del Convenio de la OIT), y pretende hacer valer la legislación interna restrictiva (ley que dice que las rondas solo 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 anteriormente.

17 Carlos 1963: 538. También véase Sánchez/Jaramillo 2000: 131; Yrigoyen 2002a: 81-122.

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 artículo 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 CCC respecto de las decisiones de la jurisdicción especial, se trata de actos emanados de jueces jurisdiccionales, con eficacia y validez nacional. Solo sería cuestionable en la medida en 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.¹⁸

18 Sánchez/Jaramillo 2000

6. 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 (artículos 13 a 16), que incluye no solo 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 artículo 149 y de la Ley de Rondas Campesinas. Así, enmienda la plana a quienes consideraban que las rondas carecían de funciones jurisdiccionales y que solo podían ejercer funciones conciliatorias y no penales, así como 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.

7. 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 ronderas y los ronderos como personas individuales. Entre las consecuencias inmediatas que se derivan de la sentencia, cabe mencionar:

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.

Los procesos penales en curso contra ronderos y otras autoridades de la jurisdicción especial derivados del ejercicio legítimo de funciones jurisdiccionales deberían archivarse 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.¹⁹ 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 Corte Suprema.

En el supuesto de 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.

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 más adelante. Otra es la justificación por ejercicio legítimo de un derecho (anotado antes y sostenido por la Corte Suprema). No cabe descartar tampoco, en caso conveniente, la aplicación del artículo 15 del Código Penal para la exoneración de pena por costumbre o cultura.

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.²⁰

También cabría interponer acciones de amparo a favor de las organizaciones ronderas en caso de persecución de sus miembros, pues las rondas, como colectivos,

19 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*» (cursivas mías).

20 Constitución de 1993, artículo 200.- «Son garantías constitucionales: 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».

tienen el derecho de ejercer funciones jurisdiccionales, lo que se ve amenazado o impedido por la persecución de sus autoridades o miembros.²¹

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.²²

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, uso de recursos legales y, si cabe, aplicación de medidas distintas al encarcelamiento en cumplimiento de los artículos 8, 9, 10 y 12 del Convenio 169 de la OIT.²³

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,

21 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».

22 Constitución de 1993, artículo 139, inciso 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».

23 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».

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 en 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 «*el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada* priva a otro de su libertad» (cursivas mías).²⁴ Y, como la misma sentencia señala, las rondas tienen tal derecho por el artículo 149 de la Constitución. Es decir, privaron a delincuentes de su libertad «*con derecho, motivo y justificación legal*» (cursivas mías). 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). Si no, imaginémos 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 la acción de privar a alguien de su libertad carezca de derecho, motivo o justificación para ello.

8. Síntesis y proyección favorable para un entendimiento democrático

Esta sentencia da un giro de 180 grados a la jurisprudencia en esta materia que, en general, se había mantenido dentro de 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

24 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» (cursivas mías).

artículo 149 de nuestra Carta Magna y del Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú en 1994.²⁵ Dicha sentencia también permite hacer una interpretación progresiva de la última Ley de Rondas Campesinas 27908 (del 7 de enero de 2003) reforzando la disposición de su artículo 1 respecto de la aplicación a las rondas de los derechos y ventajas de los pueblos indígenas en tanto les correspondan y favorezcan.

9. Impulso a la legislación pluralista

La sentencia no solo 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 artículo 149 de la Constitución que pretendían reducir el papel de las rondas a funciones conciliatorias, de mero apoyo policial o solo para casos de menor gravedad.²⁶ Es claro que la Corte Suprema, al aplicar sin restricciones al artículo 149 a las rondas, les reconoce plenas funciones jurisdiccionales.

Esta sentencia también supera la posición restrictiva de la Comisión Especial para la Reforma Integral del Sistema de Justicia (CERIAJUS) respecto de la jurisdicción especial, cuya propuesta de reforma constitucional abandona dos nociones fundamentales de la Constitución de 1993.²⁷ Primero, elimina la afirmación de 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 y rondera. Segundo, elimina el concepto de «funciones jurisdiccionales» y propone tan solo 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 averiguaciones—, juzgamiento y toma de decisiones, así como la de aplicación coercitiva de sanciones y medidas diversas. La

25 Véase un análisis de la jurisprudencia en la materia en Yrigoyen 2000.

26 Véase un análisis de las propuestas de desarrollo constitucional en esta materia en Yrigoyen 2001a. Véase también <<http://geocities.com/alertanet2/ryf-proyectos.htm>> y Ruiz 2004.

27 La CERIAJUS fue creada por ley 28083 (publicada el 3 de octubre de 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 [...]» (cursivas mías) (Citado en Ruiz 2004: 18).

CERIAJUS parece desconocer que hay ronderos procesados por usurpación de funciones por interrogar y citar a personas (como los ronderos Paima, en Piura), es decir, por acciones previas a la toma de decisiones, pero que sí son parte de las funciones jurisdiccionales.

10. 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 solo 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.²⁸ 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

28 Como ejemplo, Hurtado Pozo 2003, analiza el caso de unas rondas que cometieron abusos con una pareja adúltera. 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, etcétera. 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.

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.

II. CASO 2. HACIA UNA DEFINICIÓN E INTERPRETACIÓN INTERCULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA QUE EXIME DE PENA A RONDEROS POR «EXCESOS», CON BASE EN EL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN DEL PERÚ Y DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL

1. Los hechos

El caso ocurre en la localidad andina de Acopara, distrito de Huántar, provincia de Huari, departamento de Ancash, donde no hay juez de paz ni gobernador. Ahí, funcionan las rondas campesinas. Según el expediente, el caso se inicia con la huida de la mujer H, quien abandona a su esposo y ocho hijos por los maltratos que aquel le propinaba, y se une a otro hombre, T, en Acopara. A instancias de la denuncia del marido burlado, el 20 de noviembre de 1993, los ronderos de la localidad detienen a la pareja «adúltera», a la cual le brindan «tratos inhumanos y humillantes» y le obligan a pagar una suma de dinero (cien nuevos soles). Además, la mujer es obligada a entregar a su marido la casa que ella heredó de su padre. Los sancionados por las rondas (H y T) denuncian los hechos. A raíz de ello, siete ronderos varones y una mujer son acusados por la fiscalía por delitos contra la libertad personal (coacción), el patrimonio (extorsión) y contra la Administración Pública (usurpación de funciones) en agravio de H y T y del Estado. Posteriormente, los ronderos piden disculpas por los excesos y devuelven sus pertenencias a los agraviados y dan a entender que «no actuaron con malicia», sino bajo la motivación de «mantener unida a dicha familia», según «sus normas del derecho consuetudinario y ancestral». A tres años de los sucesos, el 26 de junio de 1996, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash falla absolviendo a los ronderos. Tal sentencia sube en recurso de nulidad de oficio a la Fiscalía Suprema, que dictamina a favor de la absolución. El 7 de noviembre de 1997, la Corte Suprema resuelve la consulta declarando no haber nulidad de la sentencia absolutoria, de conformidad con el dictamen del fiscal, sin motivar más su fallo —aparte de corregir un nombre—. Esta sentencia y el dictamen fiscal son motivo del presente comentario.

2. La sentencia

Corte Suprema de Justicia. CONSULTA n.º 4160-96 – ANCASH. SALA PENAL. Lima, siete de noviembre de 1997.

VISTOS; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; por sus fundamentos; CONSIDERANDO además: Que, el Colegiado al expedir la sentencia materia del grado ha consignado de manera errónea el nombre del encausado [...], y no como [...], conforme a cuya identidad se le instruyó y juzgó, por lo que corresponde integrar la sentencia en este extremo, [...]; declararon no haber nulidad en la sentencia de fojas doscientos cinco, su fecha 26 de junio de mil novecientos noventa y seis, en el extremo consultado que absuelve a [nombres de una rondera y siete ronderos acusados], de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública —usurpación de funciones— en agravio del Estado; con lo que además al respecto contiene; e INTEGRANDO la propia sentencia: DISPU-SIERON se tenga al absuelto [...] por su nombre correcto [...]; y los devolvieron. S. S. ALMENARA BRYSON; SIVINA HURTADO; ROMÁN SANTISTEBAN; BELTRÁN QUIROGA; GONZÁLEZ LÓPEZ.

EXPEDIENTE N.º 563-9566. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH. C. S. n.º 4160-96. DICTAMEN N.º 1217-97-MP-FMN-2DA FSP SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Viene, vía recurso de nulidad de oficio en aplicación de lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto Ley N.º 17537, la sentencia de fs. 205 a fs. 207, su fecha 26 de junio de 1996, expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que falla absolviendo a [...], de la acusación fiscal por delito contra la libertad personal (coacción), delito contra el Patrimonio (extorsión) y contra la Administración Pública —usurpación de funciones— en agravio de Lidia Hidalgo Ríos y Teodosio Asencios Palacios y el Estado.

Fluye de autos que la agraviada Hidalgo Ríos abandonó su hogar, marido y ocho hijos por maltratos que provenían de su esposo Mauro Trujillo Solís, dirigiéndose a Acopara-Huari en donde se une con su coagraviado Teodosio Asencios Palacios; que, el 20 de noviembre de 1993, los ronderos de la localidad detienen a los agraviados, brindándoles tratos inhumanos y humillantes, obligándoles luego a pagar la suma de 100.00 nuevos soles, ya que no contaban con la suma de 500.00 nuevos soles, además de esto, los encausados hacen entrega de la casa que la agraviada heredó de su padre al denunciante Mauro Trujillo Solís.

Del análisis integral del presente caso, de las declaraciones y debates orales, se tiene que los encausados son miembros y directivos de la ronda campesina del poblado de Acopara —distrito de Huántar— y como tales decidieron tomar el

presente caso denunciado por Mauro Trujillo Solís, esposo de la agraviada Lidia Berta Hidalgo Ríos de Trujillo, con la finalidad de poder resolver esta denuncia conyugal-familiar aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral, ya que al estudiar las declaraciones de los encausados, así lo indican, es más, dicha norma se encuentra contemplada en el artículo 149 de la Constitución Política; se advierte que al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, pero debe también de tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos; y que posteriormente los ronderos campesinos han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias, dándose a entender que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia, tal como consta en la declaración preventiva de fs. 74 a 76, por lo que se podría tomar como un error cultural condicionado. Es necesario referir que al suceder los hechos no existía Juez de Paz ni Gobernador y por esta razón es que los encausados se avocaron a resolver dicho caso. Por estas consideraciones, esta Fiscalía Suprema en lo Penal, propone a la Sala de su Presidencia, declare no haber nulidad en la recurrida.

Lima, 12 de marzo de 1997

JUAN EFRAÍN CHIL MEZARINA, Fiscal Supremo (P) en lo Penal.

3. Comentario

Hay una diferencia muy grande entre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú que absuelve a los ronderos de Moyobamba (2004)²⁹ y la presente sobre las rondas de Acopara (en adelante, sentencia de Acopara). Esta última ni siquiera es razonada; solo hace suyos los fundamentos del dictamen fiscal. Esta fue objeto de crítica por José Hurtado Pozo como ejemplo de las violaciones a los derechos humanos que pueden cometer las rondas y el mal uso judicial del artículo 15 del Código Penal sobre el error cultural.³⁰ Por mi parte, concuerdo con el resultado absolutorio de la sentencia pero por distintos motivos y considero que este caso es un ejemplo de la falta de mecanismos procesales interculturales para resolver presuntos excesos o posibles violaciones de derechos individuales por la jurisdicción especial indígena, comunal o rondera. En el país, carecemos de mecanismos especiales para ello, oportunidad perdida en el debate sobre el Código Procesal Constitucional de reciente promulgación.³¹ Ahora, si bien las dos sentencias sobre rondas que menciono son absolutorias (Moyobamba 2004 y Acopara 1997), cabe

29 Véase Yrigoyen 2005: 443-449.

30 Véase Hurtado Pozo 2003.

31 Código Procesal Constitucional, sancionado mediante ley 28237 (publicada el 31 de mayo de 2004 y debió entrar en vigor a seis meses de su publicación).

anotar que hay una larga historia de persecución de la actividad rondera por la judicatura, la fiscalía, la policía e, incluso, el Ejército.³² Sin embargo, también hay una de resistencia y lucha por parte de las rondas para su reconocimiento legal.³³

La sentencia de Acopara no fundamenta propiamente las funciones jurisdiccionales de las rondas. No obstante el dictamen fiscal menciona el artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993 —que reconoce la jurisdicción especial—,³⁴ parece justificar la intervención de las rondas por la falta de otras autoridades en el lugar de los hechos: «Es necesario referir que al suceder los hechos no existía Juez de Paz ni Gobernador y por esta razón es que los encausados se avocaron a resolver dicho caso». Y la aplicación del artículo 15 del Código Penal de 1991 —sobre exención de responsabilidad penal por la cultura o costumbres—³⁵ en la absolución de los ronderos por los «excesos» cometidos parece fundarse en una nebulosa consideración de la «cultura» y del «derecho consuetudinario y ancestral», sin quedar claro de qué costumbres o práctica cultural se trata: «Se advierte que al momento de suceder los hechos hubieron [sic] algunos excesos contra los agraviados, pero debe también de tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos; y que posteriormente los ronderos campesinos han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias, dándose a entender que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia, [...] por lo que se podría tomar como un error cultural condicionado».

De los fundamentos del dictamen fiscal, que hace suyos la sentencia de la Corte Suprema, se desprenden varios temas: un primer tema, referido al alcance de las funciones jurisdiccionales de las rondas, contenido en el artículo 149 de la Constitución; un segundo tema, sobre la exención de pena por la cultura o costumbres, contemplado en el artículo 15 del Código Penal. Y, sin excluir otros, un tercer tema relevante es qué hacer ante presuntas violaciones de derechos por la jurisdicción especial.

32 Véase un análisis de la jurisprudencia en materia de rondas en Yrigoyen 2000; Yrigoyen 2002b.

33 Véase Defensoría del Pueblo del Perú y otros 2002.

34 Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, Constitución de 1993), artículo 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» (cursivas mías).

35 Código Penal de 1991, artículo 15: «El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

4. Sobre el alcance de las funciones jurisdiccionales de las rondas (artículo 179 de la Constitución)

Sobre el primer tema, la propia Corte Suprema se ha encargado de esclarecer el alcance del artículo 149 de la Constitución de 1993 en la sentencia de Moyobamba (2004). Tal sentencia sustenta, bajo una interpretación extensiva del artículo 149 de la Constitución, que las rondas campesinas están comprendidas en dicho artículo, por lo que tienen derecho de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, según su propio derecho consuetudinario, sin violar derechos de la persona. Ello implica funciones de investigación, juzgamiento, aplicación de penas (como detención, trabajo comunal, cadena ronderil, etcétera) que son parte de su propio derecho. Por ende, el ejercicio de tales funciones, sin abuso del cargo, no configura delito alguno. En consecuencia, no cabe la persecución penal de autoridades indígenas, campesinas ni ronderas por el ejercicio legítimo de sus funciones jurisdiccionales. Este punto ya ha sido materia de otro comentario, al cual me remito.³⁶

5. Sobre la exención de pena por la cultura o costumbres (artículo 15 del Código Penal)

En cuanto al artículo 15 del Código Penal, cabe recordar que este se dio antes de la reforma constitucional de 1993 como una forma de descriminalizar las prácticas culturales indígenas, que tenían un tratamiento etnocéntrico y peyorativo por el Código Penal de 1924. Dicho artículo permite eximir de pena a quienes, por su cultura o costumbres, no pueden comprender el carácter delictuoso de sus actos o determinarse de acuerdo a dicha comprensión. Este artículo permitía paliar la falta de reconocimiento del pluralismo de culturas y sistemas legales que de hecho existían en el país, con lo que se evitaba su descriminalización. Con la reforma constitucional de 1993, lo que antes era delito ha dejado de serlo en lo que respecta a las prácticas culturales y jurídicas de los pueblos, comunidades indígenas o campesinas, y rondas. El artículo 2, inciso 19, establece la protección por el Estado de la identidad cultural. Por lo tanto, la mera diferencia cultural no puede ser objeto de represión penal. De otro lado, por el artículo 149 de esta, los actos de autoridad que realizan las autoridades indígenas, campesinas o ronderas dentro de su ámbito territorial siguiendo su propio derecho, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (detener, aplicar sanciones de multa, confiscación, reparación, restricción de derechos, etcétera), ya no configuran delito (usurpación de funciones, coacciones, secuestro, extorsión, etcétera). El ejercicio de funciones

36 Véase Yrigoyen 2005: Anexo 2.

jurisdiccionales por las autoridades indígenas y campesinas ya no solo ha quedado discriminalizado (como pasaba con el artículo 15 del Código Penal), sino que, además, está legitimado constitucionalmente, como bien aclara la sentencia de Moyobamba 2004.

El artículo 15 del Código Penal, dado antes del reconocimiento constitucional de la cultura y el derecho indígena, apela a un concepto de cultura-costumbres como una forma de «incapacidad» que impide que los individuos puedan determinar su conducta según la pauta cultural y jurídica de la cultura dominante, por lo que cabe la exención penal. En cambio, con el reconocimiento constitucional del carácter pluricultural del Estado y el derecho a la propia identidad cultural, ya no hay una cultura dominante a la que los individuos de todas las culturas estén obligados a integrarse. En consecuencia, ya no cabe que las prácticas culturales y la aplicación del propio derecho indígena, campesino o rondero *per se* sean objeto de represión penal por las autoridades. Y tampoco es necesario que los indígenas, campesinos o ronderos apelen al «error de comprensión» para eximirse de pena, en tanto su conducta constituye el ejercicio legítimo del derecho constitucional a la propia cultura y derecho. De otro lado, por el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial y el derecho consuetudinario (incluida la materia penal) dentro del ámbito territorial indígena, campesino y rondero, el Código Penal pierde competencia respecto de los hechos que corresponden a dicha jurisdicción especial, pues ahí se aplica el derecho indígena-campesino. En consecuencia, no es necesario hacer los subterfugios que se tenía que hacer antes para discriminalizar prácticas jurídicas indígenas, campesinas o ronderas realizadas dentro de su ámbito territorial. Insisto, con la reforma constitucional de 1993, ya no se trata más de un «error de comprensión» (del derecho «dominante»), sino del ejercicio legítimo del propio derecho.³⁷

37 En este punto, cabe advertir un error de fecha que aparece en la obra del maestro Hurtado Pozo, quien consigna como fecha del Código Penal de 1991 el año 1993. Si bien se trata de un error menor y aparentemente inocuo, lo induce a otro de carácter sustantivo, pues él analiza el artículo 15 del Código Penal como si se hubiera dado después y a raíz de la reforma constitucional que reconoce la jurisdicción especial y el derecho a la identidad cultural. Así, sostiene: «Reforma penal de 1993: imputabilidad por razones culturales. Últimamente, de conformidad con una corriente que se acentúa, se ha establecido en la Constitución de 1993, que la Nación peruana (p. 40) es étnica y culturalmente plural. El Estado está obligado a reconocer y proteger este pluralismo (artículo 2, inciso 19). Asimismo, se estatuye, como derecho individual, el derecho a la “identidad étnica y cultural” [...] Por último, al regular el Poder Judicial se reconoce poder jurisdiccional a las autoridades de las Comunidades campesinas y nativas, en su territorio, según su derecho consuetudinario y siempre que no se violen los derechos fundamentales (artículo 149). En este contexto al elaborarse el nuevo Código Penal de 1993, se ha considerado de modo particular los efectos de la especificidad cultural sobre la responsabilidad penal. Según el Artículo 15 del Código Penal, se exime de responsabilidad a quien “por su cultura o costumbres comete un hecho penal sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de

He comentado el artículo 15 del Código Penal en otros trabajos, por lo que me eximo de hacerlo ahora.³⁸

6. Sobre presuntas violaciones de derechos por la jurisdicción especial

Lo que nos queda pendiente, entonces, es el tercer tema: qué cabe hacer ante presuntos abusos o vulneraciones de derechos que pueda realizar la jurisdicción especial. De una parte, el propio derecho indígena, comunal y rondero marca los límites de lo aceptable o no, y pueden darse casos de abuso, incluso de su propio derecho, por autoridades prepotentes de la jurisdicción especial; o actos que escapen de su competencia; o situaciones en las que esta no es clara. De otra parte, puede tratarse de desajustes o cambios culturales al interior de pueblos o comunidades, por lo que unos grupos o individuos consideran que lo que era legítimo antes, ya no lo es en la actualidad; o de que lo que era aceptado por la mayoría, ya no es aceptado por cierto grupo, como las mujeres o los jóvenes, que consideran que ciertas prácticas o valores tradicionales vulneran sus derechos. Y, finalmente, puede haber casos de conflictos de interlegalidad, esto es, que algunos miembros de pueblos o comunidades indígenas, campesinas o ronderas aleguen la aplicación de derechos generales que no están en su propio derecho pero que sí están contenidos en la Constitución u otros instrumentos de derechos humanos. Los supuestos mencionados no aluden a un cuestionamiento llano del ejercicio de funciones jurisdiccionales indígenas, campesinas o ronderas, sino a su presunto carácter abusivo o ilegítimo. Este cuestionamiento puede deberse a la forma en la que tales funciones jurisdiccionales son ejercidas (infracción de su propio debido proceso, excesos, abuso en la punición, etcétera) o al derecho aplicado (por el no seguimiento de su propio derecho; la discrepancia en la interpretación de principios; la existencia de conflicto de intereses, valores o derechos), que hace

acuerdo a esa comprensión". Este cambio implica la búsqueda de nuevas formas de tratamiento de los miembros de comunidades culturales diferentes en caso que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal predominante. El objetivo ha sido el de abandonar todo criterio étnico o cultural para calificar a estas personas como incapaces. El resultado obtenido no ha sido el deseado» (2001: 29-45). El problema no es que el Código Penal no responda a la reforma constitucional de 1993, a pesar de haberse dado después de esta, sino que está pendiente una adecuación normativa de dicho Código a una reforma constitucional dada con posterioridad a aquel. Teniendo en cuenta esto, no debe leerse los artículos constitucionales bajo el corsé de un código obsoleto, sino interpretarse el Código Penal de 1991 a la luz de, y superado por, la Constitución de 1993.

38 Véase un análisis de este artículo en Yrigoyen 1996; Yrigoyen 2000. También tratan el tema, entre otros, Hurtado Pozo 1995; Francia 1993.

percibir, a una parte, que la decisión de la jurisdicción especial ha vulnerado sus derechos humanos. Me quiero ocupar de este tema.

Comparto con Hurtado Pozo la observación de que las rondas, eventualmente, pueden cometer «excesos», favorecer más a las mujeres que a los hombres o, llanamente, vulnerar algunos derechos individuales, como también puede pasar —y pasa— con las autoridades de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, de la constatación de que las autoridades de la jurisdicción especial pueden cometer abusos, no creo que se derive que sean los jueces ordinarios, como los correjidores españoles en la Colonia, quienes deban controlar, corregir o punir a la jurisdicción indígena o comunal. Eso no se desprende de la Constitución de 1993, del Convenio 169 de la OIT ni de los principios del pluralismo y la igual dignidad de las culturas.

En primer lugar, considero que la jurisdicción especial es la llamada a resolver los cuestionamientos que tenga internamente. Esto, a veces, no es posibilitado por una temprana intervención criminalizadora por parte de la jurisdicción ordinaria. Voy a poner un ejemplo. En Bambamarca, las rondas de base solían recurrir a la ronda zonal, distrital o provincial cuando veían que no podían resolver un problema localmente. De igual modo, los individuos recurrían a las rondas provinciales cuando las rondas de su base habían resuelto algo de una manera que no consideraban apropiada. En un caso concreto, por ejemplo, un rondero se quejó ante la ronda provincial de Bambamarca y pidió la intervención del comité provincial porque el presidente de ronda tenía interés directo en un caso. El comité provincial se presentó y se evitó el abuso de poder. En otro, el litigio fue enviado para ser ventilado en una ronda vecina y, así, también se evitó la intervención del presidente de la ronda, que era familiar directo de un procesado. A este nivel, cabe todo tipo de reparación o arreglo. Y si esto ocurre, el caso debería quedar ahí. Sin embargo, si la jurisdicción ordinaria interviene ordenando capturas y abriendo proceso penal a las autoridades ronderas, impide una acomodación o arreglo interno. Igualmente pasa con casos de comunidades campesinas y nativas. Otra aclaración: usualmente, cuando las personas están descontentas con los resultados de la decisión local, tienden a apelar a la jurisdicción ordinaria, que, normalmente, no analiza si es de su competencia conocer hechos que han ocurrido dentro del ámbito territorial de pueblos, comunidades indígenas o campesinas, y rondas. En la mayor parte de casos, tales personas no necesariamente alegan la violación de derechos por parte de la jurisdicción ordinaria, sino que buscan escapar del cumplimiento de sus obligaciones (pagar, reparar, trabajar, rondas), como ocurrió en el caso de Moyobamba (2004), ya citado. En tales supuestos, en realidad, no hay vulneración de derechos, sino ejercicio simple de funciones jurisdiccionales por la jurisdicción especial, por lo que la jurisdicción ordinaria debería derivar o devolver el caso a aquella. Sin embargo, en la mayoría de casos

que conozco, la policía, fiscalía o judicatura pasan por alto el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial; detienen a las autoridades ronderas; y ponen en libertad a las personas que las rondas han juzgado y sancionado a «cadena ronderil» o trabajo comunal. Así, se inicia el tortuoso camino del proceso penal. Un dirigente rondero lo dijo una vez con claridad: «Nosotros también somos autoridades; si alguien va a la fiscalía a denunciarnos de secuestro, ¿por qué el fiscal no nos manda un oficio para que nosotros le expliquemos? No hacen eso. Nos mandan tropa. La policía rompe la puerta de nuestro local comunal para sacar al abigeo, asusta a los niños, persigue al comité de rondas como si fuéramos delincuentes, así no puede ser».³⁹

Ahora, en el caso que nos ocupa (sentencia de Acopara de 1997), no está en cuestión la competencia de las rondas para actuar dentro de su ámbito territorial. Lo que está en cuestión es la decisión tomada tanto por el valor y el derecho protegido como por la alegación de abusos en la punición. En cuanto a lo primero, se aprecia un conflicto de intereses, valores, percepciones y derechos. La ponderación de tal conflicto, en primer lugar, en efecto, le toca a la jurisdicción especial. En este caso, parecen estar en conflicto varias posiciones. Una es la alegada por las rondas, «el principio del mantenimiento de la unidad familiar»; de ahí que les pareciera justo sancionar el abandono —de su marido y ocho hijos— efectuado por la mujer y su unión con otro hombre. Como el denunciante es el marido, probablemente, las rondas desconocían que este maltrataba a su esposa, pero, aun sabiéndolo, puede haber pesado más la regla tradicional del papel de la mujer-madre, esto es, que, aunque el marido la maltrate, una madre no puede abandonar a sus hijos o que, si lo deja a él, debe llevarse a los hijos, así como también otra regla: la prohibición del «adulterio», que es no unirse a otra persona estando casada(o). El principio lato del valor de la unidad familiar, al que apeló el marido para activar la actuación rondera, probablemente, también era compartido por la mujer y por toda la comunidad en general. Lo que aparece en tensión es el papel de madre, en el cual la mujer se aparta de las reglas tradicionales —al dejar a sus ocho hijos y unirse a otro hombre—. La posición del marido ofrece una variante importante respecto del principio lato alegado por las rondas (la unidad familiar), porque, de su actuación, se desprendería que considera como «obligación de la mujer: mantener unido el hogar y no abandonar a su familia aunque reciba maltratos del marido». En el marco de este conflicto de valores, derechos y obligaciones, la decisión de la jurisdicción especial rondera, al atender la denuncia del marido, parece respaldar su posición. Desde la perspectiva de la mujer, quien

39 Testimonio de autoridad rondera ofrecido en el II Taller Nacional de Rondas Campesinas. Huaraz: CEAS, 1993 (testimonio público).

convoca la intervención de la jurisdicción ordinaria, tal decisión vulnera sus derechos, pues: a) su conducta (abandono de hogar y unión con otro hombre) estaba justificada por los maltratos que le propinaba su esposo, que ella no tenía obligación de soportar; b) la aplicación de pena (pagar un monto de dinero y entregar una herencia suya al marido) por una conducta que ella considera justificada le resultaba injusta; y c) excesiva, por los «maltratos y humillaciones» que habría recibido de las rondas.

Cuadro que sintetiza conflicto de principios, normas y valores

Principio común: «Mantener la unidad familiar»		
Norma 1. La madre/padre no debe abandonar a sus hijos		
Norma 2. Una persona no se puede unir a otra estando aún casada		
Variantes		
Posición polar autoritaria	Posición tradicional	Posición polar de ruptura
Marido	Rondas	Mujer
1. Se debe mantener la unidad familiar, aunque el marido maltrate a la mujer. 2. En ningún caso, la mujer debe abandonar su hogar (subtexto: mujer debe soportar maltrato de marido).	1. Mujer no debe abandonar su hogar ni unirse a otro hombre estando casada. 2. Los adúlteros merecen sanción y deben desagraviar a cónyuge burlado. 3. Mujer-madre que abandona hogar-hijos debe regresar. 4. Ascendiente debe sostener con sus bienes a hijos y familia.	1. La mujer no está obligada a soportar maltratos del marido. 2. Eso justifica dejar la familia y unirse a otro hombre.

Posteriormente, según sostiene el expediente, y a diferencia de muchos otros casos, los ronderos aceptaron que habían cometido excesos y, si bien explicaron el principio jurídico que los llevó a actuar («la búsqueda del mantenimiento de la unidad familiar»), acabaron pidiendo disculpas y devolviendo los bienes a la mujer. En este sentido, reafirmaron el principio común compartido y se alejaron de la posición polar del marido.⁴⁰ Por supuesto, algunos pensarán que esto no hubiera

40 Como observa Hurtado Pozo 2003, curiosamente, el valor de la unidad familiar fue originalmente afectado por el propio marido al maltratar a su esposa. Sin embargo, parece que la mujer

sido posible sin la intervención de la fuerza pública y porque mediaba proceso penal. Sin embargo, en otros casos, aun con procesamiento penal de por medio, los ronderos consideran que su actuación es legítima (como detener y aplicar sanciones de cadena ronderil, pago, multas, etcétera a abigeos y otros delincuentes). Por lo tanto, cabe la posibilidad de que consideraran justa la petición de perdón y la devolución de bienes, en particular después de saber que la mujer era maltratada por el marido y que ello ocasionó el abandono (por lo que no había entonces motivo de desagravio ni pago). En todo caso, considero que si la jurisdicción especial corrige una actuación abusiva —como parece sucedió—, ahí debe quedar el caso, como pasa con la jurisdicción ordinaria cuando pone en libertad a una persona injustamente presa o repara un error judicial. Otro asunto es si la actuación de las autoridades hubiera sido realmente maliciosa, que no parece desprenderse de este caso.

Lo que este caso pone en evidencia es la existencia de posibles conflictos de valores y derechos cuya ponderación por la jurisdicción especial es cuestionable por uno de sus miembros, o se da una actuación abusiva o vulneradora de derechos. Ahí aparece la necesidad del establecimiento de mecanismos y procedimientos para solucionar tales conflictos o abusos. Aquí, entonces, volvemos a la pregunta: ¿quién tiene competencia para hacer tal ponderación de valores y resolver los conflictos de interlegalidad y abusos cometidos por la jurisdicción especial? ¿La jurisdicción ordinaria? ¿Una instancia intercultural? ¿Una instancia internacional?⁴¹

Según el artículo 149 de la Constitución de 1993, el reconocimiento de la jurisdicción especial tiene como límite no vulnerar los derechos de la persona, pero no dice que la jurisdicción especial deba ser controlada, corregida o penada por la jurisdicción ordinaria. La Constitución es clara al establecer que, entre la jurisdicción especial y las demás instancias de justicia, debe haber relaciones de «coordinación», no de subordinación o supervigilancia.

no tuvo la misma oportunidad de exponer su caso ante las rondas locales. Ahora, sin descontar el machismo existente en la sociedad nacional, también presente en las localidades donde hay rondas, no debe subestimarse el hecho de que, en muchas comunidades, las rondas han sido la única instancia de justicia que ha acogido reclamos de mujeres por maltratos o demandas por alimentos a favor de hijos no reconocidos (y que exigirían un largo, costoso e incierto juicio para probar la paternidad ante la justicia ordinaria).

41 Will Kymlicka, en este sentido, cuestiona el supuesto de que los pueblos indios tengan que someterse a la Constitución o a tribunales federales, compuestos exclusivamente por jueces no indios, y sugiere que se podría «[...] acordar la creación de un tribunal bilateral de derechos humanos [...], en el cual ambas partes [estuviesen] equitativamente representadas» (1996: 232-233).

De otro lado, según el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, el Estado garantiza el carácter pluricultural de la nación y el derecho a la identidad cultural, de lo que se desprende que ninguna cultura es superior a otras. Por lo tanto, a diferencia de la era Colonial, la cultura occidental ya no tiene supremacía legal sobre las otras ni la jurisdicción ordinaria —y la cultura legal correspondiente— sobre la jurisdicción comunal, indígena y rondera y su derecho. Tampoco cabe la figura colonial del corregidor español encargado de controlar la jurisdicción indígena.

Por ende, en caso de que una parte alegue la vulneración de derechos por una decisión final de la jurisdicción especial, no hay fundamento para dejar en manos de los jueces de la jurisdicción ordinaria la ponderación de intereses, bienes jurídicos o derechos. Tales jueces, algunas veces, obran con dureza racista y otras, como parece ser este caso, con paternalismo benigno, pero no menos racista y prejuicioso de la cultura indígena y campesina.⁴²

El Convenio 169 de la OIT (artículo 8, inciso 2), al prever este supuesto, dispone que, siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para resolver dichos conflictos. Estos procedimientos, a mi juicio, deben garantizar una definición e interpretación intercultural de los derechos humanos en congruencia con el respecto del derecho a la integridad cultural de los pueblos indígenas, que también sostiene el convenio (artículo 2, literal b). El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 8, dice:

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

42 En este caso, la idea de la inferioridad de la cultura indígena se desprende de frases como «debe también de tomarse en cuenta el *ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos*» (cursivas mías), como si las zonas andinas fueran culturalmente inferiores o primitivas. Una tendencia del comportamiento de la judicatura frente a los casos «culturales» en los que están involucrados indígenas es la benignidad, como parte de una consideración de la superioridad blanca frente al primitivismo indígena, que convoca la misericordia del juez. Francisco Ballón (1980) analiza la jurisprudencia referida a los nativos de la Amazonía, donde los jueces clasifican «lugares», culturas y personas primitivas frente a los civilizados. Esto genera, a su vez, un dilema en los abogados defensores y en los propios inculpados, que prefieren presentarse como ignorantes, primitivos y «ajenos a la civilización» para gozar de la benignidad judicial. En otros casos, sin embargo, ello puede tener el efecto contrario.

El texto del artículo 8, inciso 2, del Convenio 169 de la OIT, como los artículos constitucionales que reconocen el pluralismo jurídico, parecen referirse a una posible incompatibilidad entre el derecho consuetudinario (bajo los nombres de costumbres e instituciones, derecho indígena, jurisdicción especial, justicia indígena o comunal) y los derechos humanos (también bajo los nombres de derechos fundamentales y derechos de la persona).⁴³ Quiero aclarar este punto. En realidad, el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial, al haber sido reconocidos por las constituciones y el propio Convenio 169 de la OIT como parte de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, son parte de los derechos humanos. En sentido estricto, entonces, no puede hablarse de un conflicto entre derecho consuetudinario y los derechos humanos, porque el primero es parte de los segundos. Lo que puede haber, en cada caso concreto, son conflictos entre normas puntuales del derecho consuetudinario o decisiones específicas de la jurisdicción especial y ciertos derechos individuales. Lo observable son conflictos de intereses o bienes jurídicos entre actores que pueden apelar a distintos derechos, principios o valores. Y ello amerita una ponderación de estos. Algunos conflictos, por su parte, pueden reflejar cambios culturales al interior de los propios pueblos indígenas o comunidades. Tales conflictos, en primer lugar, deben ser ponderados por la propia jurisdicción especial. Ocurrido esto, si una parte considera que la decisión de la jurisdicción especial ha vulnerado un derecho, entonces, toca otra ponderación. Este sería el lugar de los procedimientos externos que se necesitaría establecer, según el Convenio 169 de la OIT.

Ante la presunta vulneración de derechos por decisiones de la jurisdicción especial, agotada la instancia interna, deben establecerse «procedimientos especiales» para atender conflictos de bienes jurídicos o de interlegalidad, los cuales deben garantizar:

- a. En cuanto al contenido material, la ponderación de intereses con base en una definición e interpretación intercultural de los hechos y el derecho a partir del diálogo intercultural y con atención las distintas visiones culturales e intereses de las partes. Por ende, tales procedimientos no pueden regirse por un solo derecho, sino resolver por equidad, de modo que permitan la ponderación de los distintos intereses, bienes y valores jurídicos.
- b. En cuanto a lo institucional, la equiparidad entre los distintos pueblos y culturas legales con relación al poder para definir e interpretar los derechos. Esto

43 Las constituciones de los Estados andinos que reconocen el derecho indígena y la jurisdicción especial (bajo nombres afines) establecen como límite de dicho reconocimiento que la jurisdicción especial o justicia indígena no viole los derechos de la persona (Perú 1993), o la Constitución y las leyes (Colombia, 1991, Bolivia 1993, Ecuador 1998), o incluso el orden público (Venezuela 1999). Véase Yrigoyen 2003: 171-195.

significa que no cabe el monopolio de la institucionalidad ordinaria, que representa a la cultura legal occidental dominante. Tendría que evaluarse nuevas formas institucionales que garanticen la presencia institucional de los distintos pueblos. Esto, eventualmente, podría ser mediante la presencia mixta de autoridades de ambas jurisdicciones, como tribunales escabinados, y no solo en calidad de peritos.⁴⁴

- c. En cuanto a lo procesal, la existencia de mecanismos que permitan las soluciones negociadas, esto es, que los procedimientos no sean rígidos y orientados a la adjudicación de derechos perdedor o ganador, o la atribución de derechos bajo la fórmula violador y víctima, sino, más bien, al análisis y negociación entre los diferentes intereses y bienes jurídicos (por ejemplo, entre los derechos alegados por la mujer golpeada-«adúltera» y el valor comunitario de la unidad familiar, alegado por la decisión de la jurisdicción especial y el marido burlado-golpeador).
- d. En cuanto a los fines, dado que lo que se discute es la presunta violación de derechos, el resultado de estos procedimientos especiales debe estar orientado a la prevención, restauración o alguna forma de reparación de los derechos vulnerados, más que a la posible sanción de las autoridades de la jurisdicción especial. En este sentido, el enfoque debe estar en la afirmación de derechos, los cuales —como he anotado— son objeto de definición intercultural y, en lo concreto, su aplicación debe ser resultado de la negociación de intereses. Por ende, tales mecanismos se deben guiar por los criterios de prevención de violaciones y maximización de la protección de derechos, tanto individuales como colectivos, mediante la acomodación de los intereses de las partes.

Estos procedimientos especiales mencionados por el artículo 8, inciso 2, del Convenio 169 de la OIT para resolver conflictos entre la jurisdicción especial y posibles violaciones de derechos aún no existen en el país. ¿Qué es lo que hay en nuestro marco legal? Lo anoto a continuación.

44 En este sentido, «La figura de los jurados escabinados o mixtos, va más allá de la institución del peritaje cultural o antropológico. Por el peritaje, los peritos o expertos —ya sea profesionales (antropólogos, sociólogos, etcétera) o miembros de las comunidades indígenas— solo ilustran a los jueces sobre la cultura y/o prácticas jurídicas indígenas, pero no deciden; la decisión la toma el juez. Mediante los jurados mixtos, no solo serían los jueces estatales los que decidan sobre los casos desde su cultura occidental (aunque hayan sido ilustrados por los peritos) sino que la decisión sería tomada conjuntamente por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena en cuestión. Esto permitiría que los jueces estatales discutan a la par con las autoridades indígenas y aprendan a tomar decisiones conjuntas. Con este sistema la comprensión cultural de los hechos mejoraría, y se podría ir construyendo los puentes interculturales que requiere una juridicidad pluricultural» (Yrigoyen 1999b: 98).

Cuando una parte no quiere cumplir las decisiones de la jurisdicción especial o alega vulneración de derechos por parte de las rondas, autoridades indígenas o comunales, suele recurrir a la jurisdicción penal ordinaria y denuncia a tales autoridades. Por lo general, en la denuncia penal, las autoridades de la jurisdicción especial indígena, comunal o rondera no son tratadas como tales, sino como personas ordinarias que se han tomado atribuciones que no tienen. Así, no son procesadas por un exceso en sus funciones propias, sino, llanamente, por delito de secuestro, usurpación de funciones, extorsión, etcétera —como si careciesen de toda autoridad jurisdiccional—, aparte de hechos que podrían constituir los excesos en su función propiamente (como lesiones, tortura, maltratos, etcétera). La mayor parte de procesos penales contra ronderos u otras autoridades comunales o indígenas no parte del hecho de que estos tienen atribución constitucional para ejercer funciones jurisdiccionales (investigar, detener, privar de la libertad u otros derechos, aplicar sanciones, etcétera) y que lo único que cabe discutir, en todo caso, es si han actuado por fuera de su competencia, esto es, por fuera de su ámbito territorial, al margen de su propio derecho o en abuso de los derechos de la persona. Al no haberse dado la Ley de Coordinación, no se han establecido los procedimientos adecuados para resolver tales conflictos. La normativa existente en el Perú solo prevé procedimientos para cuestionar presuntas violaciones de los derechos humanos en general, sin especificar el caso de la jurisdicción especial. En este supuesto, al tratarse de decisiones de una autoridad jurisdiccional —de la jurisdicción especial—, cabría la interposición de acciones de garantía por presunta vulneración de derechos de la persona contra las decisiones de la jurisdicción especial ante la Corte Superior correspondiente, según la ley de *habeas corpus* y amparo (ahora, reemplazada por el nuevo Código Procesal Constitucional). Esto es lo que hay previsto en el Perú, pero desconozco el uso de este mecanismo en la práctica. Lo frecuente es el uso directo de la denuncia penal.

En Colombia, a diferencia del Perú, hay una alta utilización de la garantía constitucional de la «tutela» (equivalente al amparo) para el cuestionamiento de decisiones de la jurisdicción especial por la presunta violación de derechos, derechos que la propia CCC ha reducido a cuatro «mínimos fundamentales»: 1) no matar; 2) no esclavizar; 3) no torturar; y 4) que las penas impuestas por la jurisdicción especial correspondan al propio derecho indígena y, por ende, sean previsibles. En Colombia, la intervención de la CCC se justifica porque la propia Constitución, al reconocer la jurisdicción especial, la limita a la no violación de la Constitución. Y el control constitucional en Colombia lo tiene la CCC a través de la acción de tutela. Dado que, en estos casos, se ponen en conflicto visiones culturales diversas, antes de fallar, la Corte se vale del peritaje antropológico. El peritaje es el mecanismo que usa la Corte para tender puentes de «entendimiento intercultural», como lo ha denominado Esther Sánchez, una de las más

importantes peritas de la Corte.⁴⁵ Si bien este mecanismo permite a los jueces constitucionales tener, materialmente, elementos de las otras culturas para decidir y, en especial, algunos magistrados han sido abiertos a ello, la decisión final depende de jueces que pertenecen a la cultura occidental. Todavía sigue siendo un reto: que, institucional y procesalmente, «la igual dignidad de las culturas» se exprese en una equidad del poder de definición e interpretación de los derechos humanos para la ponderación de intereses y bienes jurídicos en caso de conflictos de interlegalidad. Salvo por la mediación de los peritos, las culturas indígenas y las autoridades de la jurisdicción especial no están representadas en la CCC o en instancias que procesan conflictos de interlegalidad. Como he anotado en otras oportunidades, creo que es muy diferente que las culturas indígenas solo sean objeto de análisis por los jueces por medio de los peritos —pudiendo aceptar o rechazar sus pericias— a que sean sujetos del diálogo directo. Está pendiente el desarrollo de mecanismos procedimentales e institucionales para el diálogo entre culturas legales mediante la presencia de autoridades indígenas, quienes, junto con las ordinarias, tengan capacidad para tomar decisiones y no solo informar a estas sobre su cultura, derecho o costumbres.⁴⁶

En el caso del Perú, el reconocimiento de la jurisdicción especial tiene como límite la no violación de los derechos de la persona. La única previsión para la protección de tales derechos son las garantías constitucionales, cuyo conocimiento está —según la ley— en manos de los jueces (antes civiles o penales, y ahora por los jueces constitucionales) y, en última instancia, por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, no hay previsión sobre cómo garantizar el diálogo y entendimiento intercultural. La Constitución peruana de 1993, siguiendo a la Carta colombiana de 1991, sanciona que el «Estado reconoce el carácter pluricultural de la nación y el derecho a la identidad cultural». Por ende, una cultura no puede atribuirse la primacía sobre las otras o el derecho de controlarlas como ocurría en la era colonial. Falta, pues, un mecanismo procesal que garantice la resolución de presuntas vulneraciones de derechos, abusos o falta de competencia por la jurisdicción especial, sin que esté bajo monopolio de la institucionalidad y cultura legal occidental.

Considero que este tema debería ser objeto de una consulta nacional a los pueblos y comunidades indígenas y campesinas y rondas, así como de debate nacional con participación de todos. Como comentaba la autoridad rondera que cito líneas arriba, las rondas y pueblos indígenas tienen propuestas de cómo debe llevarse a cabo un sistema de «coordinación entre autoridades», con respeto y sin

45 Sánchez 1998.

46 Yrigoyen 1999a.

subordinación. Tales propuestas deben ser debatidas y, finalmente, hacer parte de la Ley de Coordinación o dar contenido a los posibles mecanismos interculturales para la solución de conflictos de interlegalidad.

Para dar unas pistas que permitan arrancar el debate, quiero dejar en la mesa dos propuestas sobre la Ley de Coordinación y el establecimiento de mecanismos para la resolución de conflictos de interlegalidad y presuntas violaciones de derechos individuales por la jurisdicción especial. Una de ellas es la que hicieron las rondas campesinas en su Encuentro de Bambamarca (Cajamarca, 2000), mejorada en el Encuentro de Chocas (Lima, 2001):

Proyecto de ley de desarrollo constitucional del Artículo 149 y adecuación normativa del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. I Encuentro Nacional de Rondas Campesinas, Chocas, 11 de marzo de 2001⁴⁷

Justicia Indígena y comunal

9. Reconocimiento y respeto del derecho consuetudinario y jurisdicción especial. Reconózcase la validez y vigencia de las decisiones de las Rondas Campesinas, PI, CC y CN en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y la aplicación de su derecho consuetudinario dentro de su ámbito territorial, sin violación de derechos humanos. Las decisiones de las autoridades comunales constituyen cosa juzgada. Las autoridades del Estado y los particulares deberán respetar y acatar dichas decisiones. Las autoridades registrales están obligadas a la inscripción de actos jurídicos y decisiones tomadas por la jurisdicción especial y el derecho consuetudinario.

10. Relaciones de coordinación y apoyo. Establézcase relaciones de coordinación entre las autoridades de la jurisdicción especial y las autoridades de la jurisdicción ordinaria y otras autoridades del sector público, respetando el derecho de autonomía de aquellas. Las autoridades de la jurisdicción especial pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado.

11. Procedimiento especial en caso de presunta violación de derechos humanos. Instáurese procedimientos adecuados para resolver presuntos conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos. En caso de presunta violación de derechos fundamentales de la persona por parte de la jurisdicción especial, deberá conformarse un tribunal mixto compuesto por autoridades de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción especial para resolver el conflicto mediante reglas de equidad. En caso de que no se llegue a un acuerdo en el Tribunal Mixto, el caso pasará al Tribunal Constitucional, el que para estos efectos incluirá un miembro supernumerario que conozca el derecho consuetudinario.

47 Véase el texto completo en *Proyecto de ley de desarrollo constitucional del artículo 149 y adecuación normativa del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (segundo borrador), aprobado en el I Encuentro Nacional de Rondas Campesinas, Chocas, 11 de marzo de 2001* (disponible en <<http://www.alertanet.org/PLeyRC-chocas.htm>>).

La otra propuesta, más desarrollada, es la contenida en el Proyecto de Ley Orgánica sobre Pueblos y Comunidades indígenas (LOPCI), aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela en diciembre de 2002, cuyo texto dice:

Proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

Título VII. De la Administración de Justicia, Capítulo I. De la Jurisdicción Indígena
De los procedimientos para resolver conflictos entre derechos humanos y jurisdicción indígena.

Artículo 139. Los casos de presunta vulneración de derechos humanos por la jurisdicción indígena, en primer lugar, se agotarán internamente. Agotadas las instancias internas o cuando la presunta violación de derechos humanos fuese grave y urgente, quien se considere afectado podrá interponer la denuncia o acción de amparo constitucional correspondiente. Si la denuncia o acción es inadmisibile podrá ser rechazada de plano. En caso de considerarse admisible se constituirá un tribunal mixto conformado por el juez ordinario de la causa y dos autoridades indígenas nombradas por la jurisdicción especial, a fin de que se garantice una interpretación intercultural de los hechos y el derecho. El procedimiento estará orientado a la solución consensuada del conflicto, mediante reglas de equidad, atendiendo los derechos, intereses y perspectivas culturales de las partes. En caso de no llegarse a una solución consensuada, el tribunal resolverá por mayoría. Cualquiera de las partes podrá recurrir en segunda instancia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el cual deberá incorporar dos miembros supernumerarios que conozcan los derechos indígenas. También deberá resolver interpretando interculturalmente los hechos y el derecho y por reglas de equidad. Agotada esta instancia queda expedita la vía internacional.⁴⁸

Sin agotar el tema, considero que estas propuestas tienen el valor de encarar la necesidad de establecer mecanismos interculturales e instancias interinstitucionales para resolver conflictos de interlegalidad y presuntas violaciones de derechos por la jurisdicción especial. Ambas propuestas buscan garantizar el derecho de los miembros o grupos minoritarios dentro de los pueblos o comunidades indígenas o rondas al cuestionamiento y revisión de las decisiones de sus autoridades cuando tales miembros o grupos consideran que se han violentado sus derechos, ya sea por la existencia de visiones distintas, cambio de valores o prácticas de abuso. Sin embargo, a su vez, ambas propuestas buscan evitar el monopolio de la

48 Véase la versión oficial del Proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (expediente 245) enviado por la Comisión Permanente de Pueblos Indígenas. Estado: aprobación en primera discusión por la Asamblea Nacional en el segundo período legislativo ordinario (5 de diciembre de 2002) en el sitio de la Asamblea Nacional de Venezuela: <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=512>>. El capítulo sobre jurisdicción especial está también disponible en <<http://www.Alertanet.org>, Foro II>.

cultura e institucionalidad legal occidental para definir e interpretar los derechos humanos. Eso es importante porque rompe con la mentalidad colonial de los jueces ordinarios y la cultura occidental. En este sentido, ambas propuestas muestran que es posible imaginar nuevas institucionalidades de diálogo intercultural que garanticen, a su vez, los derechos de los individuos y derechos colectivos de los pueblos, comunidades indígenas o campesinas, y rondas, así como una definición e interpretación intercultural de tales derechos.⁴⁹ Estas propuestas apenas abren la ruta de un camino por andar.

49 Véase Yrigoyen 2004.

UNIDAD I: MARCO JURÍDICO Y PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS Y ORDINARIO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de la República del Perú (2009):
Acuerdo Plenario sobre rondas campesinas y derecho penal.**



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 1-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: RONDAS CAMPESINAS y DERECHO PENAL

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Con esta finalidad se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de Derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la relevancia jurídico penal de los diferentes delitos imputados a los que integran Rondas Campesinas o Comunales, en especial los

delitos de secuestro, lesiones, extorsión, homicidio y usurpación de autoridad, en relación con los artículos 2°.19, 89° y 149° de la Constitución, y el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”, del 27 de junio de 1989, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, así como –en particular- los artículos 14°, 15°, 20°.8, 21°, 45°.2 y 46°.8 y 11 del Código Penal –en adelante, CP-.

Al respecto es de observar dos datos importantes. En primer lugar, que con gran frecuencia la conducta penal atribuida a quienes integran las Rondas Campesinas se desarrolla en un ámbito rural, aunque en no pocos casos –siendo rurales- en áreas colindantes o de fácil comunicación y acceso con zonas urbanas donde ejercen jurisdicción los jueces del Poder Judicial. En segundo lugar, que los delitos imputados, según se anotó, se refieren a tipologías donde la violencia y la coacción son medios comunes de comisión, los cuales por su naturaleza tienen en la legislación vigente penas muy altas.

Las diversas Salas Penales de este Supremo Tribunal en numerosas ocasiones se han pronunciado sobre los puntos objeto de controversia, pero han utilizado diversos niveles de razonamiento y sustentado sus decisiones en variadas perspectivas jurídicas y fundamentos dogmáticos, a veces con resultados contradictorios. Constituyen una muestra de lo expuesto, entre otras, las Ejecutorias Supremas número 1722-2009/La Libertad, del 7 de julio de 2009; 5124-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 5184-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 625-2008/Amazonas, del 21 de abril de 2008; 4000-2007/Huara, del 14 de marzo de 2008; 1836-2006/Amazonas, del 4 de julio de 2006; 752-2006/Puno, del 17 de mayo de 2006; 2164-2005/Cajamarca, del 26 de abril de 2006; 975-2004/San Martín, del 9 de junio de 2004; 975-2004/San Martín, del 9 de junio de 2004; y 4160-96/Ancash, del 7 de noviembre de 1997.

Por tanto, en aras de garantizar el valor seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, es del caso unificar en el presente Acuerdo Plenario.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como Jueces Supremos ponentes a los señores VALDEZ ROCA y RODRÍGUEZ TINEO, quienes, con el concurso de los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

6°. La Constitución, de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2°.19) –a través de la norma en cuestión, la Constitución, propiamente, establece un principio fundamental del Estado-. De otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: (i) el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89°); y (ii) el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149°). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2°.19 de la Ley Fundamental.

Todos estos artículos, como es obvio, deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, con el necesario aporte del ‘Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989’-en adelante, el Convenio-, del 27 de junio de ese año, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas –en adelante, la Declaración-, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El propósito del Convenio, y también de la Declaración, es garantizar el respeto tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2°, ‘b’ del Convenio, artículo 5° de la Declaración), como el derecho individual de sus miembros a participar en esta forma de vida sin discriminaciones. La Declaración estipula, con toda precisión, que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34°). El Convenio, tiene expuesto el Tribunal Constitucional, viene a complementar –normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC número 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009).

La diversidad cultural del Perú –o su realidad pluricultural- está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento –validez y práctica- tanto del derecho consuetudinario –que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia- como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149° de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia.

Por consiguiente, el pluralismo jurídico –entendido como la situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten (o, mejor dicho, colisionan, se contraponen y hasta compiten) en el mismo espacio social [ANTONIO PEÑA JUMPA: *La otra justicia: a propósito del artículo 149° de la Constitución peruana*. En *Desfaciendo Entuertos*, Boletín N° 3-4, Octubre 1994, IPRECON, página 11], ha de ser fundado en los derechos humanos y debe ser respetuoso del derecho a la diferencia.

7°. El artículo 149° de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección funcional, a fin de establecer con toda justicia si las Rondas Campesinas y Comunales son o no sujetos colectivos titulares del derecho de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial.

El citado artículo constitucional prescribe lo siguiente: “*Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha **jurisdicción especial** con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial*” [los resaltados en negrita son nuestros].

Una primera lectura, meramente literal del texto normativo en cuestión, podría concluir que las Rondas Campesinas, en primer lugar, para ser tales, deben surgir y ser parte de las Comunidades Campesinas y Nativas -nacen de ellas e integran su organización-; y en segundo lugar, que no ejercen por sí mismas funciones jurisdiccionales, pues su papel sería meramente auxiliar o secundario. La realidad social, sin embargo, revela que las Rondas Campesinas surgieron a mediados de la década de los setenta del siglo pasado –aunque con antecedentes remotos en las guardias rurales de fines del Siglo XIX y en las rondas de hacienda de las primeras décadas del siglo XX [FERNANDO BAZÁN CERDÁN: *Rondas Campesinas: la otra justicia*]-, siempre por decisión de los propios campesinos o vecinos de un sector, estancia o caserío, como una necesidad comunal o colectiva de protección, no sólo desde las propias Comunidades sino también de aquellas poblaciones rurales andinas que carecían de Comunidades Campesinas y necesitaban expresar su organización comunal y consolidar los espacios de afirmación de su identidad colectiva. Las Rondas Campesinas, en consecuencia y vistas desde una perspectiva general, forman parte de un sistema comunal propio y, en rigor, constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen –estén o no integradas a Comunidades Campesinas y Nativas preexistentes- [RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: *Rondas Campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo*. En: <http://www.alertanet.org/ryf-defensoría.htm>].

Como tales, las Rondas Campesinas, que se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria y de los valores andinos de solidaridad, trabajo comunal e idea del progreso [JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ VILLA: *Peritaje Antropológico en la causa número 22007-00730*, Cajamarca, 21 de noviembre de 2007, página 58], han asumido diversos roles en el quehacer de esos pueblos –tales como seguridad y desarrollo- y, entre ellos, también se encuentra, sin duda alguna, los vinculados al control penal en tanto en cuanto –presupuesto necesario para su relevancia jurídica- aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponda y expresen

su identidad cultural. Son una respuesta comunal, entre otras expresiones socio culturales, ante el problema de la falta de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental procesal que integra el núcleo duro de los derechos fundamentales. Según algunos científicos sociales la justicia que aplican puede definirse como “reconciliadora” y ejercen mecanismos tradicionales de resolución de conflictos [JOHN GIGLITZ: *Rondas Campesinas y Violencia*. En: *Justicia y Violencia en las Zonas Rurales*, IDL, Lima, 2003, página 146]; sus juicios cuentan con ciertas formalidades, pero carecen de la rigidez que caracteriza a la administración de justicia formal [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. En: *Revista Pena y Estado*, año 4, número cuatro, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, página 113].

Los integrantes de las Rondas Campesinas cumplen, en principio, el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. En efecto, desde la perspectiva subjetiva, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos –sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a los normas de su grupo social, su conducta observable reflejan necesidad de identidad y de pertenencia-; así, incluso, se autodefinen como herederos de los Ayllus (pueblo inca) y como parte de los pueblos indígenas- [¿QUÉ SON LAS RONDAS CAMPESINAS?, martes 6 de enero de 2009. En: <http://cunarc.blogspot.com/2009/01/qu-son-las-rondas-campesinas.html>]. Desde la perspectiva objetiva, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que los distinguen de otros colectivos sociales –su existencia tiene una vocación de permanencia-. Son expresiones del mundo rural –de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados-, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes –organizan de cierto modo la vida en el campo-, y han definido –aún cuando con relativa heterogeneidad- las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones.

Es imprescindible, desde luego, que el Juez identifique con absoluta rigurosidad, caso por caso y no darlo como sentado, la existencia en los asuntos de su competencia de estos elementos, obviamente con ayuda pericial –la pericia, es necesario enfatizarlo, ilustra o auxilia, pero no define; ofrece al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para resolver el caso [MICHELE TARUFFO: *La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, página 90]-, pues lo que el Estado democrático reconoce es una organización o institución determinada y el ejercicio legítimo del derecho consuetudinario –normas vigentes y válidas para el grupo social, en el marco de su referente cultural [RAQUEL YRIGROYEN FAJARDO: *Apuntes sobre el artículo 149° de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos*. En: *Desfaciendo Entuertos*, Lima, octubre 1994, página 21]- en su espacio geográfico, no una organización que sin esos elementos definidores ejerce sin más la potestad jurisdiccional.

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.

§ 2. Alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera.

9°. El primer nivel de análisis que debe realizarse cuando se discute en sede penal una imputación contra integrantes de Rondas Campesinas por la presunta comisión de un hecho punible con ocasión de su actuación como rondero consiste en establecer si resulta de aplicación el artículo 149° de la Constitución, es decir, si es de aplicación el denominado ‘fuero especial comunal’, en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria.

Desde dicha norma constitucional es posible –a tono, por ejemplo y en lo pertinente, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003)- identificar los siguientes elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil:

- A.** Elemento humano. Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, las Rondas Campesinas tienen este atributo socio cultural.
- B.** Elemento orgánico. Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las Rondas Campesinas, precisamente, es esa organización comunal que, entre otras múltiples funciones, asume funciones jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.
- C.** Elemento normativo. Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.
- D.** Elemento geográfico. Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la Ronda Campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de ésta.

A estos elementos se une el denominado factor de congruencia. El derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil.

10°. El fuero comunal-rondero se afirmará, por tanto, si concurren los elementos y el factor antes indicado. El elemento objetivo es básico al igual que el factor de congruencia, por lo que es del caso efectuar mayores precisiones.

El primero, el elemento objetivo, está referido –con independencia de lo personal: el agente ha de ser un rondero, y territorial: la conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva Ronda Campesina, necesariamente presentes- a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

- A.** Será del caso establecer, como primer paso, la existencia de una concreta norma tradicional que incluya la conducta juzgada por la Ronda Campesina. Esa norma tradicional, como ha quedado expuesto, sólo podrá comprender la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la Ronda Campesina.
- B.** Si el sujeto -u objeto- pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos guardan relación con la cosmovisión y la cultura rondera –se trata,

por tanto, de conflictos puramente internos de las Rondas Campesinas-, no cabe sino afirmar la legitimidad constitucional de esa conducta –y, por ende, la exclusión del Derecho penal-, en tanto en cuanto, claro está, los actos cometidos no vulneren los derechos fundamentales.

- C. En cambio, frente a personas que no pertenecen a la cultura o espacio cultural de actuación de las Rondas Campesinas –se presenta, en tal virtud, un conflicto de naturaleza intercultural- la solución no puede ser igual. La legitimidad de la actuación comunal-rondera estará condicionada no sólo a la localización geográfica de la conducta sino también al ámbito cultural, esto es, **(i)** que la conducta del sujeto afecte el interés comunal o de un poblador incluido en el ámbito de intervención de la Ronda Campesina y esté considerada como un injusto por la norma tradicional –cuya identificación resulta esencial para el órgano jurisdiccional-; y **(ii)** que –entre otros factores vinculados a la forma y circunstancias del hecho que generó la intervención de las Rondas Campesinas y al modo cómo reaccionaron las autoridades ronderas, objeto de denuncia o proceso penal- el agente de la conducta juzgada por el fuero comunal-rondero haya advertido la lesión o puesta en peligro del interés comunal o de sus miembros y/o actuado con móviles egoístas para afectar a la institución comunal u ofendido a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales de las Rondas Campesinas o de sus integrantes.

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-, entendiéndose 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.

12°. La violación de los derechos humanos presenta dos situaciones, sea que ésta se deba **(i)** a lo previsto en las mismas reglas consuetudinarias o **(ii)** a los abusos que cometen las autoridades de las Rondas Campesinas por no respetar el derecho consuetudinario [JOSÉ HURTADO POZO/JOSEPH DU PUIT: *Derecho penal y diferencias*

culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú. En: Derecho y pluralidad cultural, Anuario de Derecho Penal 2006, Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2007, páginas 235/236]. En ambos supuestos, ante una imputación por la presunta comisión de un hecho punible atribuida a los ronderos, corresponderá a la justicia penal ordinaria determinar, en vía de control externo de la actuación conforme a los derechos humanos de las autoridades comunales si, en efecto, tal situación de ilicitud en el control penal comunal rondero se ha producido y, en su caso, aplicar –si correspondiere- la ley penal a los imputados.

En atención a lo expuesto será de rigor considerar como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, (i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil-; (ii) las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; (iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; (iv) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento-; (vi) la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; (vii) las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones- entre otras.

§ 3. *El rondero ante el Derecho penal.*

13°. El derecho a la identidad cultural y al ejercicio de funciones jurisdiccionales conforme al derecho consuetudinario está, pues, limitado a las reservas que dimanan del propio texto constitucional y de su interrelación con los demás derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos.

Así las cosas, los alcances de un tipo legal pueden restringirse en dos casos [RENÉ PAUL AMRY: *Obra citada*, página 97]:

- A. Cuando la interpretación de los elementos normativos del tipo lo permita (interpretación del tipo conforme a la Constitución).
- B. Cuando sea aplicable una causa de justificación, en especial la prevista en el artículo 20°.8 del Código Penal –en adelante, CP-: cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Lo expuesto guarda coherencia con el alcance del fuero comunal rondero. Desde el primer caso –supuesto de atipicidad de la conducta- se descarta de plano, por ejemplo, el delito de usurpación de funciones (artículo 361° CP) en la medida de que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada. También se rechaza liminarmente la imputación por delito de secuestro (artículo 152° CP) puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional –detención coercitiva o imposición de sanciones-.

Asimismo, cabe destacar que la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes no está orientada a obtener beneficios ilegales o fines de lucro, y –en principio- la composición y práctica que realizan tienen un reconocimiento legal, que las aleja de cualquier tipología de estructura criminal (banda o criminalidad organizada) asimilable a aquellas que considera el Código Penal como circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186°, párrafo 2, inciso 1, y 317° CP). Efectivamente,

su intervención se origina en un conflicto de naturaleza y trascendencia variables, que involucra a personas que reconocen en las Rondas Campesinas instancias conciliadoras, de resolución de conflictos y con capacidad coercitiva –uno de los atributos esenciales de la jurisdicción-.

En estas condiciones, es de enfatizar que no es asimilable la actuación y la conducta, siempre colectiva, de sus integrantes a un delito de secuestro extorsivo y cuya presencia relevante en las estadísticas de la criminalidad nacional determinó las modificaciones y reformas del artículo 152° CP, caracterizadas, todas ellas, por un incremento constante de las penas conminadas y de los rigores de su cumplimiento.

14°. Cuando no sea posible esta primera posibilidad –la atipicidad de la conducta-, será del caso recurrir al análisis de la procedencia de la causa de justificación centrada, con mayor relevancia, en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20°.8 CP). Aquí se tendrá en cuenta el presupuesto –situación de amenaza a los bienes jurídicos antes citados- y los límites o condiciones para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional comunal-rondera ya analizados.

El respectivo test de proporcionalidad es el que debe realizarse para cumplir este cometido, para lo cual es de tener en cuenta los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por los ronderos en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, prevaleciendo siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

15°. Si la conducta atribuida a los ronderos no resulta atípica o si, en aplicación del test de proporcionalidad enunciado, la conducta analizada no está justificada, esto es, afirmado el injusto objetivo, será del caso considerar el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado. Cabe acotar que el análisis en mención requiere, como presupuesto, tener muy claro la existencia jurídica de la Ronda Campesina, la autoridad rondera que actuó –la condición de tal del rondero inculpativo-, su nivel de representación y funciones, y las características y alcances de la norma consuetudinaria aplicada, aspectos que en varias de sus facetas puede determinarse mediante pericias culturales o antropológicas.

En este nivel del examen del caso es de tener en cuenta que los patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero tienen entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad, al punto que pueden determinar –si correspondiere- **(i)** la impunidad del rondero, **(ii)** la atenuación de la pena, o **(iii)** ser irrelevantes.

El agente, entonces, como consecuencia de su patrón cultural rondero puede actuar **(i)** sin dolo –error de tipo- al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico; **(ii)** por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o **(iii)** sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión [IVÁN MEINI: *Inimputabilidad penal por diversidad cultural. En: Imputación y responsabilidad penal*, ARA Editores, Lima, 2009, páginas 69/70].

Las normas que en este caso se han de tomar en cuenta para la exención de pena por diversidad cultural serán, en todo caso, las previstas en los artículos 14° y 15° del CP.

Es de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia –aunque no imposible ni inusitado- los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15° CP –que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que al sujeto le resultan extraños-, porque los ronderos, como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad ‘oficial’ como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobala cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona [JUAN LUIS MODELL GONZÁLEZ: *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 283].

16°. Cuando no sea posible declarar la exención de pena por diversidad cultural, ésta última sin embargo puede tener entidad para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca. En los niveles referidos a la causa de justificación (artículo 20°.8 CP), al error de tipo o de prohibición (artículo 14° CP) o a la capacidad para comprender el carácter delictivo del hecho perpetrado o de determinarse de acuerdo a esa comprensión (artículo 15° CP) –vistos en este último caso, según las opciones dogmáticas reconocidas por la doctrina, desde la imputabilidad, la exigibilidad e, incluso, de las alteraciones de la percepción que se expresan en los valores culturales incorporados en la norma penal, en cuya virtud, en cuya virtud se afirma que el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el derecho penal carece de la percepción valorativa de la realidad que sí tiene la mayoría [JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO: *Culpabilidad-responsabilidad*. En: Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, Editor), Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 353]-, si el grado de afectación no es lo suficientemente intenso o no se cumplen todos los requisitos necesarios para su configuración, será de aplicación, según el caso:

- A.** La atenuación de la pena por exención incompleta conforme al artículo 21° CP, o por la vencibilidad del error prohibición según el artículo 14° in fine última frase CP, o por los defectos de la comprensión –o de determinarse según esa comprensión- como lo previene la última frase del artículo 15° CP.
- B.** La sanción por delito culposo si tal figura penal se hallare prevista en la ley por la vencibilidad del error de tipo, atento a lo dispuesto por el artículo 14° primer párrafo última frase CP.

17°. Comprobada la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado, el Juez Penal para medir la pena tendrá en cuenta, de un lado, los artículos 45°.2 y 46°.8 y 11 CP –compatibles con el artículo 9°.2 de la Convención, que exige a los tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto socio cultural del imputado-; y, de otro lado, directivamente, el artículo 10° de la Convención, que estipula tanto que se tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento –principio de adecuación de las medidas de reacción social-.



III. DECISIÓN

18. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

19°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 17°.

20°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

21°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

BIAGGI GÓMEZ

MOLINA ORDOÑEZ

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES



BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

ZEVALLOS SOTO