

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, rondan o patrullen la comunidad), multas, medidas que pueden restringir ciertos derechos y, eventualmente, castigos morales o físicos. Las decisiones en asamblea constan en acta, así como la aceptación por los sancionados de su responsabilidad y la medida adoptada. Siguiendo el procedimiento ordinario, luego de la detención y juzgamiento de estos malhechores, las rondas de Moyobamba determinaron, en asamblea, la aplicación de «cadena ronderil». A raíz de ello, once autoridades ronderas (hombres y mujeres) fueron denunciadas por la fiscalía por los delitos de secuestro (en agravio de las personas sancionadas por las rondas), usurpación de funciones (por actuar como jueces sin serlo), y violencia y resistencia a la autoridad. La Sala Penal de Moyobamba, mediante sentencia del 11 de febrero 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 discriminado (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 descriminalizar 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 correidores 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. Reconócese 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.