



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**

**ESCUELA DE POST GRADO**



**TÍTULO**

**“LAS POLITICAS DE ESTADO Y SU TRASCENDENCIA  
JURIDICO PENAL EN LA PREVENCIÓN DE DELITOS  
COMETIDOS EN COMUNIDADES NATIVAS AL AMPARO  
DEL DERECHO CONSUECUDINARIO”**

**TESIS PRESENTADO POR:**

Abg. MARÍA DEL ROSARIO ASMAT GOICOCHEA

**PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO**

**EN DERECHO PENAL CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

**ASESOR:**

**DR. FREDY HERNANDEZ RENGIFO**

**LAMBAYEQUE, 2018**

**Presentado por:**

.....

Abog. María del Rosario Asmat Goicochea

Autor

.....

Dr. Freddy Hernández Rengifo

Asesor

**Aprobado por:**

.....

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez

Presidente

.....

Dr. Amador Mondoñedo Valle

Secretario

.....

Dr. Francisco Delgado Paredes

Vocal

**DEDICATORIA :**

EN RECONOCIMIENTO Y GRATITUD AL PERSONAL DOCENTE DE LA ESCUELA DE POST GRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL “PEDRO RUIZ GALLO”, QUIENES CON SU AMPLIA EXPERIENCIA NOS PERMITIERON ADQUIRIR LOS CONOCIMIENTOS NECESARIOS Y CONSEGUIR EL OBJETIVO TRAZADO.

#### **AGRADECIMIENTO:**

A MI FAMILIA, QUIENES ME  
APOYARON PERMANENTEMENTE,  
ELLOS ME INCENTIVARON A LA  
SUPERACION Y PUDE ALCANZAR LA  
META TRAZADA.

## ÍNDICE

DEDICATORIA :.....	ii
INTRODUCCIÓN.....	xiii

## CAPITULO I

### ASPECTOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.- SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	16
1.2.- LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN. ....	17
1.3.- LA JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.4.- OBJETIVOS:.....	18
1.4.1.- Objetivo general.....	18
1.4.2.- Objetivos específicos. ....	19
1.5.- LA HIPÓTESIS. ....	19
1.7.- VARIABLES.....	20
1.7.1.- Variable independiente: .....	20
1.7.2.- Variable interviniente: .....	20
1.7.3.- Variable dependiente: .....	20

## CAPITULO II

### POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LOS PUEBLOS ÍNDIGENAS Y LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO

2.1.- EL RIMANACUY FUE UN ESPACIO DE DIÁLOGO DIRECTO.....	22
2.2.- REPRESENTACIÓN. ....	23
2.3.- TERRITORIO Y DESARROLLO.....	25
2.4.- RECONOCIMIENTO. ....	26
2.5.- PARTICIPACIÓN, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA. ....	33
2.6.- EL MONISMO JURÍDICO Y PLURALISMO JURÍDICO.....	36
2.6.1.- El Monismo Jurídico.....	36
2.6.2.- El Pluralismo Jurídico. ....	37
2.7.- EL DERECHO EN EL PLURALISMO JURÍDICO .....	38

2.8.- LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO .....	39
2.8.1.- Concepto. ....	39
2.8.2.- Elementos.....	39
2.8.3.- Caracteres. ....	40
2.8.4.- Clases .....	41
2.8.5.- Valor de la costumbre como fuente.....	42
2.9. EL DERECHO CONSUECUDINARIO. ....	44
2.9.1.- Concepto. ....	44
2.9.2.- Caracteres. ....	46

### **CAPITULO III**

#### **LA TRADICIÓN INDÍGENA Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO PENAL EN LA LEGISLACION PERUANA**

3.1.- IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	49
3.2.- DERECHO CONSUECUDINARIO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ....	49
3.3.- EL DERECHO PENAL Y LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. ....	50
3.4.- LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIVERSIDAD CULTURAL EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES. ....	51
3.5.- SURGIMIENTO DEL CONVENIO 169, SOBRE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES. ....	53
3.6.- CRITICAS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS AL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO 169.....	55
3.7.- ESENCIA PRINCIPAL DEL CONVENIO 169, SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES. ....	56

### **CAPITULO IV**

#### **EL DERECHO CONSUECUDINARIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

4.1.-EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PLURALISMO EN EL PERÚ. 57	
4.1.1. Las propuestas de desarrollo constitucional del art. 149.....	59
4.1.2.- Propuestas de las Rondas Campesinas. ....	59

4.1.3.- Proyectos de Ley presentados ante el Congreso.....	60
4.2. ACTUALIDAD DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN EL PERÚ.....	60
4.2.1.- Las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas .....	60
4.3.- MARCO LEGAL DEL DERECHO CONSUECUDINARIO COMUNAL.....	61
4.4.- MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO CONSUECUDINARIO COMUNAL. ....	62
4.5.- EL CONCEPTO DE PUEBLO INDÍGENA Y LAS COMUNIDADES.....	63
4.6.- EJERCICIO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO COMUNAL. ....	63
4.7.- LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO POR LOS JUECES DE PAZ. 64	
4.8.- SOBRE PUEBLOS E INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	65
4.9.- LA REFORMA DEL ESTADO EN AMÉRICA LATINA Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA. ....	71
4.10.- PRINCIPIOS FUNDANTES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA.....	71
4.11.- CONTENIDOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	72
4.12.- COSTUMBRES DE COMUNIDADES NATIVAS EN PAÍSES SUDAMERICANOS.....	74
A.- ONAS.....	74
B.- Araucanos.....	74
C.- Guaraníes .....	75
D.- Calchaquíes o Diaguitas .....	76

## **CAPITULO V**

### **ANALISIS DE LA SENTENCIA CASO BAGUAZO**

5.1.- LAS MÚLTIPLES DIMENSIONES DE LA SENTENCIA. ....	77
5.1.1.- la dimensión política. ....	78
5.1.1.1.- Enfrentando la criminalización de la protesta. ....	78
5.1.1.2.- La necesidad de revisar el rol del Ministerio Público. ....	82
5.2.- LA DIMENSIÓN INTERCULTURAL .....	85

5.2.1.- La ruptura con el monismo jurídico .....	85
5.2.2.- Enfrentando la perspectiva etnocéntrica. ....	88
5.2.3.- El enfoque intercultural en la sentencia .....	90
5.2.3.1.- El derecho de propiedad sobre las tierras indígenas.....	90
5.2.3.2.- El enfoque intercultural al analizar la acusación fiscal.....	92
5.2.4.- La sentencia como reivindicación frente al racismo. ....	93
5.2.5.- Perspectivas. ....	94
5.3.- LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL DE APELACIONES TRANSITORIA Y LIQUIDADORA DE BAGUA “CASO CURVA DEL DIABLO” .....	95
5.3.1.- Pluralismo cultural y Derecho Penal. ....	96
5.3.2.- Las convenciones internacionales y el marco constitucional de protección de la diversidad cultural. ....	98
5.3.3.- Los modelos de tratamiento del derecho penal frente a los comportamientos culturalmente motivados. ....	101
5.3.4.- El modelo de tratamiento en la experiencia judicial peruana.....	104
5.4.- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA PENAL APELACIONES TRANSITORIA Y LIQUIDADORA DE BAGUA. ....	105
5.4.1.- La sentencia y el tratamiento penal de los comportamientos culturalmente motivados. ....	105
5.4.2.- La atipicidad y las causas de justificación en los comportamientos culturalmente motivados. ....	107
5.5.- ALGUNAS APORTES EN TORNO A LA RELACIÓN ENTRE DERECHO PENAL Y “DELITOS” CULTURALMENTE MOTIVADOS.....	110
a) La dogmática penal funcional sistémica.....	112
b).- La dogmática funcional valorativa.....	113
c) Esbozo de una perspectiva funcional de la teoría del delito desde el principio del pluralismo cultural. ....	114

## **CAPITULO VI**

### **BASE LEGAL**

6.1.- CONSTITUCION POLITICA DEL PERU. ....	116
--	-----



6.2.- LEY ORGÁNICA PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES, Ley N° 26821. ....	116
6.3.- RESOLUCIÓN LEGISLATIVA 22231 DE JUNIO 11 DE 1978 .....	117
6.4.- RESOLUCIÓN LEGISLATIVA 26253 DE DICIEMBRE 2 DE 1993. ....	117
Aprueba el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. ....	117
6.5.- DECRETO LEY N° 22175 DE MAYO 9 DE 1978 .....	119
6.6.- DECRETO LEGISLATIVO 635 DE ABRIL 3 DE 1991 .....	119
Código Penal .....	119
6.7.- DECRETO SUPREMO N° 003 –79-AA DE ENERO 25 DE 1979 .....	120
Reglamento de la Ley 22175 de mayo 9 de 1978 .....	120
6.8.- LEY 26505 DE JULIO 17 DE 1995.....	120
6.9.- LEY 27337 DE JULIO 21 DE 2000.....	120
Código de los niños y adolescentes.....	120
6.10.- DECRETO SUPREMO 008-91 TR DE FEBRERO 21 DE 1991.....	121
Aprueba Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas.....	121
6.11.- DECRETO SUPREMO 038-2001-AG DE JUNIO 22 DE 2001 .....	121
Reglamento de la Ley de Areas Naturales Protegidas .....	121
6.12.- RESOLUCIÓN LEGISLATIVA 25286 DE DICIEMBRE 4 DE 1990. ....	122
Aprueba la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura. ....	122
6.13.- LEY 28495 DE ABRIL 6 DE 2005.....	123
Ley de Creación del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y afroperuano. ....	123
6.14.- RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA 019-2005-DE JUNIO 24 DE 2005 INRENA- IANP. ....	123
Régimen especial para la administración de las reservas comunales.....	123
6.15.- CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES N° 169. ....	124
6.16.- CARTA ANDINA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	124

## CAPITULO VII

### **“LAS POLÍTICAS DE ESTADO Y SU TRASCENDENCIA JURÍDICO PENAL EN LA PREVENCIÓN DE DELITOS COMETIDOS EN COMUNIDADES NATIVAS AL AMPARO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO”**

7.1.- EL ESTADO DE LA TITULACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS	125
7.2.- LA TITULACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS. ....	127
7.3.- LA LEY DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ....	130
7.4.- EL PLAN DE DESARROLLO INTEGRAL DE LOS PUEBLOS ANDINOS. ....	134
7.5.-ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD SOBRE FUNCIONES YCOMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS REGIONALES EN MATERIADE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS .....	135
7.5.1.- La inclusión como uno de los principios rectores de las políticas y gestión regional.....	135
7.5.2.- Funciones y competencias específicas con relación a las comunidades campesinas y nativas.....	136
7.5.3. Estado actual de la transferencia de funciones en materia de comunidades campesinas y nativas.....	138
7.5.4.- Delimitación de competencias entre Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales.....	139
7.5.5.- Hacia una gestión descentralizada en el marco del Plan Anual de Transferencias 2009. ....	139
7.5.6.- Arreglos institucionales para un mejor servicio público .....	141
7.5.7.- Trascendencia aportes de la sentencia del caso “El Baguazo”, al reconocimiento del derecho a la protesta.....	141
7.6.- TRASCENDENCIA JURIDICO PENAL EN LA PREVENCIÓN DE DELITOS COMETIDOS EN COMUNIDADES NATIVAS AL AMPARO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO. ....	143
7.6.1.- Cuestión Previa -Fundamento Constitucional del Derecho a la Protesta.	143
7.6.2.- Antecedentes de la sentencia del Baguazo. ....	146
7.6.3.- Un antecedente a tener en cuenta: el caso ANDOAS.....	147
Primer Aporte: Aplicación del principio de proporcionalidad al CASO DEL BAGUAZO.....	147

a. El análisis de sub-principio de idoneidad. ....	148
b. El análisis del sub-principio de necesidad. ....	151
c.- El análisis de sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto .....	153
Segundo Aporte: La protesta social como acto de devisa de Derechos Fundamentales desprotegidos por el Estado. ....	155
Tercer Aporte: La incorporación de Principios Constitucionales para a analizar la Legitimidad de las protestas. ....	156
a. Principio de distancia deliberativa .....	157
b. Principio de la inexistencia de medios alternativos para solucionar. ....	160
c.- Principio del foro público .....	160
d.- El principio de la calle como espacio público abierto. ....	162
e.- Ejercicio del derecho a la protesta tiene que ver con el ejercicio de la democracia. ....	163
e.- Principio de violaciones sistemáticas .....	165
CONCLUSIONES .....	166
RECOMENDACIONES .....	168
BIBLIOGRAFÍA.....	170

## **RESUMEN:**

Nos encontramos ante una coyuntura en que la acción del Estado hacia los pueblos indígenas que se ven involucrados en hechos de violencia por la defensa de su territorio, en el aspecto represivo y sancionador, más que en el preventivo al tratamiento de la prevención del delito; los mecanismos empleados desalientan a la población indígena a requerir la ayuda necesaria ante una situación contra sus comunidades. Siendo necesario evaluar si las políticas diseñadas por el Estado están logrando efectos deseados o establecer otros mecanismos paralelos, que no limiten las posibilidades de que los pueblos indígenas al solicitar ayuda del Estado sin el temor de que lo único que conseguirán es perjudicar a sus comunidades involucradas, propiciando más resentimiento y creando otro motivo para que la violencia en los territorios de los pueblos indígenas continúe; es deber del Estado, desplegar esfuerzos para consolidar y fortalecer la sociedad”. Los pueblos indígenas luchan por hacer prevalecer sus costumbres, el cuidado del medio ambiente y sus derechos sobre las tierras agrícolas, por tanto nuestro objetivo es Determinar las políticas de estado y su trascendencia jurídico-penal para prevenir los delitos cometidos en comunidades nativas al amparo del derecho consuetudinario, así mismo evaluaremos porque los conflictos sociales se desbordan y el Estado aplica políticas que causan dificultades para controlarlos y, la mayoría de veces, llega a acuerdos que no solucionan los problemas de fondo, tal como sucedió en los casos de Bagua. Las técnicas de investigación fue análisis de la sentencia del “Caso Curva Del Diablo”.

## **ABSTRACT:**

We are faced with a situation in which the State represses and sanctions indigenous people, who are involved in acts of violence for the defense of their territory, rather than in the lawful prevention of crime prevention; the mechanisms used discourage the indigenous population from requiring the necessary help in the face of a situation against their communities. It is necessary to assess whether the policies designed by the State are achieving desired effects or establish other parallel mechanisms, which do not limit the possibilities for indigenous people to request help from the State without the fear that all they will achieve is to harm their communities involved. This causes more resentment and creates another reason for the violence in the territories of the indigenous people to continue; It is the duty of the State to make efforts to consolidate and strengthen society. The indigenous peoples struggle to make their customs prevail, and their concern for the environment, and their rights over the agricultural land; therefore our objective is to determine the state policies and their legal-criminal importance to prevent crimes committed in native communities under the protection of the customary law. L, we must evaluate because social conflicts are abundant and the State applies policies that cause difficulties to control them, and, most times, reaches agreements that do not solve the underlying problems, as happened in the cases in Bagua. The investigation techniques were analysis of the "Curved Devil Case", sentence.

**Email:**estjuridicoasmatg@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

El Perú a través de su historia, ha sido reconocido como un país exclusivamente de procedencia andina; su influencia está todavía presente a través de los pueblos indígenas, siendo el Perú uno de los países de América Latina con mayor diversidad cultural, según el último censo en la Amazonía peruana existen 65 pueblos indígenas, correspondientes a 12 familias lingüísticas, de estos grupos 17 habitan en zonas fronterizas (Ecuador; Bolivia, Colombia y Brasil); a través de la historia, la relación de estos pueblos con la sociedad nacional se ha dado de una manera desigual, esto expresa que en el imaginario de la sociedad nacional, estos peruanos son considerados como ciudadanos de categoría inferior. Este concepto es totalmente erróneo, estos pueblos tienen un vasto ancestral saber cultural: su relación armónica con el bosque, los ríos, la tierra, su capacidad para incorporar los aportes del mundo occidental, manteniendo la esencia de su cultura; ante ello los gobiernos deben asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad.

Para bosquejar la gravedad del problema bastaría señalar los acontecimientos suscitados el 05 de junio del 2009 en la Provincia de Bagua.

La presente Tesis, por ser el tema de estudio, se habla de la trascendencia jurídico penal en políticas de Estado para la prevención de Delitos sobre los pueblos indígenas.

El trabajo se ha organizado en siete Capítulos, en el Capítulo Primero se realiza el planteamiento del estudio, diagnosticando e identificando el problema, asimismo se formulan los objetivos e hipótesis.

En el Segundo Capítulo se presenta el marco teórico donde se integra la teoría existente sobre el tema; asimismo se realiza una recopilación Políticas Públicas para los pueblos indígenas y La costumbre como fuente de derecho.

El Capítulo Tercero está dedicado íntegramente a la Tradición Indígena y el Derecho Consuetudinario Penal.

En el Cuarto Capítulo, el derecho consuetudinario en la legislación peruana.

En el quinto Capítulo se expone el análisis de la sentencia caso Baguazo.

En el Sexto Capítulo, se exponen los Aportes de la sentencia del caso “El Baguazo”, al reconocimiento del derecho a la protesta.

En el Séptimo Capítulo, se expone la metodología de la investigación.

Las conclusiones a las que se arribaron y se plantean las recomendaciones consideradas de importancia y relevancia, las cuales son materialmente realizables y sobre todo muy beneficiosa para el Estado peruano; esta propuesta ensaya una alternativa de solución más real y tal vez efectiva para frenar de una vez por todas hechos como los suscitados el 05 de Junio del 2009 en la Provincia de Bagua.

# **CAPITULO I**

## **MARCO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.1.- SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.**

Los pueblos indígenas ante la modernización y el adelanto del proceso socio-económico de industrialización y tecnificación vienen solicitando el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Además, dichos pueblos solicitan participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlas directamente.

El Convenio N° 107 de la OIT, aprobado en 1957, fue el primer instrumento internacional de gran alcance que enunció los derechos de las poblaciones indígenas y tribales y las obligaciones de los Estados ratificantes, acerca de estos temas. Esta importante norma internacional reconoce también que los pueblos indígenas tienen el derecho de contribuir con sus propios planteamientos en las políticas de desarrollo nacional. Esto significa que no se trata de "absorber" a estas poblaciones dentro de nuestras ideas de desarrollo, sino por el contrario, se trata de reconocerlas como comunidades diferentes, con sus propias necesidades, sus propias formas de organización, sus propias tradiciones, cultura y sus propias visiones de desarrollo nacional.

Entonces nos encontramos ante una coyuntura en que la acción del Estado hacia los pueblos indígenas que se ven involucrados en hechos de violencia por la defensa de su territorio, radica en el aspecto represivo y sancionador, más que en el preventivo dirigido al tratamiento de la prevención del delito, además, los mecanismos empleados actualmente aparentemente desalientan a la población indígena a requerir la ayuda



necesaria ante una situación que atente contra sus comunidades, antes de que esta desencadene en actos de violencia al interior del país.

Por este motivo es necesario evaluar si las políticas diseñadas por el Estado están logrando los efectos deseados o si es necesario establecer otros mecanismos paralelos, que no limiten las posibilidades de que los pueblos indígenas al solicitar ayuda del Estado sin el temor (muchas veces fundado) de que lo único que conseguirán es perjudicar a sus comunidades involucradas, propiciando más resentimiento y creando otro motivo para que la violencia en los territorios de los pueblos indígenas continúe; además es sumamente importante recordar que es deber del Estado, desplegar esfuerzos para consolidar y fortalecer la sociedad”.

Las comunidades nativas que son la expresión de los pueblos originarios, tienen costumbres ancestrales que están ligados por naturaleza a su territorio y al medio ambiente, hábitat que resulta ser la razón de su existencia y el sentido de la cohesión orgánica de su comunidad. El avance de la civilización y las políticas de apertura de los estados en la aplicación del modelo neoliberal (capitalismo salvaje), permite en aras del desarrollo y la modernidad arrasar con los territorios de estas comunidades ancestrales, cuya hostilización cada vez más viene arrinconando, con tendencia a su exterminio y desaparición. Estas políticas de estado adquieren mayor vulneración de derechos de los nativos, cuando de por medio se lleva a cabo concesiones para la exploración y explotación de hidrocarburos, con la secuela de afectar con sus deshechos el medio ambiente.

## **1.2.- LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.**

¿En qué medida las políticas de estado y su trascendencia jurídico-penal previenen los delitos cometidos en comunidades nativas al amparo del derecho consuetudinario?

## **1.3.- LA JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.**

La presente investigación es importante porque se consideran las políticas aplicadas a través de los tiempos por parte de los gobiernos de turno en las zonas de explotación ya sea minera o de alta producción e

inversión; en donde los pueblos indígenas luchan por hacer prevalecer sus costumbres, el cuidado del medio ambiente y sus derechos sobre las tierras agrícolas, por tanto evaluaremos por qué cuando los conflictos sociales se desbordan el Estado aplica políticas que causan dificultades para controlarlos y, la mayoría de veces, llega a acuerdos que no solucionan los problemas de fondo, tal como sucedió en los casos de Bagua.

La investigación también es importante porque nos permitirá explicar desde el punto del Derecho penal y consuetudinario, se debe tener en cuenta el hecho de que sea miembro de una comunidad nativa que por su cultura o costumbre no pueda comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, pero básicamente se debe analizar cada caso concreto para establecer si efectivamente se trata de un error de comprensión culturalmente condicionado, que dé lugar a su inculpabilidad. También se podría comprender a personas que se hayan integrado a la comunidad y actúan de buena fe. Precisar las diferentes normas consuetudinarias que rigen las relaciones sociales en esa comunidad e igualmente las normas morales que han sido internalizadas por los integrantes del grupo cultural.

La presente investigación será una Ayuda a los intentos de resolver el problema sucedido en la ciudad de Bagua, conocido como el “Baguazo” y tenerlo como referencia para lidiar con los conflictos sociales futuros, que no solo se necesita tener información e instrumentos legales, sino también contar con policías capacitados, entrenados y motivados.

#### **1.4.- OBJETIVOS:**

##### **1.4.1.- Objetivo general.**

- Determinar las políticas de Estado y su trascendencia jurídico-penal para prevenir los delitos cometidos en comunidades nativas al amparo del derecho consuetudinario.

#### **1.4.2.- Objetivos específicos.**

- Precisar de manera concreta cuales son las políticas públicas de los pueblos indígenas establecidas por el Estado Peruano, partiendo desde el contenido constitucional hasta el desarrollo del ordenamiento jurídico nacional.
- Analizar la tradición indígena de las comunidades nativas y sus implicancias en el Derecho Consuetudinario, por parte de los magistrados de los distintos Distritos Judiciales del Perú.
- Analizar las dimensiones positivas de la sentencia caso Baguazo, desde el aspecto político resaltando el derecho a la protesta y los cuestionamientos al rol del ministerio público en los conflictos sociales, en la administración de justicia en un contexto intercultural.
- Evaluar la base legal desde el Derecho Constitucional en el artículo 149°, respecto al pluralismo jurídico del Estado Peruano y las funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas.
- Analizar los aportes en torno a la relación entre el derecho penal y delitos culturalmente motivados.
- Determinar si estas políticas de estado, no obstante señalar que son protectoras y preventivas, en su aplicación y plasmación, los gobiernos imperantes, trastocan este status jurídico y más bien llevan a cabo políticas represivas en su afán de crear un supuesto desarrollo y modernidad.

#### **1.5.- LA HIPÓTESIS.**

Si, el Estado peruano debe preservar un ordenamiento jurídico proteccionista de las comunidades nativas, aplicando políticas de Estado al amparo del Derecho Consuetudinario, entonces se habrá encontrado los mecanismos de control constitucional y políticas para impedir el abuso de poder político en las facultades que le son concedidas por la ley.

## **1.7.- VARIABLES.**

### **1.7.1.- Variable independiente:**

- Ordenamiento jurídico proteccionista de las comunidades nativas.

### **1.7.2.- Variable interviniente:**

- Mecanismos de control constitucional y políticos para impedir el abuso de poder político.

### **1.7.3.- Variable dependiente:**

- Las comunidades campesinas.

## **CAPITULO II**

### **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO**

Los pueblos indígenas en el Perú, históricamente, han vivido excluidos de la Política Nacional de Estado. Siempre han existido dificultades estatales para lograr entender las necesidades y derechos de los pueblos originarios y la atención de sus propias prioridades de acuerdo a su cultura y cosmovisión.

Actualmente, los pueblos indígenas afrontan una serie de problemas que afectan su bienestar y desarrollo integral. No obstante, a que en los territorios de los pueblos indígenas se desarrollan la mayoría de las actividades mineras e hidrocarburíferas, dichos pueblos viven en una situación donde se presentan niveles de pobreza extrema, existe un limitado desarrollo local, presentan condiciones de Salud altamente precarias, con un alto índice de desnutrición, alta mortalidad y contaminación ambiental en sus territorios. No cuentan con un Sistema Educativo adecuado a sus condiciones culturales, geográficas, sociales, y lingüísticas. A la ausencia de Representación política en las decisiones del Estado, se suma el hecho de que no cuenta con políticas públicas coherentes dirigidas a su bienestar y a la dificultad de aplicar sus instituciones propias en sus territorios, como por ejemplo la aplicación de la Justicia indígena, debiendo ser considerados como actores para el desarrollo.

Todos estos hechos, han convertido a los pueblos indígenas en víctimas permanentes de los conflictos socio-ambientales, que a su vez, han colocado a sus líderes y representantes en una situación de marginalidad ante las leyes penales, que han criminalizado la protesta social, reduciendo su derecho a protestar, situación que ha conllevado a conflictos consumados, como el de Bagua, que al mismo tiempo potencializa otros que pueden venir.

Una herramienta fundamental para la búsqueda de soluciones a problemas sociales, es, sin duda alguna, el diálogo. Esta herramienta fue utilizada, en algunos momentos, en el primer gobierno del presidente García Pérez, mediante foros de encuentro entre el Estado y la población –especialmente rural-, a la cual se denominó el Rimanacuy.

El primer Rimanacuy en 1986, fue un espacio donde el Estado y representantes de todas las comunidades campesinas y nativas del país discutieron y debatieron por primera vez de manera directa, diferentes temas que los relacionaba con el Estado o los distanciaba de éste. La importancia del Rimanacuy consiste en que se convirtió en un espacio de encuentro y relacionamiento entre la autoridad mayor “Estado”, “Gobierno Central” –hoy gobierno nacional-, representado por el Presidente de la República, quien participó en las plenarias de las comisiones de trabajo, y en donde la población indígena pudo expresar directamente sus problemas y plantear también alternativas de solución.

## **2.1.- EL RIMANACUY FUE UN ESPACIO DE DIÁLOGO DIRECTO.**

Posteriormente, en el año 2001, la Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas estableció la conformación de una Mesa de Diálogo y Cooperación para las Comunidades Nativas, a fin de elaborar, con las organizaciones indígenas e instituciones involucradas, un Plan de Acción que contiene ocho áreas temáticas con los asuntos prioritarios consensuados. Este Plan, elaborado en el gobierno de transición del Presidente Valentín Paniagua, debió tener mayor impulso durante el gobierno de Alejandro Toledo y ser implementado progresivamente por los distintos sectores involucrados. Sin embargo, en cuanto a evidencias de eficiencia en su aplicación no ha habido mayores logros.

A diferencia de los Rimanacuy, no es sino hasta ahora –después de los sucesos de Bagua- que el gobierno actual, a través del Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, dentro del marco de las mesas de dialogo del Ejecutivo con los Pueblos Indígenas, ha considerado actualizar el mencionado Plan de Acción para los asuntos prioritarios de las Comunidades Nativas. Dicho proceso de actualización, culminó en diciembre de 2009 con una serie de acciones propuestas para mejorar las condiciones de vida de las Comunidades Nativas.

En este contexto, la Comisión Multipartidaria Encargada de Estudiar y Recomendar la Solución a la Problemática de los Pueblos Indígenas ha elaborado el Informe sobre Políticas Públicas para los Pueblos Indígenas, el mismo que ha sido abordado desde un enfoque de lineamientos que se articulan

con el nuevo Plan de Acciones para los asuntos prioritarios de las Comunidades Nativas, elaborado de manera conjunta entre el Poder Ejecutivo y los Pueblos Indígenas; extensión que vale para los pueblos andinos.

La correlación de lineamientos con objetivos y acciones se puede notar en que se ha tomado como base los acuerdos recogidos y transcritos en el Acta de la Mesa 4, sobre Desarrollo de Pueblos Indígenas, de la Mesa de Diálogo PCM- Organizaciones de Pueblos Indígenas amazónicos (Agosto – Diciembre 2009).

## **2.2.- REPRESENTACIÓN.**

La situación de los pueblos que han atravesado los pueblos indígenas del área andina y amazónica es que siendo originarios antes de la conquista y la colonia, ni el estado colonial ni el republicano han dado paso al RECONOCIMIENTO ciudadano e inclusión de ellos como parte efectiva del estado – nación, ni han dado canales de REPRESENTACIÓN en el plano social y estatal, dando como resultado una débil INSTITUCIONALIDAD del estado para con los pueblos indígenas, siendo necesario entonces recoger su diversidad cultural como riqueza y oportunidad para nuestro país y sus perspectivas de desarrollo.

Los pueblos demandan que la sociedad peruana y el estado les reconozcan el conjunto de derechos colectivos que garantizan la Constitución y el Convenio 169, así como su rol actuante de hoy como sujetos que pueden y deben participar en los planes y programas de nivel nacional, regional y local a quienes el Estado debe atender con un conjunto de políticas públicas (Artículo 7°), así como al derecho de consulta.

En relación al reconocimiento de sus derechos se identifican en primer orden cuatro temas pendientes:

**Un primer tema pendiente** es el reconocimiento del valor de las culturas y su patrimonio de nuestros pueblos indígenas, y su reconocimiento constitucional como pueblos, tanto como producto de su actuar en el pasado como por su aporte actual a la historia de la pluralidad étnica y cultural de la nación, para promover el reconocimiento de todos, afirmando su autovaloración y el fomento de la autoestima cultural.

**Un segundo tema pendiente** para el Estado peruano es el de dar un adecuado tratamiento a las lenguas y derechos lingüísticos de los pueblos originarios, en atención efectiva a la realidad pluricultural y multilingüe del país y por el gran significado de ello en cuanto al impacto de la recuperación del patrimonio cultural para una perspectiva de desarrollo integral de las áreas andina y amazónica, y del conjunto del país.

**Un tercer tema pendiente** para fines de planificación y concertación en políticas públicas, es que el estado cree un Centro de Estudios e Investigación dedicado a los pueblos originarios, que en coordinación con el INEI y con la participación de las organizaciones indígenas, favorezca la consolidación de estadísticas certeras, incluyendo factores demográficos, culturales y territoriales; ello no se observa en recientes documentos del denominado CEPLAN (Centro Nacional de Planeamiento Estratégico).

**Una cuarta cuestión pendiente** a asumir por el Estado Peruano en el plano constitucional y normativo es la de la representación social y política de los pueblos indígenas en el poder legislativo y en las instancias de los otros poderes del estado, tanto de nivel nacional como en el subnacional, que ya ha comenzado a expresarse tenuemente en algunas municipalidades y regiones. Representación de pueblos que debe ser entendida no solo en nivel local y regional sino para que con mirada estratégica el estado considere la creación de una mayor institucionalidad estatal, con niveles especializados, con los recursos necesarios y las funciones y competencias para dar una atención de conjunto a la problemática de los pueblos indígenas

En el lado de los pueblos es posible constatar que existe una muy diversa institucionalidad social en el campo de los pueblos andinos y amazónicos, tanto en un plano social como cultural, en particular en las áreas rurales andina y de selva como en áreas urbanas, que debe ser ampliado a nivel global del estado, como parte de la inclusión en él, puede favorecer una integración social y nacional del país. Ello deberá expresarse en una recuperación de institucionalidad estatal mediante la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas.



### **2.3.- TERRITORIO Y DESARROLLO.**

El Territorio Indígena, en su integridad, constituye uno de los temas de máximo interés para los pueblos indígenas y uno de los elementos centrales de su existencia colectiva. Los derechos sobre sus tierras y territorios constituyen la preocupación central de muchos pueblos indígenas. Asimismo, uno de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas es el derecho sobre los territorios que éstos ocupan, en tanto que, su reconocimiento legal y demarcación son considerados como base de su supervivencia física y cultural.

Los pueblos indígenas tienen un arraigo con el territorio que va más allá de la concepción material de las cosas. Jurídicamente, sus principios estarían basados en el pensamiento y procesamiento de la cosmovisión, enmarcados dentro de un Derecho Mayor, un Derecho Propio o una Ley de Origen basada en la relación del hombre con la tierra, en sus dos componentes unidos, inherentes al ser, lo espiritual y lo material. Su territorio ancestral es descrito como una representación física de su cultura, espiritualidad e identidad.

El territorio enmarca una interdependencia entre los miembros del pueblo indígena, su cultura, la tierra y sus recursos naturales. El tema del territorio – territorialidad- es uno de los ejes conceptuales de la plataforma de reivindicaciones de los pueblos indígenas. Empero, no únicamente en su condición de derecho colectivo indispensable, sino como una verdadera dimensión existencial de cada pueblo. Su tratamiento jurídico reviste una importancia determinante para el ejercicio del resto de los derechos que los pueblos proclaman.

Sin embargo, este tema constituye uno de los puntos más conflictivos, en el intento de compatibilizar interculturalmente los conceptos jurídicos occidentales que orientan a los Estados americanos con una descripción real, y por lo tanto razonablemente justa, de lo que el hábitat de un pueblo indígena significa para su normal desenvolvimiento en términos prácticos. Efectivamente, en la actualidad en el Perú existe un conflicto conceptual, primero entre tierra - territorio y propiedad.

Los Estados han puesto resistencia a la utilización del término de “territorio”, por lo que prefieren denominarlo “tierras”, sin considerar las diferentes

connotaciones que estos términos tienen para los propios pueblos indígenas. El territorio que le pertenece a un pueblo indígena, es el espacio donde su cultura se reproduce y ejerce su autonomía interna dentro de las fronteras del Estado peruano y los derechos humanos, por lo tanto no es similar al territorio estatal. Corresponden a ideas totalmente distintas.

Recientemente, después de los sucesos de Bagua, el economista peruano Hernando De Soto ha señalado que la problemática de los pueblos indígenas no pasa por una cuestión de etnia o cultura sino, más bien, por una cuestión de economía, que esta situación de “desprotección”, es producto de la forma de propiedad que tienen sobre sus tierras.

Siendo la forma de la propiedad, un argumento para cuestionar el problema de desarrollo de los pueblos indígenas, a efectos de valorar –jurídicamente- esta forma de propiedad, es necesario tener presente en todo momento las fuentes normativas y jurisprudenciales que se refieren al tema.

Uno de los principales ejes temáticos de las comunidades y de sus organizaciones representativas es el tema de: Territorio, los recursos naturales y la biodiversidad. Por lo que en este capítulo se desarrollan 4 componentes fundamentales:

- i. La propiedad comunal
- ii. La titulación de las comunidades
- iii. La superposición de derechos, los recursos naturales y los conflictos sociales.
- iv. Las Reservas Territoriales para los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario.

## **2.4.- RECONOCIMIENTO.**

El conjunto de problemas relacionados con la problemática de los pueblos indígenas que se han presentado en forma acumulada en esta primera década del siglo XXI en el Perú, que ya habían asomado en la década de fin de siglo XX al definirse la Constitución de 1993 y ratificarse el 02 de febrero del 1994 el Convenio N° 169 de la OIT, como parte de la normativa de nivel constitucional, requiere un análisis y tratamiento que a su vez implica asumir con perspectiva histórica el conjunto de procesos inacabados que datan de la fundación del

estado republicano y del proceso de independencia iniciado con los movimientos campesinos del siglo XVIII frente a un orden colonial en crisis. Puntos de gran significado de tal antecedente histórico fueron la resistencia indígena de Juan Santos Atahualpa en la selva central y décadas más tarde, la revolución de Tupac Amaru II en la sierra sur andina en 1780, aun cuando fueron expresiones socioculturales diferenciadas en tiempo y ubicación geográfica.

En el año 2010, declarado por las Naciones Unidas y encargado a la UNESCO como “Años Internacionales de Acercamiento de las Culturas y de la Diversidad Biológica”, hace indispensable tomar conciencia de ello en lo que significa asumir las características del proceso del estado nación en el Perú, para plantearse la pregunta de cuánto de la diversidad cultural y social expresada en nuestra historia ha logrado ser efectivamente recogida, representada y reconocida en forma oficial a nivel estatal, para avanzar a niveles de un desarrollo integral y sostenible con superación de los puntos críticos de la pobreza, la desigualdad, la discriminación racial, como en particular del peso de un estado monocultural, en la mirada necesaria hacia el escenario del 2021 que como reto convoca e interpela a todos los sectores de la sociedad peruana y sus poderes públicos, para la construcción de una democracia intercultural.

Si bien lo acumulado hasta la Constitución de 1993, en cuanto al reconocimiento de un conjunto de derechos, como el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación de cualquier índole, y en particular a la identidad étnica y cultural, con reconocimiento y protección de la pluralidad étnica y cultural de la Nación, por parte del Estado (Artículo 2°, incisos 2 y 19), y que por la ratificación del Convenio N° 169 se extendió a “los pueblos considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”(Artículo 1°, b); en la práctica y en los hechos fue poco lo reconocido, incluido e integrado a la dinámica del estado de lo que históricamente han significado y comprenden hoy los pueblos indígenas, para un desarrollo cualitativo e integrador de la nación peruana, en tanto lo asumido en la Constitución y en las leyes respecto a las Comunidades Campesinas y Nativas

era insuficiente en el plano económico (Título III, del Régimen Económico, Capítulo VI, del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas, Artículo 89°). De ello se deduce la necesidad de hacer más expreso un reconocimiento jurídico constitucional como pueblos indígenas, dado el rol fundamental del componente étnico cultural.

En los años 2000 y 2001 a partir de demandas de los pueblos indígenas Asháninka, Yanesha y Shipibo-Conibo de la selva central, en torno a la creación de la Reserva Comunal El Sira en los departamentos de Huánuco, Pasco y Ucayali, se planteó al Gobierno de Transición del Presidente Valentín Paniagua el pedido de conformar una Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas, cuyo resultado fue la elaboración y aprobación del Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios, el reconocimiento estatal fue dado entonces a la Comisión Indígena Nacional de la Amazonía (CINA). Lo significativo de este Plan Prioritario es que se constituyó en el primer instrumento de políticas públicas del Estado para abordar la problemática indígena, en condiciones que la representación a nombre de los pueblos indígenas era otorgada a las organizaciones de los pueblos amazónicos hasta entonces reconocida, que luego fue progresivamente extendido a CONAP (Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú) y a AIDESEP (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana)<sup>9</sup> en el tránsito del 2001 al 2008, como paso expreso de aplicación del Convenio 169 de la OIT.

Tal paso inicial no resolvió el tema de a quiénes más se reconocía en la condición de indígenas pero si daba evidencia de que el Estado debía comenzar a abordar la problemática. Por tanto era y sigue siendo indispensable identificar como Estado, el visualizar como sociedad, y hacer efectiva una delimitación progresiva de la ubicación y posicionamiento de las poblaciones indígenas, en los varios aspectos de reconocimiento a sus culturas y organizaciones, con toda la diversidad y complejidad que esto comprende en el plano de los pueblos y etnias de que se trate, de los niveles de organización y referencia geográfico territorial a ser respetado por el estado y por otros interlocutores, en los niveles central – nacional y subnacional (regional y local), como para ser identificado como

actores sociales en la determinación de políticas públicas y como sujetos de derecho en tanto pueblos y personas que los comprendan.

Este tema por resolver a nivel estatal y societal, requiere ser considerado tomando como base el aporte de las ciencias sociales y humanas, por las cuales se supera la idea de raza o carácter biológico para analizar la problemática de los pueblos indígenas y sus derechos, por conceptualizaciones sobre cultura e interculturalidad, que permiten un enfoque cualitativo y moderno para un abordaje serio de la problemática de los pueblos indígenas en nuestro país.

Así desde un punto de vista antropológico / sociológico, según Armengol:

”..La cultura es un sistema de significados, conocimientos, símbolos y experiencias que se comparten y se expresan en los comportamientos y prácticas de los miembros de un grupo y les aportan una definición social y un sentido de asociación.

Se expresa a través de rituales, ceremonias y símbolos, que pueden servir para reforzarse y mantenerse recíprocamente. En su sentido etnográfico más amplio, la cultura es un todo complejo que incluye arte, moral, leyes, costumbres, creencias, conocimientos y todo el resto de capacidades y hábitos adquiridos por las personas como miembros de una sociedad”.

(ARMENGOL ASPARÓ, 2010)

Debido a que la cultura es una parte heredada y transmitida, también se produce un estado de permanente cambio, los que se producen por contacto entre grupos humanos, por las interacciones con el medio natural como por las fuerzas existentes dentro del grupo (Hoevel y Wreaver, 1985), constituyen según Muñoz y Román el patrimonio singularizador de los grupos humanos, cuyos sistemas de culturas:

“pueden ser considerados como productos de acción y como elementos condicionados de la acción futura”.

En tanto los pueblos reconocidos en el Perú poseen sistemas culturales y un patrimonio integral en sus diversos contextos y entornos que habitan, el Convenio 169 obliga al Estado peruano a asumir la responsabilidad de desarrollar con su participación acciones destinadas a proteger sus derechos y garantizar el respeto a su integridad (Artículo 2°, inciso1)

Por ello un primer tema pendiente es el de reconocimiento del valor de las culturas y su patrimonio de nuestros pueblos indígenas, no solo como producto de su actuar en el pasado y de aporte a la historia de la pluralidad étnica y cultural de la nación en múltiples aspectos, sino también en su rol actuante de hoy como sujetos que pueden y deben participar en los planes y programas de nivel nacional, regional y local (Artículo 7°), a quienes el Estado debe atender con un conjunto de políticas públicas, en relación al conjunto de derechos que garantizan la Constitución y el Convenio 169.

El Estado peruano en sus distintos niveles de gobierno no puede desconocer a pueblos hermanos, sino promover el reconocimiento de todos y de valorarnos entre nosotros, destacando la importancia de la valoración y de la autoestima cultural, viendo este proceso de reconocimiento como una oportunidad con todas las ventajas que puede tener para la Nación. Un ejemplo de cómo no se toma en cuenta a los Pueblos Indígenas o de cómo se hace invisibles a los Pueblos Indígenas es la reciente propuesta publicada como Plan Perú 21 o Plan estratégico de desarrollo nacional presentada por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico – CEPLAN, en la cual dentro del sexto eje estratégico “Recursos Naturales y Ambiente” solo considera un párrafo en el ítem 6.4 Biodiversidad y Culturas Aborígenes, referido al problema de extinción de grupos y culturas nativas amazónicas asociado a la tala de bosques y el riesgo en que está una gran cantidad de conocimientos tradicionales acumulados, en una terminología que no es la considerada por el Convenio 169 de la OIT, y sin tocar lo referente a su reconocimiento e inclusión en una perspectiva de desarrollo global del país.

En el contexto de la primera década del siglo actual es necesario reconocer que:

“En el pasado, casi no existían datos estadísticos en el Perú sobre los pueblos indígenas, pues sólo se registraba a las comunidades oficialmente reconocidas”.

Por encargo del Banco Mundial, en el año 2005 se realizó finalmente una investigación para determinar las cifras de la población indígena en base a las estadísticas existentes, y se llegó al siguiente resultado:

Entre el 25% y el 48% de los hogares en Perú se autodenominan indígenas, dependiendo de cada variable. Por lo tanto, en una población total de 26 millones de peruanos se trataría de entre 6,5 y 12,5 millones de personas indígenas. De esta forma, el Perú pertenece, junto con México, a los países de este estudio que poseen la mayor población indígena en números absolutos”. (MEENTZEN, 2007)

Para que se resuelva en primera instancia el problema del reconocimiento es indispensable un Registro Nacional del conjunto de a quienes se reconoce como Pueblos Indígenas con derechos colectivos, y de la programación de un nuevo Censo Indígena que respete las identidades culturales tanto en áreas rurales como urbanas, de modo que se pueda expresar en una base de datos confiable y actualizada de modo permanente, y a cuya consolidación contribuyan el INEI como el INDEPA, a fin de contar con un instrumento estadístico destinado a garantizar derechos y , para ver cómo crear oportunidades (atracción de turismo, promoción de patrimonio, nuevas inversiones y emprendimientos en gastronomía, plantas medicinales, bebidas, arte, etc.).

La referencia a falta de datos precisos se constata en un estudio del Ministerio de Educación para el Proyecto de Educación en Áreas Rurales (2007), en el cual se señalaba alrededor de ocho millones de indígenas (mayoría quechua y aimara) de un estado nacional de 24 millones de habitantes, con 42 grupos etnolingüísticas en la Amazonía (en el 62% del territorio peruano):

“La información estadística disponible sobre lenguas indígenas es escasa, incompleta y no está actualizada. La principal fuente es el Censo Nacional de

Población y Vivienda realizado hace más de una década (1993), a partir del cual sólo se dispone de proyecciones obtenidas por muestreo.

... Según el Censo Nacional de Población de 1993, el total de personas mayores de 5 años que tenían una lengua materna vernácula sumaba 3'734, 705 de las cuales, 3'198,997 eran quechua hablantes.

....En el Perú, las lenguas oficiales son el castellano, junto con el quechua, el aimara y las lenguas amazónicas en los lugares donde predominen. El quechua es hablado por cerca de cuatro millones de personas, en tanto que el aimara por 350 mil. Se calcula que en la Amazonía existen entre 300 y 400 mil hablantes de alguna de las 40 lenguas pertenecientes a 16 familias lingüísticas”.

De lo señalado, se desprende que un segundo tema pendiente para el Estado peruano es el de dar un adecuado tratamiento a las lenguas y derechos lingüísticos de los pueblos originarios en el marco de un conjunto de políticas públicas para los pueblos indígenas, en atención efectiva a la realidad pluricultural y multilingüe del país y por el gran significado de ello en cuanto al impacto de la recuperación del patrimonio cultural para una perspectiva de desarrollo integral de las áreas andina y amazónica, como del país.

En términos de política de inclusión, dado que han resultado insuficientes medidas como la oficialización del quechua y la Academia Mayor de la Lengua Quechua creada en 1990 por Ley N° 25260, en tanto han estado dirigidas a sólo una lengua, con limitaciones para dar un tratamiento de inclusión integral a la población quechua hablante con adecuada atención intercultural a todas sus variantes, se hace necesario generar una institucionalidad con políticas lingüísticas que garanticen el respeto al uso de lenguas originarias en los territorios de dichos pueblos, el fomento de la normalización de lenguas como el caso de la lengua Yánesha y de otras en peligro de pérdida y desaparición, así como la recuperación de la tradición oral como aporte a la cultura y literatura peruana y universal, a ejemplo de lo iniciado por el Congreso de la República con la obra Augmattai Perunumia Dakumjamu (Cuentos Pintados del Perú).



## **2.5.- PARTICIPACIÓN, CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA.**

El derecho a la participación política de los pueblos indígenas ha sido planteado en distintos momentos y de distintas formas desde el campo de representantes de origen andino tanto en el Congreso (representaciones de Puno y Cusco, 2001-2006, 2006-2011) y en el Poder Ejecutivo (Vicepresidente San Román en 1990 y Presidente Toledo en el periodo 2000-2006), y desde el movimiento social indígena amazónico (2008-2009).

Salvo la expresión solidaria en momentos de determinada lucha o conflicto como fue manifiesto antes y después de los sucesos de Bagua no se ha dado una confluencia entre andinos y amazónicos. Un proceso de posible confluencia entre pueblos andinos y amazónicos fue el generado en Cusco en torno a la Conferencia Permanente de Pueblos Indígenas del Perú (COPPIP), creada en 1997 como resultado de un encuentro sobre derechos humanos y pueblos indígenas, organizado por un grupo de intelectuales y dirigentes, y que ante la situación de crisis de organizaciones como la CCP y CNA, fue pensada como una Conferencia Permanente sin mayores vinculaciones orgánicas, que por su convocatoria amplia logró la participación de las principales organizaciones campesinas e indígenas del país (CCP, CNA, AIDSESEP, CONAP y otras), por encima de sus diferencias y conflictos. Cuatro años después, en el II Congreso de COPPIP (organizado en agosto del 2001), en el cual estaba previsto avanzar hacia la consolidación de una organización indígena de alcance nacional en el Perú, se produce la intervención de Eliane Karp y el Gobierno para articular tal experiencia a la creación e implementación de la CONAPA, y se alimentó una división entre quienes tomaban distancia de la figura pública y el entorno de Karp y entre los que decidieron continuar en alianza con el gobierno, manteniendo su participación en la CONAPA.

Como refiere Pajuelo:

“Se ahondó de esa forma un conflicto que se había manifestado en la COPPIP desde el II Congreso realizado el año 2001, protagonizado por grupos de dirigentes andinos, amazónicos e indianistas, en torno al control de la organización. A mediados del 2002, la pugna se hizo insalvable, al punto que la

COPPIP se dividió, perdiéndose de esa manera la posibilidad de confluencia amplia de organizaciones campesinas e indígenas, andinas y amazónicas, en torno a un nuevo referente organizativo. (En el 2003, en un contexto de cuestionamientos a la gestión en la CONAPA), las organizaciones indígenas realizaron la convocatoria a una Consulta Nacional Indígena sobre Reforma Constitucional, llegando a elaborar una propuesta de sistema institucional para los pueblos indígenas, que proponía la disolución de la CONAPA y su reemplazo por una instancia autónoma con rango ministerial”.

La tendencia demostrada en los últimos doce años se dibuja en una serie de procesos que se superponen o dan por separado pero que confluyen en una demanda de representación ciudadana y de participación política, como la expresada en Pucallpa ante el Presidente del Congreso de la República en el II Congreso Interregional del pueblo Shipibo Konibo 2009 con participantes de 140 comunidades, en que demandaron la aprobación de una ley que les permita estar representados en el Parlamento, a la vez que representantes de los pueblos Shipibo, Konibo, Ashaninkas y Aguarunas le hacían entrega de varios memoriales y pedidos sobre educación, salud, y otros a favor de los pueblos amazónicos. Demanda que ha sido también expresada en la votación de los pueblos andinos originarios del sur y centro andino (Puno, Cusco, Huancavelica, Ayacucho y Pasco) en sus representantes elegidos para los periodos congresales del 2001 al 2011, y que está reflejada de modo plural en la representación del Grupo Parlamentario Indígena de Perú.

No es coincidencia tal demanda, pues ella es parte de una tendencia diversificada y propia de los nuevos tiempos, en que dentro del contexto de globalización, “a la vez que se registra una ampliación de las fronteras de la democracia, se acentúan diversas formas de desigualdad, exclusión y conflicto. En éste contexto, la democracia se ha convertido en un terreno de disputa entre diversas perspectivas y apuestas ideológico políticas. Y uno de los temas que se hallan en el núcleo de dichos debates, es justamente el de la participación política... asistimos al surgimiento de nuevas demandas de ampliación democrática y acceso a la participación política, por parte de nuevos actores sociales constituidos en el marco del actual proceso de transformación global.

Los llamados "nuevos movimientos sociales" son, quizás, la expresión más clara de esta tendencia. Indígenas, ambientalistas, jóvenes, mujeres, homosexuales, grupos religiosos, entre otros".

En el escenario internacional en que se busca mejorar el funcionamiento democrático de las sociedades, viene ocurriendo una paradoja: desde el fin de la guerra fría, y de fines de la década de 1980 a inicios de la del nuevo siglo, no solo se está asistiendo a una expansión sin precedentes de la democracia sino de emergencia de nuevos conflictos, tanto de escala local como global, como el estallido de guerras civiles y conflictos étnico-religiosos en varios lugares del mundo.

El campo de la participación, va a recibir atención en las acciones de los Estados e instituciones civiles interesadas en la superación de las diversas formas de exclusión ciudadana, como en los esfuerzos de comprensión académica de los problemas de la democracia, la exclusión y el desarrollo. Se constituye entonces la participación en un campo de convergencia de múltiples actores sociales, interesados en hacerle frente a su propia condición de marginación y subordinación.

En los Parlamentos de varios países de América Latina, la elección de sus representantes indígenas es considerada como una parte normal de sus procesos electoral y político social. Así de la experiencia de participación indígena en países andinos tenemos: en el caso de Bolivia, su reciente resultado electoral muestra por sí sólo la importancia de la población y porcentaje indígena.

En Ecuador, desde 1996 en que el movimiento indígena viene participando en las elecciones nacionales por medio del movimiento Pachacuti, se ha formado un bloque parlamentario indígena que ha tenido un apoyo variable en las elecciones, y que no ha dejado de tener presencia en las actividades parlamentarias.

En Colombia, desde que la Constitución de 1991 reconociera la existencia de jurisdicciones indígenas, existe una cuota reservada para la elección de

representantes indígenas y son varios años en que se eligen representantes indígenas al Senado.

Para el caso de Venezuela se eligen tres representantes: uno para el noroccidente, otro para el centro, y el tercero para el nororiente, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela específicamente en el Capítulo VIII, del Artículo 119, en la cual se establece sobre el reconocimiento del estado de la existencia de los pueblos indígenas venezolanos, tanto de su organización social, política, económica, cultural, cosmovisión religiosa y el reconocimiento de su hábitat y territorio en todo el ámbito nacional.

## **2.6.- EL MONISMO JURÍDICO Y PLURALISMO JURÍDICO.**

### **2.6.1.- El Monismo Jurídico.**

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

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

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

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

### **2.6.2.- El Pluralismo Jurídico.**

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

El pluralismo de sistemas normativos puede tener su origen en una situación colonial (por la presencia de un derecho indígena o pre –colonial y un derecho impuesto), en periodos de revoluciones o cambios modernizantes (por la pervivencia del derecho anterior a la revolución o reforma junto con el nuevo); en situaciones de presencia de comercio transnacional (la *lex mercatore*, con sus propias reglas frente a los derechos nacionales); en países independientes con población indígena; en países modernos o post- coloniales, con población inmigrante o desplazada en barrios marginales de las ciudades; o por la agrupación de colectivos con base en criterios culturales, gremiales, raciales, religiosos, territoriales o de

otra índole, que han creado una normativa propia que los regula en varias esperas de la vida social y les permite resolver sus conflictos.

## **2.7.- EL DERECHO EN EL PLURALISMO JURÍDICO.**

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

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

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

aceptación del sistema -como bueno o necesario- por los usuarios.

## **2.8.- LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO.**

### **2.8.1.- Concepto.**

La costumbre es una práctica general, uniforme y constantemente repetida de una determinada conducta por los miembros de una comunidad, con la convicción de que se trata de una regla obligatoria.

En otros términos, la costumbre es un comportamiento repetido y acatado como obligatorio de una determinada comunidad.

### **2.8.2.- Elementos.**

En la costumbre jurídica se distinguen dos elementos: uno externo o material y otro interno o psicológico. Estos elementos están expresados en la fórmula romana: *Inveterata consuetudo et opinio iuris sea necessitates*.

El elemento externo o material consiste en una práctica repetida de una determinada conducta en un medio social (la *inveterata consuetudo*). En la doctrina también se le conoce con el nombre de *longaeva consuetudo*, debido a que la costumbre debe ser antigua, constante y uniforme. Sin embargo, en la actualidad este elemento es objeto de críticas, puesto hay costumbres, especialmente comerciales, de formación muy rápida.

El elemento interno o psicológico (llamado también “espiritual”, “*opinio iuris*”, “*opinio iuris necessitatis*”) consiste en la convicción común de que se trata de una práctica obligatoria que tiene la calidad de precepto jurídico. Hay el general convencimiento que es obligatorio seguir una determinada conducta, o sea, que las personas se comportan de un modo uniforme con la convicción de que así deben obrar, porque de lo contrario violan la norma y se harán acreedores a una sanción.

Las prácticas que carezcan de *opinio iuris* no tienen la calidad de costumbre desde el punto de vista jurídico. Es por ello que los actos cumplidos por cortesía, tolerancia, humanidad, etc. no son idóneos para constituir normas consuetudinarias. Por ejemplo, las donaciones que se hacen por razones de aniversarios, matrimonios, etc. no constituyen prácticas jurídicas de las cuales se deriven derechos y obligaciones.

El elemento material (repetición de actos perceptibles) y el elemento psicológico (conciencia de obligatoriedad) están unidos sustancialmente como dos aspectos del comportamiento repetido.

### **2.8.3.- Caracteres.**

Se señalan como caracteres de la costumbre a los siguientes:

- a) **Espontaneidad.** A diferencia de la ley que surge como un acto de voluntad del legislador, la costumbre surge de manera espontánea, en principio sin la convicción que se está creando una norma jurídica;
- b) **Uniformidad.** Las prácticas consisten en la repetición constante de tipos de hechos uniformes, a pesar de que no sean exactamente iguales. Un acto realizado aisladamente por una persona o grupo de personas, luego es repetido paulatina y consecutivamente de manera igual;
- c) **Generalidad.** La práctica debe ser común a todos los miembros de una comunidad. La costumbre debe ser observada por el mayor número de individuos, aunque no se exige que lo sea por la absoluta totalidad de ellos. La generalidad, bajo el aspecto geográfico, es entendida en su sentido relativo, dado que es reconocida también la costumbre regional y local, pero dentro de estos ámbitos la práctica debe ser general;
- d) **Duración.** La práctica debe tener una duración más o menos larga. La duración no es determinable a priori, sino que en cada caso concreto se establecerá si ha calado suficientemente en la vida social tal de adquirir una autoridad indiscutible;
- e) **No tiene forma.** A diferencia de la ley que se plasma expresamente y por escrito, la costumbre tiene un carácter tácito, solamente se da a conocer mediante usos repetidos.



- f) **La costumbre decae por el desuso**, mientras que la ley cesa en las condiciones que ella mismo u otra ley establecen.
- g) **Carece de seguridad**. La principal ventaja de la ley es que da seguridad y certeza al Derecho, por el contrario, la costumbre carece de las notas de seguridad y certeza.

#### **2.8.4.- Clases**

Por su difusión territorial, la costumbre puede ser general, regional o local, según se practique en todo el territorio de un país o se extienda solamente a una determinada región o localidad. En el caso peruano, nuestra realidad geográfica, política, económica, cultural y social en general exige que se respeten prevalentemente las costumbres locales, pues muchos lugares de la patria, por el estado de abandono en que se encuentran, el Derecho escrito es desconocido. Siendo ésta una realidad innegable, la costumbre en esos lugares olvidados debe prevalecer incluso contra la ley, porque en verdad resulta inmoral aplicar a esos peruanos un Derecho positivo que ignoran totalmente.

Por su relación con la ley, la costumbre se clasifica en:

**a) Consuetudo extra o praeter legem**, se llama así a la costumbre que esta fuera de la ley, pero no se opone a ella. Está en muchas legislaciones es considerada como fuente de segundo orden (después de la ley) del Derecho positivo privado, para regular acontecimientos sobre los que el Derecho escrito guarda silencio. Como no se opone a las prescripciones del Derecho escrito, tiene valor como fuente para regular las relaciones no contempladas en éste.

**b) Consuetudo secundum o propter legem** (llamada también interpretativa); se denomina así a la costumbre según ley por tener como objeto situaciones reguladas por ley. Cuando el objeto de una costumbre es regulado por ley, aquella cede el paso a esta como fuente del Derecho. Desde el instante en que el legislador disciplina una práctica consuetudinaria rige la ley y no la costumbre.

Se llama también costumbre según ley a aquella que realiza una aplicación constante de una ley en un determinado sentido, cuando la ley ofrece varios sentidos; una práctica en tal sentido no crea nuevas normas jurídicas, sino solamente interpreta la ley.

La costumbre ha servido de fuente origen de la ley, en la cual el legislador se ha inspirado para dictar el Derecho escrito, así como la costumbre interpretativa, no constituye fuente autónoma de Derecho supletorio de la ley. La costumbre adquiere el carácter de norma jurídica cuando el Estado reconoce como tal y le otorga el respaldo de la coerción.

**c) Consuetudo contra legem** (costumbre contraria a la ley) es aquella que se opone abiertamente a las normas legales, por lo que puede derogar la ley por ser perjudicial o por desuetudinem. La doctrina y la legislación prevalecientes rechazan como norma a la costumbre contra legem.

#### **2.8.5.- Valor de la costumbre como fuente.**

Las teorías sobre la mayor o menor fuerza obligatoria de la costumbre son encontradas. En las sociedades primitivas, las acciones espontáneas que se repetían uniformemente terminaron por ser obligatorias, imponiendo un modos de vida que se transmitía oralmente de generación en generación, alteraciones para no despertar la ira de los dioses (así el Derecho y la religión marchan unidos). Cuando aparece la escritura, se escribe lo que hasta el momento se había practicado, y luego con el surgimiento del Derecho codificado, esas reglas que habían perdurado por siglos son convertidas en ley, a partir de ese momento la ley pasa a ser la fuente primordial del Derecho, desplazando a la costumbre a un segundo plano. Lo dicho no quiere decir que ley y costumbre sean la misma cosa, pues muchas veces la ley no se inspira en la costumbre sino en principios ajenos a ella y otras, la ley surge, precisamente, para dejar sin efecto costumbres que crean situaciones injustas o que son contrarias a la moral o al nuevo orden impuesto.

En el Derecho contemporáneo, el papel de la costumbre es modesto, si se

lo compara con el de la ley. Sin embargo en el sistema del Derecho inglés la costumbre tiene un papel primordial. Como dice Vinogradoff: la costumbre para que se convierta en parte del Derecho inglés debe ser cierta y continua y además tener existencia desde tiempo inmemorial; además, “en los tribunales ingleses modernos la costumbre tiene que pasar también la prueba de razonabilidad: es decir, hay que demostrar que es razonable en su aplicación a las circunstancias de los casos concretos”... “Por otra parte, aunque pueda demostrarse que una costumbre tiene gran actualidad, los tribunales la repudian a veces si creen que su aplicación a las circunstancias modernas sería tan dura e inconveniente que no es razonable imponer su cumplimiento”. También por ley se puede declarar la invalidez de una costumbre anticuada que ahora resulta injusta. (PAUL, 1985)

En nuestro sistema de Derecho, la costumbre tiene distinta fuerza obligatoria en las diversas disciplinas jurídicas; en algunas de ellas, la costumbre no tiene eficacia alguna. Por ejemplo, en Derecho penal la costumbre no es aplicable en forma alguna; en esta materia impera la regla absoluta “*nullum crimen sine lege*” y “*nulla poena sine lege*”. En cambio, en el Derecho Civil la recepción de la costumbre es amplia, y en el Derecho comercial tiene una amplitud mayor.

La doctrina más generalizada rechaza el valor normativo de la costumbre *secundum legem*; admite la *praeter legem*; y coloca fuera del ordenamiento jurídico a la costumbre *contra legem*.

Para el racionalismo, la costumbre tiene validez por mandato del legislador y en la medida en que éste la admite. Con la codificación racionalista del siglo XIX se inicia la decadencia del valor normativo de la costumbre.

Para la escuela histórica encabezada por Savigny, cada pueblo tiene un espíritu propio, del cual el lenguaje, el arte, la moral y el Derecho son su resultado; la costumbre es la fuente auténtica y genuina, la piedra angular del Derecho, porque ella es producto espontáneo del espíritu popular. La codificación es un producto artificioso que se imponía a la conciencia popular. Savigny atribuía a la costumbre la máxima importancia como fuente

del Derecho, por ser el reflejo de la conciencia jurídica a popular, del espíritu del pueblo; la costumbre es la expresión externa de principios latentes que tienen que estar más de acuerdo con las nociones de justicia existentes en una sociedad determinada que las creaciones artificiales del Estado mediante la ley; las construcciones puramente racionalistas al ser puestas en contacto con realidades regidas por tendencias psicológicas distintas, suelen resultar impotentes. Sostenía esta escuela que el método más seguro de crear un Derecho positivo duradero es basándolo en cimientos proporcionados por la costumbre nacional y el uso histórico.

A la costumbre contra legem que produce el desuso de la ley se opone el principio según el cual “la ley se deroga sólo por otra ley” (art. I del Título preliminar del Código civil), por lo que jurídicamente es imposible que una costumbre derogue a una ley precedente. No obstante la claridad de la ley sobre su supremacía, no encontramos razonable que, sin ninguna otra causa, se niegue valor a la costumbre.

## **2.9. EL DERECHO CONSUETUDINARIO.**

### **2.9.1.- Concepto.**

El Derecho Consuetudinario, es aquel conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social.

El término derecho consuetudinario no es aceptado universalmente, hay quienes hablan de costumbre jurídica o legal o de sistema jurídico alternativo.

Se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en el país. Esta definición puede implicar que el derecho consuetudinario es anterior en términos históricos al derecho codificado. Así, el derecho positivo incluye elementos del derecho consuetudinario anterior, por ejemplo, el de la época feudal. El derecho consuetudinario se transforma en, o es absorbido por, el derecho positivo de origen estatal, el cual representaría una etapa superior

en la evolución del derecho.

Pero también implica que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo, cuando menos durante algún tiempo. Esta coexistencia puede significar una adaptación mutua o bien puede representar un conflicto entre sistemas legales o jurídicos. Así entran en conflicto los dos derechos cuando una legislación sobre la propiedad de las tierras contradice las normas tradicionales de distribución y usufructo de derechos agrarios en una comunidad.

Voltaire, comenta acerca de la preferencia de la consonancia entre las normas positivas y las costumbres asignando a las leyes un papel supletorio. En el Diccionario Filosófico, diría que:

*“... jamás las leyes estén en contradicción con las costumbres: ya que si la costumbre es buena, la ley es inútil”.*

La ciencia jurídica acepta que la **costumbre**, es una **fuentes del derecho**. Lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc.), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental, sería que el derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado. Esta distinción conduce a otra, también fundamental, en las sociedades complejas, con Estados, el derecho constituye una esfera bien distinta y específica del resto de la cultura y la sociedad. Puede hablarse así de derecho y sociedad como de dos ámbitos que de alguna manera se relacionan pero son autónomos. En cambio la costumbre jurídica o derecho consuetudinario en las sociedades tribales o menos complejas no constituye una esfera diferente o autónoma de la sociedad, por el contrario aquí lo jurídico se encuentra inmerso en la estructura social.

Por otra parte en las sociedades modernas no hay prácticamente ninguna esfera de la actividad humana que no esté reglamentada de alguna manera por una ley, reglamento administrativo o decreto. En cambio en las sociedades en las que prevalece la costumbre jurídica, la identificación de lo propiamente legal es tarea de investigación y definición.

Podemos decir que lo legal o jurídico, en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consiste en lo siguiente:

- 1) Normas generales de comportamiento público.
- 2) Mantenimiento del orden interno.
- 3) Definición de derechos y obligaciones de los miembros.
- 4) Reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (agua, tierras, etc.).
- 5) Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (herencia, trabajo, etc.).
- 6) Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público.
- 7) Sanción a la conducta delictiva de los individuos.
- 8) Manejo, control y solución de conflictos y disputas.
- 9) Definición de los cargos y las funciones de las autoridades públicas.

### **2.9.2.- Caracteres.**

El concepto antes esgrimido permite extraer los siguientes caracteres del Derecho Consuetudinario:

- El Derecho Consuetudinario presupone un conjunto de normas. Estas normas aluden a la costumbre jurídica de los pueblos que surgen espontáneamente satisfaciendo las necesidades de convivencia. El Derecho Consuetudinario es, en esencia, un sistema de normas nacidas justamente del fondo anímico de un agregado humano que la comparte y la acata.

- Oralidad de las normas.- Este carácter es propio al Derecho Consuetudinario ya que el conjunto de normas que la componen permanecen en el espíritu del pueblo, pertenecen a la sabiduría popular y se mantienen casi intactas en la memoria de los hombres, acuñadas en forma de refranes como muy bien advierte Dittmer.
- Observancia General.- Las prácticas sociales que constituyen la costumbre jurídica, no son usos aislados de determinados individuos que conforman un núcleo social; son, por el contrario son manifestaciones cuya observancia atañe a todos sus componentes, es más, las normas consuetudinarias son eminentemente coactivas en su doble aspecto; o acción psíquica y física; de no ser así, se estaría simplemente frente a un uso social o trato externo cuyo cumplimiento está librado a la potestad del individuo.
- Uniformidad y Permanencia en el tiempo.- Los conceptos acerca de la uniformidad y la permanencia, aluden al hecho de que las normas consuetudinarias para adquirir el sello o el carácter de tales, deben revestir un marco más o menos uniforme de comportamiento humano, debe suponer una coincidencia de actitudes de manera que, de modo uniforme norme la vida social, política de un pueblo o de varios pueblos dentro de uno o varios territorios.
- Regula los intereses públicos y privados de una colectividad.- Las normas del Derecho Consuetudinario, regulan el comportamiento humano en su doble aspecto: público y privado de ahí que, determinadas infracciones merezcan, inclusive manifestaciones de fuerza, castigos corporales, etc. Y otras que dan lugar a la coacción síquica que también una fuerte gravitación el prestigio de quienes han caído en inobservancia de aquellas máximas reguladoras del orden social.

- Se transmiten por herencia social.- Como quiera que las normas consuetudinarias son expresiones que fluyen del pensamiento popular, de las manifestaciones de la vida diaria, se mantienen nada más que en la memoria de los hombres, por consiguiente, dada la dinamicidad de la cultura son transmitidas de generación en generación por tradición oral, diremos mejor, por herencia social, es esa la razón por la que en numerosas sociedades se hallen patentes algunas formas normativas correspondientes a un derechos primitivo.



## **CAPÍTULO III**

### **LA TRADICIÓN INDÍGENA Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO PENAL.**

#### **3.1.- IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.**

Varias son las razones por la que es importante el estudio y conocimiento del derecho consuecudinario de los pueblos indígenas, en primer lugar, porque el derecho consuecudinario es considerado como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, por lo que su estudio es un elemento fundamental para mejor conocimiento de las culturas indígenas. En segundo lugar, porque junto a la lengua, el derecho consuecudinario o no constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad.

Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aun cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad. Los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuecudinario propio.

En tercer lugar, la naturaleza del derecho consuecudinario condiciona las relaciones entre dichos pueblos y el Estado, influyendo así en la posición de ellos en el conjunto de la sociedad nacional. Finalmente el derecho consuecudinario repercute en la forma en que los pueblos indígenas gozan o, por el contrario, carecen de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo lo que actualmente se llama los derechos étnicos o culturales.

#### **3.2.- DERECHO CONSUECUDINARIO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS.**

La subordinación de los pueblos indígenas al Estado colonial primero y a las repúblicas independientes después (sin olvidar el papel opresor de la iglesia) modificó profundamente las estructuras sociales y las características culturales, incluyendo, por supuesto, las costumbres jurídicas.

Nada más equivocado que la idea que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, es un conjunto de normas ancestrales, que se han mantenido inmutables desde la época pre-colonial. Si bien este derecho consuetudinario puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época pre-colonial, también contendrá otros de origen colonial, y otros más que hayan surgido en la contemporánea. En todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídicos - administrativos. Incluso, los mismos elementos pueden significar cosas totalmente distintas en contextos estructurales disímiles, de ahí que para muchos observadores el derecho consuetudinario indígena no sea más que la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera.

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas merece particular atención porque está estrechamente vinculado a otros fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, de la lengua y los valores culturales propios de la etnia. La vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la preservación y reproducción de las culturas indígenas en el continente. Y, por el contrario, su desaparición constituye, a su vez, a la asimilación y al etnocidio de los pueblos indígenas.

### **3.3.- EL DERECHO PENAL Y LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.**

La definición y tipificación de los delitos es objeto de los códigos penales. De todas maneras es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales. Por todo ello no es sorprendente que con frecuencia lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para una comunidad indígena, o por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena,

es decir, un delito en lenguaje jurídico, puede no ser reconocido como tal por la legislación penal vigente. Característica del primer tipo es actualmente la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida, tanto a nivel nacional como internacional; sin embargo, para muchos indígenas la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales. Tal es el caso de la coca en los lugares andinos y los hongos alucinógenos en México.

Característica del segundo tipo es la práctica de la brujería, aceptada y sancionada como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida como delito (ni siquiera su existencia admitida) en las legislaciones nacionales. La práctica judicial ha documentado numerosos y dramáticos casos de homicidios cometidos por causas de brujería, homicidios que son sancionados por el derecho penal nacional pero admitido como forma de hacer justicia o legítima defensa personal en el derecho consuetudinario de las comunidades.

### **3.4.- LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIVERSIDAD CULTURAL EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES.**

La cuestión de la universalidad de los derechos humanos ante las diversidades culturales que existen en el mundo, ha sido calificada como un tema que siempre ha estado presente, desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 hasta hoy, en la política, en la doctrina y en la jurisprudencia internacional, que se encuentra en el centro de los problemas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se vincula directamente con el tema del universalismo y del regionalismo en materia de promoción y protección de los Derechos Humanos y que es y ha sido tema de nunca agotadas polémicas (GROS ESPIELL, 2012).

En el ámbito internacional, en 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse", a fin de que se logre el respeto de los derechos y libertades consagrados por

ésta y "su reconocimiento y aplicación universales y efectivos". No obstante, el artículo 29° hace hincapié en los "deberes respecto a la comunidad".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue adoptado con el fin de desarrollar los derechos contemplados en la Declaración Universal. Es decir, sigue la misma línea de universalidad de los derechos humanos. No obstante, reconoce en su Art. 27° el derecho de las personas pertenecientes a minorías a “tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Por su parte, el párrafo primero de la Declaración de Viena de 1993 termina expresando de manera rotunda que “el carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas”. Y el párrafo quinto, dedicado íntegramente a la cuestión, expresa:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La Comunidad Internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y la Convención sobre los Derechos del Niño, ambas adoptadas en el seno de las Naciones Unidas, proclaman la universalidad de los derechos humanos de las mujeres y los niños, sin perjuicio de ciertas diversidades que no sean incompatibles con la esencia de los derechos ahí establecidos.

El Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) afirma la universalidad de los objetivos de la Organización, ya que la violación a los principios y objetivos declarados en el Preámbulo

constituye “una amenaza para la paz y la armonía universales”, porque “si cualquier nación no adopta un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituirá un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que desean mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”. Más tarde, la propia OIT fue la primera en redactar y aprobar convenios específicos sobre pueblos indígenas, el Convenio 107 y el Convenio 169, en donde se reconocieron una serie de derechos a las comunidades indígenas, sin perder el ánimo de universalidad que ha caracterizado a la OIT.

Entre los principales propósitos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés), está el “asegurar el respeto universal [...] a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, idioma o religión” (Art. I.1); al mismo tiempo que reconoce “la fecunda diversidad de [las] culturas” de los Estados miembros (Art. I.3).

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) no ha entrado a analizar con mayor detenimiento la cuestión de la universalidad de los derechos humanos en relación con las diversidades culturales. Pero en varios fallos, citando la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Convenciones de Ginebra de 1949 y los principios generales del derecho humanitario, ha sustentado implícitamente el carácter universal de los derechos humanos.

### **3.5.- SURGIMIENTO DEL CONVENIO 169, SOBRE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES.**

La Terminología utilizada de pueblos indígenas y Tribales.- El término “indígena” se refiere a aquellas poblaciones que conservan total o parcialmente sus propias tradiciones, instituciones o estilos de vida, que los distinguen de la sociedad dominante y que habitaban un área específica antes de la llegada de otros grupos. La OIT, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, comenzó a trabajar intensamente sobre estos temas, decidió utilizar los términos pueblos indígenas y tribales. Nos parece importante resaltar que el Convenio no define quiénes son pueblos indígenas y tribales, sino proporciona elementos para ayudar a los

gobiernos a establecer a quiénes se aplica el Convenio. Se pensó que una definición de quiénes son indígenas y tribales limitaría y privaría algunos de estos pueblos de los derechos que este Convenio les otorga. La decisión de utilizar el término "pueblos" en lugar de "poblaciones" fue el resultado de largas discusiones y consultas dentro y fuera de las reuniones. Se acordó finalmente que el único término correcto era el de "pueblos", ya que éste reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, en lugar de simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales.

**1921:** La OIT, realiza estudios acerca de las condiciones de los trabajadores de los pueblos indígenas y en particular sobre el trabajo forzoso de las poblaciones nativas en las colonias.

**1930:** Se adopta el Convenio sobre el trabajo forzoso, que establecen normas que permiten el desarrollo de las actividades a favor de las poblaciones indígenas y tribales.

**1952-72:** Bajo el liderazgo de la OIT, en un esfuerzo multi-agencial, se inicia el programa indigenista Andino en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, y Venezuela cubriendo unos 250.000 indígenas.

**1953:** La OIT, publica el libro: "Poblaciones Indígenas, condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones aborígenes en países independientes".

**1957:** Se adopta el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (Num. 107), ratificado por 27 países.

**1986:** La reunión de Expertos de la OIT, recomienda la revisión del convenio número 107.

**1988-89:** Se revisa el convenio número 107, por la Conferencia Internacional del Trabajo.

**1989:** Se adopta el convenio número 169, Sobre los pueblos indígenas y Tribales por la Conferencia Internacional del Trabajo.

### **3.6.- CRITICAS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS AL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO 169.**

Una serie de críticas constantes realizan las comunidades indígenas al Estado, ya que no le resuelven sus necesidades básicas las cuales mencionaremos, la falta de una política bien definida de mantener y conservar el derecho consuetudinario de los indígenas.

- 1) Combatir el crecimiento de analfabetismo.
- 2) Combatir la desnutrición de los niños indígenas.
- 3) Participación de los grupos indígenas en el proceso socioeconómico, respetando sus principios, valores y formas de vida.
- 4) Uso y distribución de sus tierras y manejo de sus recursos naturales.
- 5) Derecho a profesar sus propios cultos.
- 6) La adjudicación por parte del Estado de tierras aptas para cultivo.
- 7) Derecho a una educación a los pueblos indígenas.
- 8) Realizar brigadas permanentes de salud, como la necesidad de construir centros de salud.
- 9) Mejorar las vías de acceso a sus comunidades.
- 10) Promover y preservar su patrimonio cultural, y arqueológico.
- 11) Solventar la problemática de la usurpación de las tierras por parte de los terratenientes.
- 12) Crear una comisión de análisis y seguimiento encargada de discutir y resolver los problemas indígenas.
- 13) Evitar que los dueños de los aserraderos, se dedican al corte ilegal de madera, sobre sus tierras, afectando sus recursos naturales etc.

### **3.7.- ESENCIA PRINCIPAL DEL CONVENIO 169, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES.**

Es un instrumento legal, con carácter obligatorio, para aquellos países que lo ratifican. Empero, antes de ser ratificado el mismo sirve como una guía de acción para los gobiernos. Es el instrumento internacional más completo y actualizado sobre las condiciones de vida y trabajo de los pueblos indígenas y tribales. Sin embargo, fue necesario revisarlo a mediados de los años 1980, en respuesta a la creciente crítica debido a su enfoque paternalista e integracionista. Hasta junio de 1996, el Convenio ha sido ratificado por diez países, a saber, en orden de ratificación, Noruega, México, Bolivia, Perú, Colombia, Costa Rica, Paraguay, Honduras, Dinamarca y Guatemala. El Convenio 169, está destinado a otorgar protección, pero partía de la idea de que el problema de las poblaciones indígenas y tribales desaparecería a medida que estas poblaciones se integraran a las sociedades. Sin duda otorga una protección importante que no se encuentra en ninguna otra instancia normativa internacional, salvo que se haya ratificado el Convenio núm. 169. El nuevo Convenio, promueve el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Manteniendo su propia identidad, sus propias estructuras y sus tradiciones. Asimismo se funda en el principio de que estas estructuras y formas de vida tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado. Este instrumento también asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en el que habitan.



## CAPÍTULO IV

### EL DERECHO CONSUETUDINARIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

#### 4.1.- EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PLURALISMO EN EL PERÚ.

En el Perú existe una situación de pluralismo cultural, lingüístico y legal, como ahora lo reconoce la Constitución Política de 1993. Históricamente, la falta de respeto del pluralismo cultural y legal se ha traducido en diversas formas de marginación y represión de la diferencia, incluyendo la ilegalización de los sistemas normativos indígenas/campesinos y de colectivos urbano-marginales, la criminalización de prácticas culturales distintas a los referentes del derecho oficial, y la represión de autoridades indígenas y comunales que administran justicia de acuerdo a sus normas, valores y principios.

La introducción de los artículos 2°, 19° y 149° en la Carta de 1993, y la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el mismo año, posibilitan superar el modelo etnocéntrico y monista sustentado por las constituciones republicanas, y construir un modelo constitucional pluralista. El reconocimiento de la diversidad cultural (artículo 2°,19) quiebra la idea del Estado-Nación tal como se entendía desde la fundación republicana, es decir que el Estado representaba a una nación, en el sentido de un pueblo homogéneo, con una identidad, cultura, idioma, religión. El reconocimiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades de pueblos y comunidades indígenas/campesinas, dentro de su ámbito territorial, y siguiendo su propio derecho consuetudinario -y no el estatal- (artículo 149° de la Constitución y los artículos. 2b, 8,2, en 9,1 del Convenio 169) quiebra el modelo de monismo jurídico y constituye la base de un pluralismo legal interno, sólo bajo el marco de los derechos humanos.

El **Artículo 149°** de la Constitución de 1993 señala:

“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.”

El Convenio 169 de la OIT establece, entre otras disposiciones:

**Art. 8, 2:** Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

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

No obstante estos importantes cambios normativos, desde 1993 a la fecha, la Judicatura no ha aplicado el artículo 149° de la Constitución, el Ejecutivo no ha desarrollado políticas públicas al respecto, y el Parlamento no ha emitido normas de desarrollo Constitucional consultadas. Ha habido una suerte de “letargo” en el tema por la militarización de las comunidades (a raíz de la estrategia contrainsurgente y como mecanismo de control político), la cooptación de las instituciones, como el Poder Judicial, y una falta de articulación de propuestas desde la sociedad civil.

Existen escasas propuestas de desarrollo para el análisis del artículo constitucional del artículo 149° de la Constitución y el Convenio 169 de la OIT en lo que respecta al pluralismo legal.

#### **4.1.1. Las propuestas de desarrollo constitucional del artículo 149°.**

Entre propuestas referidas al desarrollo constitucional del artículo 149° de la Constitución hay dos pronunciamientos de organizaciones amazónicas (1997), una propuesta de ley elaborada por las Rondas Campesinas en dos congresos de (versión del 2001, que reemplaza a la versión del 2000), cuatro proyectos de ley presentados por congresistas durante el período parlamentario 2000-2001, y uno en el período parlamentario anterior; dos propuestas del Poder Judicial (1997 y 1998), y uno de la Defensoría del Pueblo (2000) pero éste más bien referido a derechos de los nativos ante la justicia estatal.

#### **4.1.2.- Propuestas de las Rondas Campesinas.**

En varios encuentros, uno regional (Bambamarca, Cajamarca: octubre 2000) y otro nacional (Chocas, Lima: marzo 2001) las Rondas Campesinas han empezado a hacer públicas sus propuestas para la adecuación del Convenio 169 y el desarrollo constitucional del artículo 149° de la Constitución, que a su vez incida en la modificación de la ley de Rondas Campesinas 24571 de 1986 que sólo les reconoce algunas funciones. En Bambamarca, en el I Encuentro regional que realizaron luego de varios, unos 250 delegados de distintos puntos del país discutieron el tema y elaboraron una propuesta de ley que fue revisada en Chocas por casi 300 delegados, también de distintos puntos del país. En sus propuestas las Rondas buscan incorporar lo que más les beneficia de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT, tratando de atender a la realidad y a las demandas y aspiraciones de sus bases. Dichas propuestas incluyen normas referidas exclusivamente a las rondas campesinas, otras a la jurisdicción especial (no sólo para rondas) y otras normas varias. Entre las propuestas centrales están: el reconocimiento de personalidad jurídica y funciones de gobierno local a las Rondas Campesinas que constituyen la autoridad comunal donde no hay comunidades campesinas ni nativas, a fin de que se les aplique, en tanto correspondan, los derechos reconocidos a las mismas. En cuanto a la Jurisdicción Especial (JE), ésta es ejercida por los pueblos indígenas así como por las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas. Las decisiones de la Jurisdicción Especial

constituyen cosa juzgada y son de cumplimiento obligatorio para el Estado y particulares. Son registrables ante los Registros Públicos cuando corresponda.

La Jurisdicción Especial se rige según su propio derecho consuetudinario. La Jurisdicción Especial tiene competencia para ver todas las materias dentro de su ámbito territorial. Se establecen relaciones de coordinación con las autoridades de la Jurisdicción Ordinaria y otras autoridades estatales. La Jurisdicción Especial puede solicitar el auxilio de la fuerza pública cuando lo vea conveniente.

En el caso de presunta violación de los derechos humanos por la Jurisdicción Especial, un tribunal mixto compuesto tanto por jueces ordinarios como por autoridades comunitarias debe resolver el conflicto bajo reglas de equidad. Así mismo incorporan otros temas como el seguro campesino gratuito, la exoneración de las multas por no canjear a tiempo la libreta militar (que es un grave problema entre los jóvenes del campo pues las multas equivalen a casi un salario mensual), y reivindicaciones simbólicas como la declaración del caserío de Cuyumalca como cuna histórica de las Rondas Campesinas.

#### **4.1.3.- Proyectos de Ley presentados ante el Congreso**

Actualmente hay cuatro proyectos de ley que hacen referencia al artículo 149° de la Constitución Política. Uno se refiere en general a los derechos de las comunidades campesinas y nativas y toca en un artículo el tema de la jurisdicción especial. Otro a las garantías de los indígenas ante la justicia estatal y también toca apenas la jurisdicción especial. Y los otros dos buscan regular el tema de las Rondas Campesinas y su competencia para administrar justicia.

### **4.2. ACTUALIDAD DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN EL PERÚ.**

#### **4.2.1.- Las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas**

En el Perú existen 72 etnias (7 ubicados en el área andina y 65 en el área amazónica), las cuales se agrupan en 14 familias lingüísticas indígenas.

Los grupos étnicos caracterizan a la población indígena o a los pueblos indígenas de nuestro país, que, a 1993, ascendían aproximadamente a

7'805,193 pobladores (representando aproximadamente el 35% de la población total nacional), distribuidos de la siguiente manera: campesinos 7'505,975 (96.2 %) y nativos 299,218 (3.8 %).

Los pueblos indígenas del Perú están organizados mayoritariamente en 5,666 comunidades campesinas -andinas y costeñas- reconocidas y 1,265 comunidades nativas -amazónicas- inscritas. De acuerdo a la misma fuente, las comunidades campesinas ocupan una extensión superficial de 16'706,952.7557 has. y agrupan aproximadamente a 1'041,587 familias. Las comunidades nativas ocupan una extensión superficial de 9'269,332.3145 has y agrupan aproximadamente a 45,791 familias.

#### **4.3.- MARCO LEGAL DEL DERECHO CONSUETUDINARIO COMUNAL.**

El primer reconocimiento a una población indígena para que solucione ella misma sus conflictos aplicando su Derecho Consuetudinario se realizó en el año 1978, mediante el artículo 19° de la Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, vigente hasta la actualidad, al disponer que:

**“Artículos 19.-** Los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen entre los miembros de una Comunidad Nativa, así como las faltas que se cometan, serán resueltas o sancionadas en su caso, en forma definitiva por sus órganos de gobierno.

En los procesos civiles y penales los Tribunales Comunes o Privativos, según sea el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades.”

Por su parte, en la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, del año 1987, no se reconoció a tales comunidades la facultad o posibilidad de solucionar ellas mismas sus conflictos aplicando su derecho consuetudinario. Sólo existe una declarativa mención a la obligación estatal para respetar y proteger los usos, costumbres y tradiciones de la Comunidad, propiciando el desarrollo de su identidad cultural (Art. 1°, literal. d). Apenas se facultaba a su Asamblea General para constituir rondas campesinas (Art. 18°, literal k) y proponer candidatos ante

la autoridad competente para los nombramientos de Jueces de Paz no Letrados dentro de su comunidad (Art. 18º, literal m). Lo anterior significaba que únicamente se seguiría aplicando el derecho moderno. Así:

“Artículo 18.- Son atribuciones de la Asamblea General:

(...)

k) Constituir, cuando lo considere necesario, Rondas Campesinas, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 24571;

(...)

m) Proponer candidatos a la autoridad competente para los nombramientos de Jueces de Paz no Letrados, Gobernador y Teniente Gobernador en su jurisdicción.”

#### **4.4.- MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO CONSUECUDINARIO COMUNAL.**

En la misma línea del reconocimiento de los mecanismos tradicionales de justicia de los pueblos indígenas, con la Constitución Política del Perú de 1993, se reconoce el carácter pluriétnico y pluricultural de la nación peruana (Art. 2º, inc. 19), elevando a la categoría de derecho fundamental el derecho a la identidad étnica y cultural, que a su vez funda y sostiene el derecho “al propio derecho”, (SÁNCHEZ BOTERO , 2001), expresado a través el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena, previsto en el artículo 149º de la Constitución Política del Perú, que señala: “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 las personas.

La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

Resulta innegable que la disposición contenida en el artículo 149º de la disposición constitucional peruana, ha recibido una influencia notoria del artículo 246º de la Constitución de Colombia de 1991, tal como se aprecia:

“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 las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

#### **4.5.- EL CONCEPTO DE PUEBLO INDÍGENA Y LAS COMUNIDADES.**

En forma pareja al reconocimiento constitucional de las funciones jurisdiccionales para las comunidades campesinas y nativas, en el año 1993 el Estado peruano ratificó el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que introduce el concepto jurídico de pueblos indígenas, indicando que:

“Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

(...)

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

#### **4.6.- EJERCICIO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO COMUNAL.**

Adicionalmente, debe señalarse que la distinta regulación de las comunidades campesinas y nativas no se basa en la simple diferencia de que las primeras están ubicadas en la Costa y Sierra, mientras que las segundas en la Selva amazónica. A partir de la ubicación geográfica se gestan una serie de características propias que van a determinar una

aplicación diferente del pluralismo jurídico, aparte del hecho que su denominación ha respondido a una idea de clase social antes que de grupo étnico.

De esta manera, en cuanto a las poblaciones indígenas de la Selva debe precisarse que, algunos grupos étnicos viven totalmente aislados de la cultura nacional; otros tantos tienen contactos esporádicos con el resto de la sociedad; un grupo mayoritario mantienen comunicación permanente con el mundo occidental, han perdido su autonomía económica pero mantenían sus costumbres tradicionales; una cantidad significativa son consideradas aculturadas pues han sido asumidas en gran parte por los elementos de la cultura dominante; y un número equivalente son considerados como culturalmente desintegrados, al haber perdido su identidad étnica por su inadecuación a las nuevas condiciones de vida.

#### **4.7.- LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO POR LOS JUECES DE PAZ.**

En cuanto a la competencia de los jueces de paz, algunos autores han clasificado los conflictos sociales que conocen éstos órganos jurisdiccionales comunitarios, de la siguiente manera: conflictos de parejas, conflictos de vecinos, conflictos económicos, conflictos familiares y conflictos incidentales. (PASARA, 1979)

Para otros, los conflictos que conocen los jueces de paz, serían los siguientes: conflictos sobre asuntos de familia (separación de convivientes, alimentos régimen de visitas, tenencia de menores, etc.); conflictos sobre violencia familiar; infracciones penales y pleitos entre vecinos y familiares (agresiones físicas, hurtos de ganado, ofensa e injurias, propuestas deshonestas, chismes, celos, etc.); conflictos patrimoniales (incumplimientos de contratos, deudas pecuniarias, problemas de tierras, etc.). (LOBATÓN, 1999)

Los asuntos antes mencionados son resueltos por los Jueces de Paz aplicando el Derecho Consuetudinario, y “según su leal saber y entender”, a través de una actuación esencialmente conciliadora, levantando actas en las que conste la fórmula de solución propuesta y los acuerdos adoptados



por las partes (que suelen llamar como “arreglos”, “transacciones”, “actas de conciliación”, “acta de comparendo”, etc.), no existiendo una identificación precisa del contenido de sus actuados con la denominación de la fórmula jurídica empleada.

Las limitaciones a las facultades conciliatorias de los jueces de paz se encuentran en el artículo 67° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 9° de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley N° 26872), que expresamente le prohíben conciliar en asuntos referidos al vínculo matrimonial, nulidad o anulabilidad de actos jurídicos o contratos, declaratoria de herederos, derechos sucesorios, testamentos, derechos constitucionales, hechos referidos a la comisión de delitos y faltas y asuntos de familia, a excepción de las pretensiones que versen sobre alimentos, régimen de visitas y violencia familiar.

Finalmente, se puede señalar que uno de los rasgos distintivos de la jurisdicción de paz es que se trata de una forma de justicia comunal. Ello porque la inserción de los jueces de paz en el ámbito local está signada por su pertenencia al mismo universo de cultura y valores de la población que acude al juzgado buscando su intermediación en el conflicto (Los jueces de paz son por lo general legos en derecho, siendo su ocupación campesinos, comerciantes o maestros).

Además, la naturaleza comunal de la justicia de paz implica que la mayoría de causas en que ésta interviene se producen entre personas relacionadas con vínculos estables, los cuales desean preservar. La característica comunal de la jurisdicción de paz se evidencia en la utilización permanente que los titulares de ésta hacen de estrategias de resolución de conflictos basadas en medios conciliatorios, “arreglos” y “acuerdos” entre los litigantes. (SILES, 1999)

#### **4.8.- SOBRE PUEBLOS E INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.**

Algunos instrumentos jurídicos creados entre los Estados pueden contener una parte de las legítimas aspiraciones del movimiento indígena, no obstante, debe recordarse que se trata de expresiones limitadas por el contexto en que son generadas: una asamblea de representantes estatales

cuyos acuerdos, desacuerdos y transacciones se expresan en tales documentos. Algunos de esos productos han sido abiertamente contrarios a los derechos históricos de los pueblos indígenas, tal como lo fue el Convenio 107 de la OIT, del año 1957. Con el Convenio 169 retornó a la legislación peruana el término “indígena” y tienen asiento formal entre nosotros- los conceptos de "pueblos indígenas", es también una “parte del derecho nacional” según nuestra Constitución.

El Convenio 169. “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes”, es el instrumento internacional que se refiere directamente a los derechos de los pueblos indígenas y que como hemos dicho reemplazó al Convenio 107.

Este Convenio se aplica “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (Art. 1-b). De manera que, el “descender de poblaciones” es el elemento desencadenante de los derechos.

De esta manera, en la redacción se emplea con abundancia palabras poco prescriptivas como “deberán tener”, “siempre que haya lugar”, “los gobiernos deberán”, “siempre que éstas no sean incompatibles”, “en la medida que ello sea compatible”, “siempre que sea posible”, “siempre que sea viable”, “en la medida de lo posible”... conforme a la estrategia de su artículo 34º: “la naturaleza y el alcance de las medidas que adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Lo que facilita una interpretación igualmente abundante, “flexible” y normalmente desfavorable a los indígenas.

Otro rasgo general del texto es que el pueblo indígena aparece como un sujeto pasivo con relación al Estado. Por la técnica empleada y el origen del Convenio, el sujeto al que se dirige es al gobierno del Estado el cual

deberá “tomar medidas”, “aplicar”, “consultar”, “reconocer”, “proteger”, etc. Es decir, las disposiciones se refieren a lo que los “gobiernos” deben hacer o dejar de hacer con relación a los derechos allí descritos, lo cual resta capacidad de acción a los supuestos beneficiarios pero corresponde bien a la idea del establecimiento de las obligaciones y responsabilidades de los Estados respecto a los pueblos indígenas. Si los Estados que crearon el Convenio le quieren llamar de “el derecho de los pueblos indígenas”, ese es otro asunto. Pero no queda duda de la importancia que ese Convenio significa en la dirección correcta del reconocimiento de los derechos de los indígenas como pueblos. De manera que, un juicio sobre el Convenio- si reconoce sus debilidades- debe admitir que posibilita un amplio margen de acción que habría sido imposible antes de su ratificación Y que, ha servido a muchos de los avances en las legislaciones nacionales.

Uno de los elementos más destacados es que el Convenio 169 se aplica a los pueblos indígenas “cualquiera que sea su situación jurídica”, es decir, a pesar que aquí en el Perú estén fragmentados en minúsculas propiedades o súper-divididos en miles de personas jurídicas llamadas “comunidades campesinas o nativas”. Tal condición jurídica no supedita (limita, excluye o define) las disposiciones del Convenio. Por ejemplo, si los indígenas yaneshas, piros. Shipibos, etc., se reconocen como miembros de un pueblo y hacen valer la “conciencia de su identidad indígena” a la que alude el Convenio 169, esa decisión no puede ser trastocada para concebirla limitada o agotada o excluida por una “conciencia de pertenencia a una comunidad nativa”. La comunidad es un grado menor de identidad que el pueblo indígena y este es un escaño menor a la identidad nacional. Cada una de ellas no resume alas otras o las elimina sino las complementa. La identidad indígena es la clave para definirse en el entorno del Convenio, sea cual fuere la condición jurídica en la que el pueblo se halle en el sistema nacional.

Por otra parte, el Convenio establece para varias situaciones un “derecho a la consulta”: (los gobiernos deberán) “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas

o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (artículo 6°.1.a). Esas consultas “deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias” (artículo 6°.2). Por ejemplo, se “deberá consultar a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad” (artículo 17°.2)

Asimismo, puede ocurrir que tratándose de comunidades desplazadas por violencia política “cuando el retorno no sea posible” “dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles” (¿y en los no posibles?) tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente...” (artículo 16°.4) El Convenio prevé además, indemnización por las tierras en dinero o “especie”. Claro que, por ejemplo, el pago en especie es cuestionable en el Perú.

Ahora bien, en el Convenio se sostiene que: "la utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido que tenga implicancia alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (artículo 1.3). Es decir, que los pueblos indígenas del Convenio no son pueblos en el derecho internacional. Algo así como que las mujeres, los trabajadores, los niños y demás, alguna vez protegidos por algún instrumento normativo internacional, resultaran negados "en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse ha dicho término en el derecho internacional". Un contrasentido absoluto que el Convenio precisa: "La aplicación de las disposiciones del presente Convenio (entre ellas la de que los pueblos indígenas no lo son en el derecho internacional) no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales” (Artículo 35). En resumen, únicamente los derechos que contiene el propio Convenio 169 de la OIT: no son tales en el derecho internacional por virtud (y defecto) del propio Convenio.

Esa situación se explica por el estatalismo que predomina en la producción del derecho internacional. Los Estados tienen como telón de fondo la idea

que todos los pueblos son Estados en gestación y no desean darles herramientas para su nacimiento. Asunto que se aprecia como una lucha de los fantasmas para-estatales entre sí. A menos que el Convenio 169 pueda probarnos o que los indígenas no tienen pueblos -jurídicamente hablando- o que los convenios internacionales se refieren a “pueblos” siempre que no sean indígenas o que los pueblos indígenas no existían en el derecho internacional antes de su ratificación, esa disposición es nula. La disposición que pretende invisibilizar los derechos allí contenidos en sus efectos sobre el derecho internacional no tiene sustento alguno, excepto en la propia contradicción del Convenio. No obstante, al menos tenemos un embrión de derechos de los “pueblos indígenas” como son entendidos por los Estados que lo ratifican.

El derecho de los pueblos ha sido ampliamente aceptado en las normas de derecho internacional. No obstante, no existe unanimidad respecto a que se define exactamente como “pueblo” o “pueblos”. El problema radica en el derecho de la libre determinación pues, así como ese principio se alegó para lograr la independencia de los pueblos coloniales, también es alegado por los Estados para mantener su unidad territorial.

Los pueblos son el eje de la Carta de las Naciones Unidas parece entenderse que comprende ampliamente a las naciones y a los Estados. De hecho las minorías étnicas y nacionales, los países con colonias y los Estados que mantenían otros pueblos en su interior eran tocados por el mismo concepto. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) no menciona el derecho a la libre determinación de los pueblos. En tanto que, la Carta sí lo hace.

Los dos Pactos de Derechos Humanos del año 1966, de derechos civiles-políticos y de derechos económico-culturales refirieron idéntico principio en el artículo primero:

1. todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales sin perjuicio de las obligaciones... En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto... promoverán el derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas". En estos casos, el principio de autodeterminación de los pueblos aparece sin condición alguna, sin recorte "político".

En contraste a los Pactos, en el año 1970 la "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y al a Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", admite que "todos los pueblos tienen derecho a determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política..." y simultáneamente que "Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color...".

De manera que, encontramos en la producción internacional de instrumentos y declaraciones dos posturas: en una parte están aquellos que definen a los pueblos y la libre determinación definida y ampliamente, y de la otra, aquellos que la mediatizan y subordinan al "derecho a la conservación" de la unidad y territorio de los Estados. El Convenio 169 sigue esta segunda tendencia, pues precisamente, entre "los derechos que pueda conferirse" a los "pueblos" en el derecho internacional figura el de la libre determinación.

#### **4.9.- LA REFORMA DEL ESTADO EN AMÉRICA LATINA Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA.**

Al menos parte de las demandas indígenas antes referidas ha ido encontrando en los últimos años acogida en los ordenamientos jurídicos de los Estados de la región. Diversos estados han elevado a rango constitucional los derechos tanto individuales como colectivos de los pueblos y de las personas indígenas. Entre ellos destacan Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), El Salvador (1992), Guatemala (1992), México (1992, 2001), Paraguay (1992), **Perú (1993)**, Argentina (1994), Bolivia (1994) y Ecuador (1994, 1998). Por otro lado, en la mayor parte de los países de la región se han aprobado en el mismo período legislaciones que regulan la naturaleza y alcance de los derechos de los pueblos indígenas. A través de estas reformas se ha reconocido el carácter multiétnico y pluricultural de los Estados, incluyéndose normas relativas al derecho de los indígenas, a la mantención y desarrollo de sus lenguas y culturas, al reconocimiento de las comunidades indígenas, de su personería y capacidad legal, a los derechos de los indígenas a la tierra (o a sus territorios) y a los recursos naturales. Excepcionalmente se han reconocido además los derechos de los indígenas a la autonomía en sus asuntos internos (Nicaragua, Colombia, México (2001)). Algunas de estas constituciones (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú) han reconocido, en mayor o menor medida, las costumbres jurídicas o “derecho consuetudinario” indígena, estableciendo normas para su consideración por el derecho estatal y/o para su desarrollo a través de sistemas de jurisdicción indígena.

Entre las reformas más interesantes en este último ámbito, se encuentran las de Colombia, **Perú**, Bolivia, Ecuador y México.

#### **4.10.- PRINCIPIOS FUNDANTES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA.**

El carácter pluriétnico y pluricultural de los estados y las sociedades que la componen es establecido en los ordenamientos constitucionales de estos países como el fundamento principal del reconocimiento de derechos particulares a los pueblos, comunidades indígenas y a quienes los integran,

así como de sus “costumbres” o “derecho consuetudinario”, y de la “jurisdicción especial” de sus autoridades para la resolución de conflictos. Así en Colombia (1991) “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (artículo 7°); en Perú “el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación” (artículo 2° inc. 19); Bolivia (1994) se reconoce como un estado “...libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural...” (Art. 1); Ecuador (1998) se reconoce en términos similares como “...un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico.” (Art. 1); y México (2001) declara que “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” (Artículo 2°).

A esta fundamentación se agrega en el caso de México (2001) el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, derecho que “se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional.” (Artículo 2). La misma Constitución establece el derecho indígena como criterio para la definición de las comunidades indígenas al establecer que “son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquéllas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.” (Artículo 2).

#### **4.11.- CONTENIDOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.**

Conviene detenerse en la revisión de los textos constitucionales a través de los cuales se da reconocimiento al derecho indígena y a la jurisdicción especial de las autoridades indígenas:

En el caso de Colombia (1991) el artículo 246° dispone: “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”.

**La Constitución de Perú (1993)** , establece en su 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”.

La Constitución de Bolivia (1994) dispone en su artículo 171°: “Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

El estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

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

La Constitución de Ecuador (1999) señala en su artículo 191°: “El ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

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

#### **4.12.-COSTUMBRES DE COMUNIDADES NATIVAS EN PAÍSES SUDAMERICANOS.**

##### **A.- ONAS**

- Los Onas y Haush consideraban graves delitos la invasión de su territorio o el robo de una mujer, también el abandono del hogar por parte de la mujer, todo ello daba derecho a la muerte de los inculpadors
- También era delito el incesto, por eso buscaban esposa en territorio de otra familia. Existía la expresa prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo linaje.
- Las mujeres que se negaban a obedecer las órdenes de sus maridos eran apaleadas o atacadas a flechazos. Con respecto al adulterio la mujer era siempre inocente, ya que de acuerdo a la concepción, sólo había obedecido lo que le había ordenado otro hombre, razón por la cual la venganza era ejercida sobre el seductor. Pero no debemos pensar que las mujeres eran sumisas ni resignadas trabajadoras, en caso de necesidad eran quienes alimentaban a sus familias con paces, moluscos o plantas que ellas mismas recogían, o cazaban guanacos con la ayuda de perro.
- La muerte natural y las enfermedades eran atribuidas a hechiceros (Pagano), mataban a los prisioneros de guerra y también a los que revelaban los secretos del Hain a las mujeres.

##### **B.- Araucanos.**

- Los Araucanos practicaban el aborto frecuentemente, también el infanticidio ahogando al recién nacido, sin considerarlo delito. Tampoco lo eran el parricidio y el uxoricidio, pues en ambos se había

derramado la propia sangre. Tampoco consideraban transgresión el suicidio o el intento de suicidio.

- Las mujeres solteras podían tener libertad sexual pero el adulterio era castigado como si fuera un robo, ya que permitía que el seductor se apropiara de los secretos del marido al violar el tabú de la mujer casada. Las viudas debían esperar un año para volver a contraer nuevas nupcias. Pero si transgredían esta prohibición eran muertas junto a su nuevo hombre.
- El homicidio era considerado un grave delito y se penaba con la muerte del victimario más la venganza privada y colectiva sobre la parentela.
- Con respecto al delito de lesiones, aplicaban la ley del Talión.
- El cacique hacía a las veces de juez, y de acuerdo al fallo recibía los bienes de la parte perdedora para indemnizar a la otra.
- No se consideraba delito la prostitución ni la paidofilia, eran indiferentes ante el bestialismo. La violación y el estupro no tenían mayor impacto social, ya que la mujer era considerada un objeto de propiedad, así eran separados materialmente según un precio convenido, pero si el ofensor no lo hacía se desataba la venganza. La mujer podía ser azotada como medida de corrección. Si quedaba embarazada se le practicaba un aborto y si moría no existían consecuencias penales.
- El robo era severamente castigado, si el ladrón era sorprendido se le podía dar muerte.
- Esclavizaban a los prisioneros de guerra pero se los trataba con humanidad.
- Se castigaba tocar los árboles sagrados, comer sesos o carne de la región cervical de animales terrestres, o carne de los acuáticos.

### **C.- Guaraníes**

- Practicaban el aborto, aunque no frecuentemente mediante medios físicos, con fuertes presiones y masajes sobre el vientre.

- Efectuaban el infanticidio, pero solo en casos de recién nacidos no viables, como malformaciones, pero también en el caso de mellizos del mismo sexo.
- Eran ilícitas las relaciones sexuales prematrimoniales.
- Se practicaba la poligamia, pero solo para los hombres más destacados de las tribus. La razón para practicarla era que así se respetaba la abstinencia durante la menstruación y el embarazo.
- El adulterio de la mujer se castigaba con la pena de muerte.
- Los viudos se cortaban el cabello durante el luto, y mientras lo tuviera así debían abstinencia sexual.
- Creían que retener o guardar el cabello de alguna persona daba poder sobre ella.
- Ejecutaban a sus prisioneros abriéndoles el cráneo con el takapé.

#### **D.- Calchaquies o Diaguitas**

- El homicidio era uno de los delitos más frecuentes en la nación diaguita.
- Practicaban el infanticidio de los niños nacidos deformes, los hacían estrellar contra las piedras, como en la Europa de los Espartanos.
- Eran muy crueles con los enemigos, el prisionero de guerra era torturado, decapitado y ofrendado al sol, también torturaban a las prisioneras mujeres.
- Penaban la cohabitación de los habitantes solteros.
- Consideraban que era un delito muy grave el que se cortara el pelo, y vengaban esta ofensa con la muerte del causante (en el cabello creían que se escondía la fortaleza, el poder o la virtualidad).
- Un aspecto importante era la gran influencia que tenían del derecho Penal Incaico.

## **CAPITULO V**

### **ANALISIS DE LA SENTENCIA CASO BAGUAZO**

#### **5.1.- LAS MÚLTIPLES DIMENSIONES DE LA SENTENCIA.**

El 22 de setiembre de 2016 la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Bagua absolvió a todos los acusados de asesinar a los policías en la Curva del Diablo y otros delitos como lesiones graves, motín, entorpecimiento de servicios públicos y fabricación de armas.

La sentencia tiene varias dimensiones muy positivas, desde el aspecto político, resaltando el derecho a la protesta y cuestionando el rol del Ministerio Público en los conflictos sociales, hasta el análisis de la problemática indígena y la difícil relación que con ella ha entablado el Estado peruano. La Sala desarrolla una reflexión sin precedentes sobre los retos que implica la administración de justicia en un contexto intercultural.

Es verdad que la sentencia debe ser entendida dentro de un contexto más amplio de apertura a la interculturalidad que existe en el Poder Judicial, pero consideramos que todavía en muchos sectores del mismo existe honda desinformación respecto a las diferencias culturales. Ante el desconocimiento, una tentación peligrosa sería caer en una perspectiva relativista, por la cual la justicia estatal simplemente debería abstenerse de intervenir cuando en los pueblos indígenas se producen infracciones a la ley penal aún en el caso de que se estén vulnerando derechos fundamentales. Esa, sin embargo, es una perspectiva muy distinta a la que maneja la Sala de Bagua.

Por todo ello, creemos que la sentencia sobre la Curva del Diablo debe ser objeto de análisis detallado por parte de los magistrados, fiscales e integrantes del Poder Ejecutivo y también por parte de las organizaciones campesinas y nativas, con la finalidad de construir un diálogo intercultural y promover los derechos fundamentales de sus integrantes. (ARDITO, 2002)

### **5.1.1.- la dimensión política.**

#### **5.1.1.1.- Enfrentando la criminalización de la protesta.**

Uno de los aspectos más interesantes e inesperados de la sentencia ha sido el contraste con la manera cómo el Estado peruano ha venido abordando las protestas sociales.

Efectivamente, durante el siglo XXI, los sucesivos gobiernos democráticamente elegidos han rechazado de manera tajante las protestas de los sectores populares, coincidiendo con la actitud de los grupos de poder económico y los medios de comunicación conservadores. (GUEVARA, 2009)

Resulta interesante constatar que en los años noventa las protestas contra el régimen de Fujimori tenía una imagen positiva en ambientes políticos, pues eran vinculadas a la defensa de los valores democráticos. En esas protestas participaban muchos sectores urbanos, especialmente universitarios y profesionales, frente a los cuales la policía no ejercía violencia letal.

Durante los gobiernos de Toledo, García, Húmla y Kuczynski las protestas son diferentes: en ellas participan los sectores populares opuestos a proyectos mineros o petroleros, determinadas medidas que tiene impacto económico o una situación generalizada de pobreza, abandono o corrupción.

El discurso estatal considera las marchas, manifestaciones, bloqueos de carreteras y otras formas de protesta como una manifestación de inestabilidad, una amenaza frente a las inversiones o una expresión ideológica. A veces, esta percepción también ha estado presente en algunas agrupaciones políticas y sectores que participaban en las protestas contra el autoritarismo de Fujimori.

En realidad, el libre ejercicio del derecho a la protesta es una de las características de una sociedad democrática, por lo que hubiera sido esperable que con la caída de Fujimori, más personas se sintieran libres para expresar sus discrepancias. Quienes rechazan su ejercicio en nombre de las inversiones o la estabilidad pretenden una sociedad donde no

existan discrepancias ni disidencias (o éstas se encuentren totalmente reprimidas).

Lamentablemente, la reacción de los gobiernos del siglo XXI ha sido disponer medidas sumamente represivas. Un ejemplo son los sucesivos cambios legislativos en cuanto al bloqueo de carreteras, una práctica que fue el detonante de los trágicos sucesos de Bagua. En tiempos de Fujimori, el artículo 283° del Código Penal preveía para estos hechos una pena de hasta tres años de prisión. En el año 2002, mediante la Ley 27686 el Presidente Toledo elevó la pena hasta cuatro años de prisión, lo que implicaba que se pudiera imponer prisión efectiva, aunque no hubiera habido violencia o daños a las personas o la propiedad. Cuatro años después, en el año 2006, Toledo promulgó la Ley 28820, que elevó la pena de cuatro a seis años.

Posteriormente, en el año 2007, el gobierno de García empleó las facultades legislativas, otorgadas supuestamente para combatir el narcotráfico y el crimen organizado, para aprobar el Decreto Legislativo 982 que modificó el artículo 200 del Código Penal y considera como delito de extorsión, práctica usuales en las protestas sociales como el bloqueo de carreteras y la toma de locales. De esta manera, se establecen penas mucho más elevadas, que pueden implicar de 5 a 10 años de prisión. Inclusive, si es más de una persona la que comete algunos de estos hechos (lo cual es usual), la prisión prevista es de 15 a 25 años.

El régimen de Ollanta Húmalá lamentablemente no derogó la norma y todo hace indicar que el actual gobierno de Pedro Pablo Kuczynski la mantendrá.

A esto se añade, que los cuatro gobiernos de este siglo enfrentan las protestas sociales con mucha mayor violencia que en tiempos de Fujimori, probablemente porque en una sociedad tan racista y clasista es más fácil abrir fuego contra campesinos que contra universitarios. Esto ha ocasionado más de un centenar de personas muertas y muchos gravemente heridos. Al mismo tiempo, el Decreto Legislativo 982 modificó también el artículo 20° del Código Penal declarando inimputables a los

integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que causen lesiones o muerte "en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria". El gobierno de Humala ha mantenido esta inimputabilidad mediante la Ley 30151.

Frente a las personas detenidas en Bagua, el accionar de la Policía Nacional siguió el modus operandi en la represión policial a protestas sociales que se ha repetido sucesivamente durante el siglo XXI:

1. La represión es innecesariamente violenta e indiscriminada, pues las bombas lacrimógenas son arrojadas inclusive a viviendas o al cuerpo de las personas.
2. En muchos casos se dispara con armas de fuego directamente a los manifestantes. En algunos, inclusive, los disparos son a la cabeza, lo cual difícilmente puede ser considerado un problema de azar o mala puntería. Estos hechos parecen ser cometidos con la intención de matar o causar graves lesiones a algunos manifestantes para amedrentar al resto y evitar nuevas protestas. Muchas de las personas asesinadas no representaban amenaza alguna para los efectivos policiales. En otros casos se trata de disparos al azar, efectuados de manera irresponsable, lo que origina que entre los fallecidos existan personas totalmente ajenas a las protestas.
3. Se realizan detenciones indiscriminadas, en algunos casos solo por participar en una marcha o por ser un simple espectador.
4. En las detenciones existe un evidente criterio racista: es más probable que una persona sea detenida si tiene rasgos indígenas y también en ese caso es más factible que sufra mayor violencia.
5. Se produce maltrato físico muy fuerte y tortura en el momento de la detención y en las instalaciones policiales, produciéndose muchas lesiones. Igualmente, se practica el maltrato psicológico, consultos o amenazas.
6. A más distante de Lima es el lugar de los hechos, más factible es que produzcan abusos policiales. Otro factor es si las protestas aparecen en los medios limeños de comunicación, se tiende a



reprimir con mayor arbitrariedad y violencia, para dar una imagen de "mano dura".

7. En muchos casos, la policía llega a la noción del castigo colectivo: agredir a los habitantes de un; región o los integrantes de una etnia por el solo hecho de serlo, no porque hayan participado en ninguna agresión concreta. A esto contribuye que se envíen policías de otros lugares, especialmente de la DINOES.
8. En ocasiones los detenidos son conducidos a bases o campamentos de empresas extractivas donde se producen las torturas (Majaz en el gobierno de Toledo, Espinar en el gobierno de Humala).
9. Se siembra pruebas (droga, armas) para incriminar a los detenidos en las actas de registro personal o las supuestas actas de hallazgo.
10. Un factor que origina mayor violencia es el discurso de los Ministros del Interior. Cuando tienen ex presiones hostiles a los derechos humanos, hablando de actuar sin contemplaciones y casi quitando la categoría de seres humanos a quienes protestan, la violencia policial es mucho mayor (Rospigliosi, durante el régimen de Toledo; Alva Castro y Mantilla, durante el de Alan García; Valdez y Calle durante Humala y Basombrío, durante Kuczynski).

Frente a este contexto resulta muy importante el enfoque que la sentencia da a la protesta no como un delito, sino como una forma de materializar la libertad de expresión. La sentencia precisa también que la protesta constituye un derecho humano, puesto que aparece en el artículo 2°, inciso 12 de la Constitución, cuando se refiere a reuniones pacíficas y sin armas en espacios públicos. Se señala que trata del ejercicio de "un derecho humano de una colectividad con intereses comunes". De la misma manera, se da a la protesta un enfoque social, al señalar que se trata de la queja grupal por necesidades insatisfechas.

La sentencia además señala que el derecho a la protesta se encuentra respaldado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, citándose para ello el documento sobre La Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Contexto de las Manifestaciones Pacíficas.

Se reconoce que el derecho a la protesta tiene especial sentido en una democracia, puesto que mientras las mayorías cuentan con el respaldo del gobierno y los congresistas para hacer velar sus intereses, para las minorías, la protesta precisamente es un camino para hacerse oír.

La sentencia de Bagua demuestra así que una protesta social no debe ser considerada en sí misma como un acto antisocial o dañino. A esto se añade que a lo largo de la sentencia se demuestra que la lucha de los indígenas en el conflicto fue predominantemente pacífica, tomando más de un año las gestiones que realizan ante instancias estatales e internacionales para pedir la derogatoria de los Decretos Legislativos que ponían en peligro las tierras comunales.

Es además muy importante que, en el caso concreto de los incidentes de la Curva del Diablo, se evalúe si podría ser válida y legítima la acción de los indígenas Awajún y Wampís de bloquear una carretera, pese a lo que señalan los mencionados artículos 200 y 283 del Código Penal.

De esta manera, la Sala realiza el test de proporcionalidad a nivel constitucional que permite aplicar las reglas de idoneidad, necesidad y ponderación para señalar que era una medida idónea, necesaria y proporcional. Se explica que no había medios alternativos, precisamente por la resistencia del gobierno.

De un lado se presentan derechos como el derecho a la identidad cultural, el derecho al fuero especial, el derecho a la libertad de expresión y la libertad de reunión frente al derecho al libre tránsito, que en realidad nunca estuvo realmente tan restringido como sostenían los voceros gubernamentales.

Es en base a ello que se produce la exculpación de los indígenas respecto a esta acusación, lo que constituye un precedente muy importante para nuevas expresiones de protesta.

#### **5.1.1.2.- La necesidad de revisar el rol del Ministerio Público.**

En la represión indiscriminada hacia los ciudadanos que participan en protestas, uno de los aspectos más negativos ha sido el rol del Ministerio

Público, puesto que en numerosos casos, los fiscales se han convertido en simples comparsas, legitimando los crímenes que comete la Policía Nacional.

De hecho, en los múltiples casos reseñados, los fiscales no toman en cuenta evidentes signos de violencia de las víctimas que hacen evidente que se están auto incriminando por temor a la tortura. Varias personas refieren que los propios Fiscales presenciaron los maltratos físicos, lo cual genera mucho mayor temor en los detenidos por la sensación de impunidad que origina. En algunos casos (Espinar, Majaz), los fiscales autorizaron el uso de campamentos de empresas privadas como centros irregulares de detención.

En muchos casos los detenidos no cuentan con abogado defensor en su manifestación, ni abogado particular ni abogado de oficio designado por el Ministerio de Justicia. A pesar de ello, el fiscal continúa las diligencias y denuncia a los dirigentes de las organizaciones que participan en acciones de protesta social por delitos contra la tranquilidad pública, seguridad pública, terrorismo, etc. Todas estas acusaciones son formuladas sin mayores pruebas (o sabiendo que éstas han sido sembradas) y además se pide una prolongada prisión preventiva para todos los detenidos, sin individualizar responsabilidades.

Debe investigarse si se trata de presiones que los fiscales reciben de las fuerzas de seguridad o si se busca cumplir órdenes de los superiores jerárquicos, para que el Ministerio Público muestre una imagen de firmeza frente a las protestas sociales, cuando éstas adquieren mucha visibilidad a nivel mediático. Es probable que sigan órdenes superiores, porque ningún fiscal ha sido sancionado pese a las infracciones cometidas.

Al mismo tiempo, frente a los hechos de violencia que cometen policías y militares, el accionar de los fiscales es de mucha pasividad, aduciendo todo tipo de pretextos para el escaso avance en las investigaciones. Normalmente, no se llega a formalizar acusación ni a individualizar a los responsables, ni de autoridad inmediata o mediata. Ninguno de los

perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos ha sido sancionado por estos hechos.

De igual manera, el Poder Judicial también se ha mostrado proclive a la criminalización la protesta social al generar serias dificultades procesales a los detenidos. Aunque no haya pruebas, ni se cumplan los requisitos procesales, los magistrados disponen la prisión preventiva por varias semanas o meses.

El caso de Bagua es un ejemplo de todo lo anterior: a lo largo de la sentencia se advierte que el Ministerio Público formuló una serie de acusaciones sin presentar mayores pruebas sobre la responsabilidad de los implicados o cuando hacía siete años que era manifiestamente evidente que eran inocentes, como ocurrió al dar ellos negativa la prueba de absorción atómica. Igualmente, la sentencia demuestra que planteó la acusación de homicidio calificado, aunque de los hechos no se desprende que alguno de los acusados hubiera actuado con gran crueldad, que quisieran hacer sufrir a la víctima o con alevosía, es decir, de manera premeditada, aprovechando su estado de indefensión.

De igual manera, en el caso de otros delitos como lesiones graves, la falta de seriedad en la acusación aún es más palpable, porque ni siquiera se individualiza quiénes son los responsables ni siquiera como indicio.

De hecho, en la acusación por instigación, no existe un solo elemento probatorio que pueda determinar que esto efectivamente sucedió. En este caso, además, la Sala realiza la precisión cultural de que los Awajún y Wampís tienen formas de liderazgo que no permiten prácticas de mando vertical, como pueden existir en el Ejército o la Policía Nacional.

Especialmente grave e irresponsable es que se haya acusado de cualquier delito a Santiago Manuin, quien se encontraba herido e inconsciente cuando los hechos ocurrieron.

De esta manera, la Sala señala que el Ministerio Público ha violado el principio de imputación necesaria, que se desprende del derecho de defensa (artículo 139° Inciso 14 de la Constitución). Creemos que por eso

la sentencia debería ser estudiada con detenimiento dentro del Ministerio Público, puesto que demuestra lo que un fiscal nunca debería hacer: elaborar acusaciones con tanta irresponsabilidad.

El efecto de esta conducta termina deslegitimando todo el accionar del Estado a ojos de los Awajún, quienes percibían al proceso como un mecanismo de represión colectiva por haberse enfrentado al Estado peruano. Por eso, creemos que la sentencia no es solamente una reivindicación de los Awajún y Wampis, sino del propio sistema judicial frente a su comportamiento tan negativo.

## **5.2.- LA DIMENSIÓN INTERCULTURAL**

### **5.2.1.- La ruptura con el monismo jurídico**

Un segundo eje, que atraviesa toda la sentencia es el reconocimiento de la relación entre justicia e interculturalidad. La Sala enfatiza que siendo el Perú, país pluricultural y multiétnico, de acuerdo a lo que señala los artículos 2°, inciso 19 y el artículo 149° de la Constitución, debe desprenderse un cambio en la concepción sobre la justicia.

La sentencia sostiene que la multiculturalidad no debe ser entendida solamente como una descripción de la realidad, sino una política de Estado. En ese caso, creemos que el texto en realidad busca señalar, distinguir entre multiculturalidad, que implica simplemente reconocer la existencia de diferencias culturales en una sociedad e interculturalidad, que implica el acercamiento a otras culturas, de manera más horizontal y abierta a compartir elementos.

Un enfoque multicultural, que enfatiza el respeto a las diferencias, puede coexistir con criterios etnocéntricos, racistas o hasta de apartheid. En cambio, un enfoque intercultural permite señalar que en todas las culturas pueden existir prácticas que es necesario corregir. El enfoque multicultural puede inclusive caer en el relativismo cultural, asumiendo que las personas “de otras culturas” no están obligadas cumplir con ninguna norma estatal y que la justicia estatal no debe intervenir frente a sus formas propia de resolver conflictos. El enfoque intercultural promueve más bien que todos los ciudadanos y ciudadana puedan disfrutar de los derechos universales.

Realizada esta aclaración, consideramos que es muy importante que se considere al propio Derecho como parte del fenómeno cultural y no como un conjunto de prescripciones o reglas particulares. De esta manera, la sentencia se aparta de la concepción monista tradicional, que solamente consideraba como Derecho el Derecho estatal.

Ahora bien, la Sala precisa que el pluralismo jurídico no se agota solamente en los derechos de los pueblos indígenas, sino que se trata de “diferentes derechos concurrentes que operan en diferentes espacoe temporales, y a escalas locales, nacionales y trasnacionales”, lo cual incluye a otros sectores no indígena como los ronderos cajamarquinos.

Como ya hemos señalado, sin embargo, la sentencia de Bagua, no debe ser considerada un caso aislado, sino que se enmarca en un proceso muy amplio de apertura a la problemática intercultural que se viene llevando a cabo desde hace varios años en el Poder Judicial.

Varios avances importantes de este proceso son señalados por la sentencia. Sin embargo, creemos que el hito fundamental fue el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. Efectivamente, mediante dicha decisión, la Corte Suprema de Justicia reconoció a las rondas campesinas la función de administrar justicia. Se desarrolló además en dicho texto una serie de características que debe tener la justicia indígena, campesina o rondera para gozar del respeto de la justicia estatal, incluyendo el respeto de los procedimientos propios (por lo que un linchamiento nunca puede ser considerado “justicia”) y el respeto de los derechos fundamentales.

Luego del Acuerdo Plenario, el Poder Judicial ha realizado siete Congresos Internacionales de Justicia Intercultural, que incorporan también al Ministerio Público y centenares de dirigentes ronderos e indígenas. Para una reflexión más acorde a la problemática local, más de 20 Cortes Superiores han creado sus propios Institutos o Escuelas de Justicia Intercultural desde el año 2010.

Igualmente, mediante la Resolución Administrativa N° 266-2010-CE-PJ el Poder Judicial se adhirió a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la

Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, que son muy importantes en lo que se refiere a las comunidades indígenas.

El Poder Judicial ha elaborado una Hoja de Ruta de Justicia Intercultural y varios protocolos para orientar el actuar de los magistrados, entre los que destacan un Protocolo de Coordinación entre sistemas, el Protocolo de Atención y Orientación Legal con Enfoque Intercultural, Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos. En el primero, además, se incorpora entre los principios el "principio "pro pueblo indígena".

Creemos sin embargo que es difícil sostener que las comunidades nativas o las rondas campesinas tienen un "sistema" paralelo al sistema estatal. Es preferible considerarlos como espacios legales semiautónomos, según la teoría de Sally Engle Merry: las comunidades y rondas no están formadas por personas aisladas del Estado. Sus propios procedimientos pueden verse más influenciados de lo que comúnmente se cree por el Derecho estatal.

El reconocimiento de la interculturalidad no implica desconocer que la población rural tiene urgentes necesidades de justicia. Precisamente, lo importante es buscar el equilibrio entre el monismo y el relativismo, que es el enfoque intercultural.

Creemos que este es planteamiento que prima en el Proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de Justicia que presentó el Poder Judicial y que actualmente tiene el respaldo de las diferentes bancas puesto que, como en otros países, considera el Estado debe tener competencia sobre determinados delitos.

Ahora bien, no sabemos todavía si los avances en reconocer el pluralismo son realmente concretos, por la persistencia de enfoques conservadores que en un principio demostró la propia Sala de Bagua.

Entre los hechos más lamentables tenemos que los Awajún hayan tenido que cumplir la prisión preventiva en el penal de Huancas, una localidad en la cordillera sumamente fría muy distinta de su ámbito tradicional. Sin

embargo, en los protocolos se plantea que, con el acuerdo de la víctima, el sentenciado puede cumplir su pena en la comunidad. Inclusive el arresto domiciliario trajo graves consecuencias, porque imponía en una vivienda a cientos de kilómetros del lugar donde vivía el acusado.

### **5.2.2.- Enfrentando la perspectiva etnocéntrica.**

Por todo lo señalado, otro aspecto destacable de la sentencia de Bagua es cómo enfrenta la perspectiva etnocéntrica que ha estado presente por casi dos siglos en el Estado peruano, pero que se manifestó forma explícita durante el gobierno del ex Presidente García.

Efectivamente, como señala la Sala, en las leyes de colonización de 1898 y 1909, el Estado república consideraba las tierras amazónicas como res nullius, sin reconocer a los indígenas ningún derecho propiedad sobre aquéllas. De esta manera, las entregaba en concesión a extranjeros y peruanos “derechos civiles”, lo cual implicaba que los indígenas debían trabajar para los nuevos propietarios.

Desde 1974, con el gobierno de Velasco, los indígenas amazónicos obtuvieron títulos de propiedad sobre sus tierras tradicionales mediante la figura de las comunidades nativas. Sin embargo, en el año 2008 García decidió privilegiar las grandes inversiones sobre los derechos de los indígenas al promover la solución de las comunidades.

García buscaba de esta manera consolidar el régimen económico establecido por Fujimori desde el auto golpe del 5 de abril de 1992 y consolidado por la Constitución de 1993. Fujimori, sin embargo, había buscado evitar los conflictos con la población andina y amazónica, limitándose a promover la disolución de comunidades campesinas de la costa.

En forma recurrente, García expresó su desconocimiento respecto a los derechos de los indígenas. Sin embargo, debe señalarse que él no era una voz aislada: muchos empresarios y líderes de opinión también consideraban los derechos comunales eran un estorbo frente al desarrollo de las actividades extractivas. Inclusive, este discurso consideraba “egoístas” a campesinos y nativos porque su negativa a vender sus tierras



impedía el aprovechamiento de los recursos naturales. Era frecuente además oponer a 30 millones de peruanos frente a una minoría mezquina, que ni extrae los recursos que existen en su propiedad, ni permite que otros los aprovechen.

Inicialmente, para disolver las comunidades, García presentó diversos proyectos de ley, como el 1992- 2007. Al no obtener un resultado favorable en el Congreso, finalmente el gobierno aprobó los Decretos Legislativos que iban en esa línea, especialmente el Decreto Legislativo 1015, modificado luego por el 1073.

En este contexto, es muy importante que la sentencia busca apreciar la problemática indígena en su conjunto, desde la misma definición sobre cuáles son los pueblos indígenas, un tema que durante mucho tiempo fue puesto en duda, y cuáles son los derechos que les corresponden como tales. (RUIZ MOLLEDA, 2009)

La Sala reafirma el reconocimiento de los indígenas a la identidad cultural y la necesidad de enfrentar la tendencia a la asimilación, que precisamente García consideraba una meta. Igualmente, se destaca que cuando fueron promulgados los Decretos Legislativos ya estaba vigente la obligación a someter este tipo de medidas a la consulta previa.

La Sala precisa cuál es el cuerpo normativo internacional sobre problemática indígena vigente en nuestro país, como la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. La Sala además señala que las sentencias de la Corte Interamericana sobre derechos de los pueblos indígenas son vinculantes para el Poder Judicial y que además los magistrados deben aplicar el control de convencionalidad, lo cual en este caso implica la necesidad de aplicar el enfoque intercultural en la interpretación y ponderación de las normas y derechos.

Es especialmente interesante que esta sentencia haya emanado de la Sala de Bagua, porque en varios momentos se advirtió cómo los propios magistrados que las constituían eran parte de concepciones etnocéntricas

y discriminatorias. Ellos ignoraban las consecuencias de suspender una audiencia, disponer una detención domiciliaria o hablar en español. De hecho, el proceso se prolongó durante varios años por la reticencia de la Sala a asumir la competencia del mismo, pretendiendo que fuera asumido en Lima, sin considerar lo que hubiera significado para los 52 acusados. Muchas veces el lenguaje que tenían hacia los detenidos indígenas era abiertamente discriminatorio, sin siquiera ser conscientes de ello.

Probablemente, el propio proceso permitió a los magistrados confrontarse con una realidad tan compleja y esto es lo que revela la sentencia.

### **5.2.3.- El enfoque intercultural en la sentencia**

#### **5.2.3.1.- El derecho de propiedad sobre las tierras indígenas**

Un primer aspecto importante donde la sentencia brinda un análisis intercultural se refiere al derecho a la propiedad de la tierra por los pueblos indígenas. Se sigue así las sucesivas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han ido desarrollando el artículo 21 del Pacto de San José sobre el derecho de propiedad.

Dicho artículo no menciona de manera explícita a la problemática indígena, pero la Corte considera que el derecho de propiedad interpretarse de acuerdo a las culturas indígenas, porque de lo contrario, quedarían sin protección millones de ciudadanos.

De esta manera, la sentencia precisa el derecho de propiedad sobre las tierras indígenas se ejerce de manera colectiva, no individual. La Sala cita al respecto la sentencia de Saramaka, lo cual implica señalar que la disolución de las comunidades que promovía García atentaba contra la esencia misma del derecho de propiedad.

La Sala precisa que deben ser defendidos tanto los conceptos de tierra como de territorio. El primer concepto tiene carácter civil y patrimonial y el concepto de territorio tiene carácter relativo a la identidad indígena, puesto que está vinculado a los conceptos de autogobierno y autonomía.

La sentencia señala que la relación de los pueblos indígenas con la tierra no es solamente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento

material y espiritual del que deben gozar plenamente, de manera colectiva inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo para las generaciones futuras.

La Sala cita a la sentencia *Awatitini*, cuando indica que el control del hábitat es fundamental para la reproducción de su cultura, de su propio desarrollo y sus formas de vida. Recurriendo a otras importantes sentencias como *Yakye Axa vs Paraguay*, *Saramaka vs Surinam* y *Sawhoyamaza vs Paraguay*, la Sala insiste en que para los indígenas el acceso a su territorio ancestral es un requisito fundamental para ejercer su derecho colectivo a la supervivencia en tanto que pueblos. De esta manera, no solamente se afecta el derecho de propiedad, sino "la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros".

En el esfuerzo que realiza la Sala por comprender el derecho de propiedad de la tierra desde una perspectiva intercultural, la sentencia explica las diferentes consideraciones que tienen los Awajún sobre la tierra: mina *Wekaetaiq*, tierra que actualmente están usando, mina *Asaukag*, tierra que ya ha sido trabajada y se encuentra en reposo y mina *Jetemka*, tierra que no ha sido trabajada aún pero que lo será en algún momento. Así se hace evidente la continuidad entre el uso de la tierra en el presente, el pasado y el futuro, que no existe en una propiedad urbana, debido a lo cual, los indígenas ponen tanto peso de la defensa del territorio.

Precisamente, la sentencia evoca la pérdida de sus territorios tradicionales de la Cordillera del Cóndor que los indígenas sufrieron cuando el régimen de García dispuso el recorte del Parque Nacional Ichigkat Muja para favorecer a la empresa minera *Afrodita*. Esta situación que fue considerada por ellos una traición, después que habían actuado con notable patriotismo en el conflicto del Cenepa. De esta forma, se comprende que el conflicto de Bagua no fue originado solamente por los Decretos Legislativos, sino por los maltratos anteriores.

Romper con la perspectiva etnocéntrica implica también un cambio en la consideración sobre quién es el propietario de las carreteras y otras vías de acceso. Se sabe que el Estado otorga títulos de propiedad a las

comunidades campesinas y nativas, pero las vías de acceso legalmente son parte del área que el Estado considera de su propiedad y de libre disponibilidad.

La Sala señala que sobre esas áreas existe también la caracterización que son parte del territorio y las tierras indígenas, lo cual es también un argumento para señalar que el bloqueo de carreteras es una medida legítima que puede tomar una población como parte de su derecho de protesta.

#### **5.2.3.2.- El enfoque intercultural al analizar la acusación fiscal**

La sentencia analiza el artículo 15° del Código Penal sobre el error de comprensión culturalmente condicionado, señalando que de manera implícita se está reconociendo el pluralismo cultural y el respeto a la cultura a la que pertenece el infractor. Sin embargo, este artículo no implica una situación de impunidad generalizada para los delitos que pueden cometer los indígenas, sino que debe aplicarse de manera selectiva y restringida, de acuerdo a lo que indican los peritajes antropológicos. De esta manera, el artículo 15° no es utilizado para absolver a los indígenas involucrados de crímenes como homicidio o lesiones graves, como si se tratara de prácticas culturalmente admitidas. (HURTADO POZO , 2009 )

Sin embargo, el enfoque intercultural sí es utilizado en varios momentos para complementar dicho razonamiento. Por ejemplo, en el delito de instigación al homicidio calificado, se comprende que los Awajún y Wampís son sociedades igualitarias donde es mucho más difícil que una persona tenga tanto poder como para instigar a los demás a cometer un crimen.

De igual manera, tratándose de la acusación de motín, se cita una sentencia de casación de la Corte Suprema, donde se señala que no pueden ser condenados por dicho delito los indígenas que defendían su territorio.

De esta manera, la sentencia dista mucho de tener una perspectiva relativista, que en la práctica implicaría la abdicación de las funciones jurisdiccionales. En el caso de los homicidios o lesiones graves, la

absolución de los imputados no se basa en una justificación cultural sino a que objetivamente ellos no cometieron dichos crímenes.

#### **5.2.4.- La sentencia como reivindicación frente al racismo.**

- Por todo lo que hemos señalado, la sentencia constituye un documento fundamental para enfrentar el racismo estructural que viven las poblaciones indígenas amazónicas.
- Los indígenas amazónicos se encuentran normalmente invisibilizados por el resto de la sociedad, que ha tolerado que vivan en condiciones precarias y que se les envíen los peores servicios estatales.

En sí misma, la sentencia es una forma de reparación colectiva, porque busca reivindicar la cultura de los pueblos Awajún y Wampís, quienes fueron estigmatizados por el gobierno de Alan García, al presentarlos como salvajes primitivos y sanguinarios.

Por eso es tan importante que se reivindique la historia de estos pueblos, especialmente su capacidad de resistencia frente a los dominadores externos: se resalta que ellos no fueron dominados por los incas, que lograron expulsar sucesivamente a los encomenderos españoles (logrando así preservar su independencia durante el período colonial y a los caucheros. En el caso de los Wampís, se precisa que sus principales héroes son precisamente quienes defendieron su territorio.

Es importante que la sentencia resalte el rol guerrero de los Awajún y Wampís, como una forma de reconocimiento por uno de los rasgos culturales de los cuales ellos se sienten más orgullosos, pero que ha generado la estigmatización como salvajes. Además, la sentencia muestra que, pese a esta tradición guerrera, durante más de un año los indígenas buscaron una salida pacífica a la crisis generada por el gobierno de Alan García.

Por otro lado, la sentencia reflexiona mucho sobre la identidad Awajún y sobre su cosmovisión. Al leer sobre sus seres sobrenaturales, sin duda los lectores comprenderán cuán alejados están de dichos pueblos.

### **5.2.5.- Perspectivas.**

La sentencia demuestra un momento particular en la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, en el cual se viene consolidando el diálogo como una posibilidad.

En los ocho años transcurridos desde los trágicos sucesos del 2009, puede decirse que las políticas del Estado hacia los pueblos indígenas han avanzado mucho, como se aprecia especialmente en el sector Cultura por el rol del Viceministerio de interculturalidad y en sector Educación por la Dirección de Educación Bilingüe, Intercultural y Rural, que vienen haciendo que la interculturalidad se convierta en una política transversal. Otras entidades estatales que han brindado aportes muy importantes en su relación con la población indígena son RENIEC, a través del Registro Civil Bilingüe, el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social a través de diversos programas sociales, la Defensoría del Pueblo y el propio Poder Judicial, donde ahora se emiten sentencias en quechua, aymara y awajún.

Debe señalarse también que ninguna política similar como las que promovió García podrían trazarse en el futuro, ya que la Ley de Consulta Previa obliga al Estado a que la población indígena dé su punto de vista.

En medio de ese panorama de avances, es el Ministerio Público la institución que visiblemente requiere con urgencia un enfoque intercultural donde se tome en cuenta el aspecto del racismo y la discriminación. Además debe darse atención especial a los fiscales para que intervengan adecuadamente en conflictos sociales, sin actuar como comparsas de la represión, sino más bien para precisamente garantizar los derechos humanos, lo que normalmente no han hecho.

En el aspecto intercultural, la sentencia permite revertir tanto la generalización que busca civilizar a los indígenas mediante el Derecho penal, como el esencialismo cultural, que considera a los indígenas un todo homogéneo, aislado del resto de la sociedad. Reconocer el pluralismo jurídico no quiere decir el actuar irrestricto de las poblaciones indígenas, sino establecer algún tipo de principios.

De esta manera, en Colombia, se ha dispuesto que las decisiones de la justicia indígena respeten principios de proporcionalidad, las penas no sean irredimibles y se apliquen a los responsables y no a sus familiares. En el Ecuador se establece en la Constitución la obligación de que las mujeres participen en la toma de decisiones en las comunidades indígenas. En Bolivia, Venezuela y Nicaragua se ha planteado que los delitos más graves o complejos serán solamente de competencia de las autoridades estatales.

El tema intercultural implica también que quienes forman parte de las culturas indígenas, tengan la posibilidad de familiarizarse con concepciones como los derechos humanos y especialmente los derechos a la mujer y los niños.

La misma vulnerabilidad que viven los indígenas no debe generar que se les impida la posibilidad de acudir a la Justicia estatal como parece dar a entender el artículo 18° del Código Penal. Al respecto, en países como Nicaragua y Paraguay, es claro el derecho de las víctimas de acudir a las autoridades judiciales. Finalmente, corresponde unas palabras sobre los responsables del homicidio de los policías. La sentencia absuelto a los 52 acusados porque eran inocentes, pero sigue siendo fundamental determinar quiénes son los culpables... y probablemente muchos Awajún y Wampís (no necesariamente los acusados del proceso) podrían decir más al respecto. Inclusive podrían aportar sobre el paradero del Mayor Bazán y sobre los autores de la masacre de la Estación.

Un equivocado espíritu de cuerpo, tan presente en la Policía Nacional, podría estar generando que se mantenga un silencio que solamente contribuye a la impunidad.

### **5.3.- LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL DE APELACIONES TRANSITORIA Y LIQUIDADORA DE BAGUA “CASO CURVA DEL DIABLO”.**

La sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua recaída en el caso Curva del Diablo. Como se sabe, el 5 de junio del 2009, se produjo un fuerte enfrentamiento entre miembros de las comunidades Awajun y Wampis con agentes de la Policía Nacional del Perú.

Los enfrentamientos tuvieron como origen el bloqueo de la carretera "Fernando Belaunde Terry", específicamente, de la zona conocida como la Curva del Diablo. Miembros de las comunidades Awajun y Wampis paralizaron el tránsito como medida de protesta frente a la aprobación de los Decretos Legislativos 1064 y 1090, que permitían el uso de tierras originarias de estos pueblos, sin haberles consultado para ello.

Como producto del enfrentamiento, fallecieron 33 personas entre comuneros y policías. Un grupo de comuneros fue procesado por los delitos de homicidio calificado, lesiones graves, disturbios, motín y entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos. La sentencia que comentaremos a continuación, resuelve el caso absolviendo a los procesados y aplica, para ello, criterios propios del pluralismo jurídico. Por ello, conviene que analicemos en adelante la incorporación de dichos criterios en el análisis del Derecho penal. . (YRIGOYEN, 2001)

### **5.3.1.- Pluralismo cultural y Derecho Penal.**

#### **Delimitaciones conceptuales.**

Antes de iniciar nuestro estudio sobre el tratamiento del Derecho Penal frente a los casos de comportamientos culturalmente motivados, es importante ponernos de acuerdo sobre algunos conceptos fundamentales que vamos a utilizar a lo largo de este texto y que permitirá finalmente comprender nuestra propuesta de tratamiento jurídico penal de este problema y los avances que se producen en este campo especialmente con la sentencia bajo comentario. (DE MAGUE, 2012)

**Cultura y cultura del grupo:** dos son las perspectivas en las que puede entenderse por cultura y: referencia a los grupos humanos. Una concepción amplia y una concepción restringida. La concepción amplia, siguiendo en parte la definición dinámica y social de Will Kymlicka, entiende por cultura ese conjunto de símbolos públicos que confiere a los miembros de una



comunidad formas de vivir dotadas de sentido en un amplio espectro de actividades humanas incluidas la vida social formativa, religiosa, recreativa y/o económica, tanto en la esfera pública como privada. Cultura, entonces, "no es solo compartir recuerdos y valores sino también instituciones prácticas".

Desde de una concepción restringida, la cultura y la referencia a una cultura de grupo hacen alusión a aquellas comunidades diferenciadas de la cultura mayoritaria, dominante o de acogida especialmente por razón de su pertenencia étnica. Es decir, la fuente esencial de esa diversidad cultural entre la comunidad minoritaria y la comunidad mayoritaria, dominante o de acogida es la pertenencia étnica de los individuos de la primera. Por etnia, entenderemos, también restringidamente a una "comunidad intergeneracional más o menos completa desde el punto de vista institución que ocupa un determinado territorio y comparte una lengua y una historia distintivas". Desde esta perspectiva, comunidad culturalmente diversa no lo serían aquellos grupos de personas que, compartiendo en general los valores y el ethos de la cultura dominante o mayoritaria, se desvían de misma para determinados estilos de vida: homosexuales, mujeres, movimientos sindicales, el Etnia, en consecuencia, se utiliza aquí como sinónimo de nación o pueblo.

La perspectiva restringida de cultura y grupo cultural es la que vamos a utilizar en este trabajo.

**Diversidad cultural o sociedad multicultural**: este concepto se sitúa en el plano descriptivo, es decir como un hecho social. Desde esa perspectiva, entonces, debe entenderse por diversidad cultural la situación de convivencia entre diversos grupos étnicos con distintas culturas en un mismo territorio. Se trata de la constatación sociológica o antropológica de la existencia de diversas comunidad' étnicas, además de la mayoritaria o dominante, que conviven en un mismo espacio geográfica. (MACIAS CARO, 2012)

**Multiculturalismo o pluralismo cultural**: para entender este concepto es importante resaltar que la diversidad social, política o étnica es un valor esencial de toda democracia y esta no puede reducirse al plano individual, sino que se manifiesta fundamentalmente a través de colectivos. Se trata, entonces, de una perspectiva ideológica sobre la situación de hecho de la diversidad, perspectiva que implica el reconocimiento positivo o el modo de desear esa diversidad cultural, propugnando "la adecuación de las estructuras e instituciones políticas y jurídicas a dicha situación de hecho".

**Comportamientos y "delitos" culturalmente motivados:**

Comportamientos realizados al amparo de una concepción cultural que en ocasiones es contraria a los valores de la cultura mayoritaria o dominante. Se trata, en palabras de Cisneros Ávila, de comportamientos que "un sujeto realiza conforme a unas pautas culturales que ha interiorizado desde niño y en torno a las cuales entiende el mundo". (CISNEROS, 2013)

Desde la perspectiva restringida de cultura que hemos adoptado (grupo definido por su vinculación étnica), se entiende por "delito" culturalmente motivado a aquel "comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema dominante (...) y, el mismo comportamiento, al mismo tiempo, es perdonado, aceptado como normal o aprobado en la cultura del grupo al que pertenece al autor".

En este trabajo utilizaremos la expresión "delito" culturalmente motivado para denotar a aquellos comportamientos que pueden ser considerados delitos desde la perspectiva formal de la legislación penal, pero que resultan, como se ha mencionado, aprobadas socialmente por el grupo étnico al que pertenece o perdonadas por éste.

**5.3.2.- Las convenciones internacionales y el marco constitucional de protección de la diversidad cultural.**

Tanto el Derecho internacional como el Derecho constitucional reconocen de manera clara un derecho fundamental a la cultura y a partir de allí,

diversos Estados han reconocido una serie de derechos fundamentales colectivos de los grupos étnicos que habitan en sus respectivos territorios. (CESANO, 2015)

En el ámbito del Derecho internacional deben resaltarse tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Convenio 169 de la Organización Internacional para el Trabajo (OIT).

El Pacto señala en su artículo 27 que "en aquellos Estados en los que existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, los individuos pertenecientes a dichas minorías no pueden ser privados del Derecho a tener una vida cultural propia, a profesar y practicar la propia religión o a usar la propia lengua en común con los otros miembros del propio grupo".

A partir de esta disposición, y a pesar de algunos cuestionamientos a su redacción, un sector de especialistas sostiene que se derivan obligaciones positivas o de prestación por parte del Estado para proteger dichas minorías y sus prácticas. Como sostiene Sylvia Misterkiewiks, comentando el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "debe considerarse como base para la realización de con cretas actuaciones positivas ya que debiendo garantizar la subsistencia de los grupos minoritarios, difícilmente esto sería posible sin reconocerles especiales derechos".

Por otro lado, el Convenio 169 de la OIT ofrece a las comunidades indígenas americanas la posibilidad de ser reconocidas en su identidad cultural, de ser protegidos todos sus derechos y la posibilidad de convivir con las diversas culturas que habitan un determinado territorio. En esa perspectiva, son importantes fundamentalmente los artículos 2 y 5 del referido Convenio. El artículo 2 dispone una obligación del Estado de desarrollar acciones que tiendan a proteger los derechos de los pueblos o minorías, así como promover la efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales de estos pueblos. El artículo 5, por su

lado, exige al Estado reconocer y proteger los valores, y prácticas sociales, culturales y espirituales propios de estos pueblos.

Como señala Cesano, el Convenio 169 exige poner en marcha el proyecto de multiculturalidad jurídica con el cual el Derecho debe incorporarse a una globalización no uniforme y a una Democracia que supere la ceguera y que permita ver todos los colores. Es importante resaltar, por último, que el camino propuesto por este Convenio para superar los conflictos interculturales son los derechos humanos (artículo 8), motivo por el cual, le exige al Estado desarrollar procedimientos especiales que tomen en consideración la: costumbres de las comunidades indígenas.

Nuestra Constitución reconoce en el artículo 2° inciso 19 el derecho de las personas a su identidad étnica, cultural y obliga al Estado a reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación y a utilizar si propio idioma. Complementariamente, el artículo 149° reconoce el pluralismo jurídico de nuestro Estado otorgando el poder a las comunidades campesinas y nativas de ejercer funciones jurisdiccionales, siempre que no se violen derechos fundamentales de las personas. Como es de apreciar, más allá de los defectos o insuficiencias de esta redacción, queda claro que nuestra Constitución reconoció expresamente” el carácter multicultural de nuestro país y dispuso la protección de la diversidad cultural”, dentro de los límite; de los derechos humanos. (JHON, 2015)

Evidentemente, no se establece el camino de cómo los derechos fundamentales deben articular los conflictos que puedan presentarse entre la conducta que obedece a un patrón cultural de una comunidad; los parámetros de conductas oficiales del Estado. Tal vez, la única fórmula que se evidencia para ello en el artículo 15° de nuestro Código Penal que reconoce una eximente por error culturalmente condicionado. Sobre esta fórmula nos detendremos posteriormente, cuando abordemos los modelos de tratamiento de Derecho penal frente a los comportamientos culturalmente motivados.

### **5.3.3.- Los modelos de tratamiento del derecho penal frente a los comportamientos culturalmente motivados.**

De acuerdo con el trabajo de la profesora Cristina de Magüe, existen tres modelos posibles en el Derecho comparado respecto de la respuesta del Derecho penal frente a los comportamientos "delictivos" culturalmente motivados. La referida profesora los resume en los siguientes:

**Modelo Asimilacionista:** se trata de aquellos modelos de Estado que no reconocen la diversidad cultural y, pueden encontrarse dos subtipos de asimilacionismo: a) por un lado, el asimilacionismo igualitario que postula la indiferencia frente a la diversidad cultural sobre bases fundadas en el principio de igualdad, claro, entendida muy formalmente y b) el abolicionismo- discriminatorio que desarrolla más bien una sobre reacción punitiva contra determinados comportamientos culturalmente motivados, reforzando así, la política asimilacionista del Estado.

Modelo multicultural débil: se trata de un modelo en el que el Estado atiende las pretensiones conflictuales que plantean los "delitos" culturalmente motivados, pero sin "abandonar los principios fundamentales sobre los que se funda el Derecho penal". En este modelo el conflicto cultural se encauza a través de las categorías penales tradicionales, especialmente mediante la reinterpretación de las mismas para acoger los conflictos culturales. Se trata de un modelo donde el protagonismo no lo tiene el legislador sino el operador judicial. Una muestra de este modelo es la táctica utilizada en el sistema norteamericano relacionada con la práctica de los defensores de aquellos que incurrir en "delitos" culturalmente motivados y que De Magüe denomina cultural evidence strategy, es decir la utilización de las "excuses" tradicionales del sistema penal norteamericano para dar solución a los conflictos culturales.

**Modelo multicultural fuerte:** Se trata de un modelo donde el Derecho penal "capitula frente a la diversidad cultural". Es un modelo radicalmente abierto a las "otras culturas" y no se plantea su encauzamiento voluntario al sistema penal dominante. Se trata de un modelo que plantea,

dependiendo de los autores, la formalización en el sistema de una o varias causas de exclusión o atenuación de responsabilidad penal especialmente basadas en un motivo cultural. Se considera, de este modo, que el Estado aborda de manera radical el problema del conflicto cultural. Lo paradójico de este modelo es que plantea, generalmente, la introducción de estas causas de exclusión o atenuación de responsabilidad como un tipo de "excuses" específica, es decir en el esquema similar a la dogmática alemana, como una fórmula de exclusión de la culpabilidad. Como explicaremos posteriormente, se trata de un esquema en el que aún se afirma la ilicitud del hecho y se excluye la responsabilidad penal por consideración de la sola influencia de la cultura diversa en la motivación individual del sujeto infractor.

Es difícil responder en qué modelo se ubica el sistema jurídico peruano. Nos inclinamos a considerar que se trata de un modelo mixto que contiene elementos tanto del modelo multicultural débil como del modelo multicultural fuerte. Del primero comprende las múltiples sentencias de los tribunales peruanos que frente a los casos de "delitos" culturalmente motivados, acude a algunas tradicionales causas de justificación o supuestos de atipicidad penal, específicamente el de obrar en el ejercicio de un derecho oficio o cargo (artículo 20° inciso 8 del Código Penal). Del segundo, debe recordarse que nuestro Código Penal contempla, en el artículo 15, un supuesto de error culturalmente condicionado, diferente al supuesto error de prohibición y del error de tipo.

Con relación a este tipo de error de comprensión se discute su naturaleza dogmático- penal. Por un Lado algunos consideran que se trata de un supuesto de error sui generis en el que la comprensión se distingue del simple conocimiento. En estos casos, como dice De Magüe, de manera precisa, el "error culturalmente motivado no es de hecho un quivis a merced de sus pulsiones psíquicas, sino por el contrario un sujeto que actúa en respuesta a los mandamientos (o pautas de comportamiento) de una cultura que no sólo que es la suya sino que es la cultura de un cierto grupo étnico. En otras palabras no se trata de un error que afecta a la psiquis de

un sujeto alterando su toma de decisión, sino a la consecuencia de una pauta de comportamiento cultural que determina no sólo su comportamiento sino la de cualquiera del grupo étnico al que pertenece.

Por otro lado, un grupo de autores considera que no se trata de un error, sino de supuesto de inimputabilidad. Esto en razón de la similitud de efectos de ausencia de capacidad que se prevén en el artículo 1 y en el artículo 20 inciso 1 del Código Penal, este último que regula, específicamente, la inimputabilidad por falta de capacidad del agente de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta comprensión. Falta de capacidad, esta última, originada en una anomalía psíquica o en una grave alteración de la conciencia.

Debemos mencionar que, si bien el análisis dogmático penal es correcto, su evaluación político criminal visto desde la perspectiva del pluralismo cultural, es absolutamente cuestionable. Como Señala Demaglie, asimilando la figura de la culpabilidad de origen germano con las excuses de origen anglosajón, que el resultado de excluir a alguien por un supuesto de inimputabilidad "tiene un gran coste, que de todo modos cae sobre él (el agente culturalmente diverso), porque toda la construcción teórica de las excuses (culpabilidad) está fundada en la existencia de un vicio, una incapacidad del sujeto que la alega. Al final del proceso el autor excusado no es objeto de un juicio de responsabilidad, pero sí queda estigmatizado por las excuses como un individuo que sufre carencias o anomalías y que, por lo tanto, es de algún modo seriamente inferior. En nuestra consideración, el coste no se encuentra tanto en la estigmatización peyorativa que padece el diverso culturalmente, aunque socialmente resulta cierta la valoración peyorativa de esa expresión, sino en la incorrecta valoración que se hace de la cultura diferente y/o minoritaria bajo la fórmula de la inimputabilidad. De acuerdo con ésta fórmula (inimputabilidad) la exclusión de culpabilidad o la desvinculación normativa se produce por un déficit o falta de capacidad individual para comprender el carácter delictuoso de su acto o autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión. La presencia de un comportamiento culturalmente motivado

(formalmente calificado como delito), en cambio no obedece a un déficit o ausencia de capacidad individual sino a pautas de comportamiento pertenecientes a un colectivo o una comunidad (étnica) que se encuentra en el mismo nivel que la cultura dominante, hegemónica u occidental. Lo que corresponde a un tratamiento individualizado (inimputabilidad) no parece que debe aplicarse a lo que en muchos supuestos debe ser un tratamiento objetivo-general en el contexto de una cultura diferente.

#### **5.3.4.- El modelo de tratamiento en la experiencia judicial peruana**

El acuerdo Plenario 1-2009 CJ/116 supone una evolución sustancial en el tratamiento penal de los comportamientos culturalmente motivados. En este acuerdo, a pesar de su enfoque en el debate de la actuación de las rondas campesinas, los vocales supremos ya esbozan un tratamiento diversificado de los casos de delitos culturalmente motivados, dependiendo de su naturaleza y el tipo de conflicto que plantean.

De ese modo, un primer nivel de este tratamiento lo encontramos a nivel de la tipicidad o antijuridicidad. Se trata de los casos relacionados con "el fuero comunal especial" reconocido en el artículo 149° de la Constitución, esto es, la actuación de las autoridades comunales o nativas y, por extensión, las rondas campesinas, en el ejercicio de funciones de administrar justicia comunal.

Estos casos, que han dado pie a denuncias y acusaciones por delitos de coacción, secuestro o usurpación de funciones en supuesto agravio de abigeos u otros infractores de la norma comunal, deberían ser resueltos, según el Acuerdo Plenario, en el ámbito de la tipicidad.

En efecto, el Acuerdo Plenario acude a la interpretación de ciertos elementos del tipo penal que permiten la exclusión del supuesto conflictivo. Piénsese, por ejemplo, en el elemento privación de la libertad "sin motivo justificado" contenido en el delito de secuestro. De acuerdo al artículo 149° de la Constitución, los actos realizados por las autoridades comunales en el ejercicio de sus funciones constituyen actos legítimos que no se



encontrarían directamente relacionados con los alcances de un tipo penal, como puede suceder con el caso del secuestro.

El segundo nivel, las causas de justificación en el ámbito de la antijuridicidad, está reservado –según el acuerdo plenario- para aquellos supuestos en los que el agente infractor sobre el cual recae una sanción de la autoridad comunal, sea un extraño a la comunidad y sea ésta sanción la que resulta formalmente delictiva. En estos casos, los vocales supremos, apreciarían un verdadero conflicto de derechos que debería ser resuelto a través del supuesto del artículo 20° inciso 8 del Código Penal, esto es, obrar en el ejercicio de un derecho, cargo o función. Esto, parte del principio de congruencia que exige que la potestad jurisdiccional de las autoridades comunales, nativas o ronderiles se ejerza dentro de los límites del respeto los derechos fundamentales de las personas.

Finalmente, en el ámbito de la culpabilidad, el Acuerdo Plenario considera que en aquellos casos que el comportamiento culturalmente motivado no pueda ser justificado correspondería ser tratado bajo un puesto de error, preferentemente dentro del supuesto de error culturalmente motivado.

El referido Acuerdo Plenario marca un avance dogmático considerable e tratamiento penal de los comportamientos culturalmente motivados. Sin embargo, el acuerdo estuvo acotado a los casos vinculados al ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal, nativa y ronderil y, además no terminó de explotar el rendimiento de esa perspectiva, situación que ha sido abordada con mayor -a que no suficiente- amplitud en la sentencia bajo comentario.

#### **5.4.- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA PENAL APELACIONES TRANSITORIA Y LIQUIDADORA DE BAGUA.**

##### **5.4.1.- La sentencia y el tratamiento penal de los comportamientos culturalmente motivados.**

La sentencia de 22 de septiembre de 2016, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Supe de Justicia de Amazonas es, tal vez, el mejor

esfuerzo de aplicación del modelo multicultural mixto, específicamente, de la manifestación normativa que se plasma en el Acuerdo Plenario 1-2009.

Se trata de un pronunciamiento judicial respecto de la acusación dirigida contra Segundo Pizango Chota, Santiago Manuin Valera, y varias decenas de miembros de la comunidad nativa Awajun y Wampis por delitos de homicidio calificado y sesiones graves en agravio de Jorge Calla Torres, José Vilela Morales, varios efectivos policiales más; y por los delitos de entorpecimiento al servicio público, disturbios y mi en agravio del Estado. Todo ello, con relación a los sucesos violentos del 5 de junio de 2009 ocurridos en las provincias de Utcubamba y de Bagua, departamento de Amazonas, en el contexto de un operativo policial para desalojar un tramo de la carretera "Fernando Belaunde Terry" ocupada por una multitud de manifestantes pertenecientes a la comunidad awajun y wampis.

La sentencia empieza con una posición metodológica clara y enfática. Decide no tomar comprensión caso de manera reduccionista, es decir, sólo a partir de los sucesos del 5 de junio, sino que, desde una respectiva antropológica analiza las características principales del pueblo jíbaro, especialmente de sus descendientes actuales, las etnias Awajun y wampis.

La posición adoptada por la Sala obedece, según ella misma explica, a las obligaciones del Estado derivadas del marco normativo internacional, constitucional y nacional de protección de la diversidad cultural y etnia de los derechos que integran esa diversidad. Esto determina precisamente la utilización, por parte de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, del enfoque propio del pluralismo cultural para el tratamiento penal de las conductas o "delitos" culturalmente motivados".

En ese contexto, la sentencia considera, de acuerdo con los estudios existentes, que estas comunidades nativas históricamente vienen marcadas por la resistencia a distintos grupos invasores de las áreas que ocupan desde hace varios siglos (primero los Incas, pasando los españoles conquistadores hasta la civilización occidental de nuestros días) y, como

consecuencia de esa resistencia histórica, tales comunidades étnicas han adoptado una organización federativa o descentralizada de la autoridad.

Eran dos aspectos fueron confirmados por un peritaje antropológico, que como prescribía el Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos (Punto VIII. 9), fue dispuesto y utilizado por la Sala para el tratamiento del conflicto penal planteado por los "delitos" culturalmente motivados en los hechos que se vinculan a los sucesos del 5 de junio. Efectivamente, al menos dos aspectos del referido peritaje, resultaron determinantes para el análisis del caso concreto. Por un lado, la organización históricamente federativa o descentralizada de la autoridad que hemos mencionado. Ello es así debido a que el poder del líder es débil y obedece esencialmente a lo encargado por la comunidad. De otro lado, la importancia del territorio y el tipo de relación que los vincula.

#### **5.4.2.- La atipicidad y las causas de justificación en los comportamientos culturalmente motivados.**

La sentencia se ubicaría en un modelo multicultural mixto e intenta avanzar en la perspectiva de utilizar los niveles de la teoría del delito para dar tratamiento al problema cultural planeado. Efectivamente, en primer lugar, esta sentencia ha utilizado de manera novedosa la categoría de la tipicidad objetiva para que, desde una perspectiva del pluralismo cultural, también se pueda dar solución óptima a los problemas que plantean los comportamientos culturalmente motivados. En segundo lugar, la sentencia utiliza el test de proporcionalidad para dar solución al conflicto cultural apelando, aunque no se —endone con suficiente énfasis, en la categoría del ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación (artículo 20 inciso 8 del Código Penal). Si bien anteriormente nuestra jurisprudencia había utilizado esta categoría, lo había hecho básicamente para el caso de las autoridades comunales respecto de su potestad de administrar justicia, más no fuera de este contexto, es decir, para miembros de la comunidad fuera de dicha potestad.

Con relación a la funcionalización de la tipicidad objetiva (aunque no se reconozca esa metodología explícitamente), la sentencia se detiene en el análisis de la instigación de los delitos de homicidio calificado de lesiones graves que se imputan a los líderes comunales. Sin perjuicio de otras consideraciones que la sentencia tiene en cuenta, los vocales de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Amazonas definen a la instigación como el comportamiento que tiene la capacidad de determinar a alguien o algunos la realización de un hecho delictivo.

Apelando al principio de respeto a la diversidad cultural (pluralismo cultural), la sentencia considera que los líderes comunales en el presente caso no tienen esa capacidad debido a la naturaleza y esencia de la organización de estas comunidades y de la forma como se concibe en ella la relación entre el miembro de la comunidad y sus líderes.

En efecto, hemos hecho referencia a la organización federativa o descentralizada de la autoridad. Los estudios y el peritaje antropológico indican que el poder de las acciones o determinaciones de un jefe o un líder Awajun o jibaro no reposan, en esencia, en su fuerza o condiciones personales, sino en ser depositario de un acuerdo comunal pre establecido. El líder o jefe o no dispone de acuerdo a su iniciativa, sino conforme a un acuerdo tomado colectivamente. En ello radica fundamentalmente su fuerza.

Esta característica lleva a afirmar que los líderes o jefes comunales no son los que determinan a los otros a realizar ciertas acciones (no tendrían esa capacidad) sino que lo es el acuerdo más amplio tomado colectivamente entre la mayoría de los miembros del grupo. En síntesis, la perspectiva multicultural o de pluralismo cultural lleva a adaptar el contenido de la instigación penalmente conocida a la forma comuna de tomar decisiones y de vinculación entre los jefes y líderes comunales con sus miembros.

Con respecto al ejercicio legítimo de un derecho y a la utilización del test de proporcionalidad, la Sala lo utiliza para ponderar los derechos al libre

tránsito (que están detrás de los delitos de disturbios y de motín y los derechos que involucran el principio de pluralismo cultural (respeto a la territorialidad, las costumbres y su forma de vida). Se trata de una ponderación novedosa porque, como hemos mencionado, no se refiere al ejercicio de una potestad jurisdiccional sino a miembros de comunidades nativas por hechos que se consideran lesivos de bienes importantes para el Código Penal.

En ese sentido, estamos frente a una ponderación extensa de las causas de justificación, aunque en dos puntos podría ser susceptible de ser fortalecida. Por un lado, la deficiente forma de utilizar el test de proporcionalidad en el contexto de una teoría del delito de corte funcional.

En efecto, la sentencia inicia el tratamiento del conflicto directamente con el test de proporcionalidad sin hacer referencia a la categoría del ejercicio legítimo de un derecho reconocida en el artículo 20° inciso 8 del Código Penal.

Es decir, sería importante enfatizar que el test ponderativo se replantea en el esquema de la teoría del delito lo que permite un tratamiento más claro y preciso. Ciertamente, habiendo identificado la tipicidad de la conducta, el juez penal debe analizar si la conducta es antijurídica o, por el contrario, se halla inmersa en una causa de justificación.

Este razonamiento, ha sido plasmado por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N° 3-2006/ CJ-116 en el que aborda el conflicto entre los delitos contra el honor y los derechos a la libertad de expresión e información. En ese marco, la Corte ha enfatizado:

"Una vez determinados legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión -paso preliminar e indispensable-, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación -si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información, [...]"

En nuestro Código Penal la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8 del artículo 20°, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal "El que obra [...] en el ejercicio legítimo de un derecho...", es decir, de los derechos de información y de expresión."

Por otro lado, resulta mejorable el desarrollo del test de proporcionalidad en dos aspectos. Una primera, es La necesidad de uniformizar la utilización de los derechos en conflicto en los diferentes niveles del test en idoneidad se hace referencia al derecho al libre tránsito, mientras en el nivel de la necesidad se referencia al derecho de la autonomía de las comunidades nativas a través del resguardo del medio ambiente).

La segunda mejora, es la posibilidad de fortalecer, en el nivel de la necesidad, la argumentación sobre la ausencia de otros mecanismos alternativos para la protección eficiente del derecho al respeto a la diversidad cultural y los derechos que ella implica. La sentencia, en esta parte, tiene un desarrollo muy breve. Hubiere sido interesante, por ejemplo, alguna referencia al procedimiento de negociación realizado con el gobierno o las mesas de diálogo que pretendieron dar solución al conflicto.

#### **5.5.- ALGUNAS APORTES EN TORNO A LA RELACIÓN ENTRE DERECHO PENAL Y “DELITOS” CULTURALMENTE MOTIVADOS.**

Los métodos jurídicos son los criterios que orientan el proceso intelectual por medio del cual los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, etc.) determinan tanto el contenido de las proposiciones jurídicos penales (para ver qué casos concretos de la vida son subsumibles en ella) como los hechos que se consideran probados de cara a su relevancia penal o no. Estos dos procesos no son independientes, sino que interactúan activamente.

Señala la profesora Bartlett, el supuesto típico moldea los hechos que se consideran relevantes y los hechos van determinando qué reglas son

apropiadas o pertinentes de aplicar. Lo primero hace referencia a la dogmática penal, esto es, “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal”, mientras que lo segundo hace referencia a los sistemas de valoración de la prueba y averiguación de la verdad de los hechos imputados. (ROXIN, 1997)

La dogmática penal, a través de su proceso de categorización y sistematización de los elementos de los tipos penales, permite evaluar si el operador judicial ha utilizado las categorías dogmáticas o el sistema de filtros de conformidad a la comprensión de las posiciones coherentes en la jurisprudencia y la doctrina penal. Y es que los enunciados penales, de acuerdo con Ferrajoli, ofrecen márgenes de discreción de los operadores jurídicos, márgenes que, en lugar de ser cubiertos por criterios subjetivos, deben solventarse con criterios más objetivos como son la dogmática penal o los principios materiales y procesales que fundamentan la potestad punitiva y garantizan los derechos de las partes en el proceso. (FERRAJOLI, 1995)

Efectivamente, la ciencia penal moderna, más que discutir sobre la estructura del sistema de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad o injusto culpable), discute actualmente acerca de la metodología de comprensión del Derecho penal y de cada uno de los niveles de la teoría del delito. En otras palabras, se trata de reinterpretar el sentido del derecho y de los diversos elementos de la teoría del delito desde una perspectiva abierta. Como señala Schünemann, "en lugar de un sistema axiomático, ni realizable ni deseable, en la ciencia del Derecho debe darse, por tanto, un sistema abierto, de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o al menos se adapte a él".

Con todo, la perspectiva funcional de la dogmática penal no es uniforme. La discusión metodológica actual, superadas las bases epistemológicas del finalismo, discurre entre dos grandes perspectivas: La dogmática penal

funcional de corte valorativo y la dogmática penal funcional de corte sistémico.

En nuestra consideración, se evidencia un mayor rendimiento de la primera de las perspectivas (la dogmática funcional-valorativa) en tanto ésta permitiría introducir perspectivas y principios propios del pluralismo cultural como criterios complementarios que minimicen o anulen los riesgos de una aplicación prejuiciosa o discriminatoria de la norma penal.

#### **a) La dogmática penal funcional sistémica**

Esta perspectiva metodológica, liderada inequívocamente por el profesor Jakobs, considera como función del Derecho penal el mantenimiento de la configuración social o la identidad de la sociedad. De esta manera, el delito (y todos sus niveles) es entendido como una conducta disfuncional al sistema, que cuestiona una norma que implica un modelo de orientación institucionalizada necesaria para la estabilidad de la sociedad. En consecuencia, el derecho penal y la teoría del delito se funcionalizan de acuerdo al fin de estabilización de la norma penal propuesta. Un delito no es otra cosa que la defraudación de las expectativas normativas vinculadas al patrón de conducta que la norma pretende establecer.

Sin embargo, Jakobs, consciente del alto nivel de formalización de su teoría, diferencia entre la autosuficiencia del sistema jurídico y los problemas concretos que tienen que enfrentar los tipos penales de la parte especial. Para estos efectos, señala Jakobs, la perspectiva externa al sistema jurídico resulta importante, esto es, la perspectiva de la sociedad<sup>40</sup>. En ese sentido, la referencia a la sociedad (las expectativas sociales) es la que marca el sentido de la interpretación de los tipos de la parte especial. (JACOBS, 2004)

Jakobs, si bien reconoce que su perspectiva funcional ("neutral") es indistintamente aplicable a una sociedad esclavista como totalitaria, advierte también que sus conclusiones obtenidas a problemas concretos del sistema social "se deben en parte a las particulares condiciones del



derecho vigente en Alemania, pero tomado no sólo en su calidad de derecho positivo, sino también de ordenamiento legítimo, produciéndose de este modo (...) una cierta síntesis entre justificación funcional y un legitimación racional valorativa".

Esta "dogmática real", como denomina Roxin a las conclusiones dogmáticas obtenidas por Jakobs, son en parte semejantes a las elaboradas desde el funcionalismo valorativo. Esta no infrecuente similitud en los resultados dogmáticos se debe, según el propio Roxin, a que Jakobs "aplica al derecho penal vigente el procedimiento metodológico y el instrumental conceptual de la teoría social sistémica pero cuyos contenidos son deducibles de la ley y de la Constitución.

#### **b).- La dogmática funcional valorativa.**

En ésta perspectiva, de acuerdo con Roxin, el Derecho penal y los diversos niveles de la teoría del delito se funcionalizan a consideraciones político criminales. La diferencia con la posición de Jakobs radicaría no solo en la referencia a los fines preventivos de la pena, sino en lo que para Roxin se comprende por política criminal.

En un modelo de estado constitucional, estos valores no sólo se relacionan con aquellos principios pro de la ilustración, sino que se replantean en los valores que se albergan en el modelo de Estado social y democrático de derecho. En otras palabras, el sistema o teoría del delito se reinterpreta a través de criterios valorativos referidos a los fines preventivos de la pena y a los principios garantistas constitucional reconocidos. En ese sentido, según el propio Roxin, se pretende evitar soluciones injustas a las que podría llegar con una elaboración dogmática no funcional, esto es, sin referente externo (puramente ductiva), o puramente sistémica (sólo referida a la vigencia de la norma). (SILVA SANCHEZ, 2001)

Esta perspectiva no se cierra al sistema social dado, sino que se abre a criterios valorativos que a nuestro juicio pueden dar cobertura a nuevas interpretaciones o nuevas perspectivas. Efectivamente, mientras el sistema

funcional sistémico la dogmática y la interpretación de los tipos giran en torno a la auto o presión del modelo social, el modelo propuesto por Roxin abre la interpretación de las categorías de teoría del delito y de los tipos penales no sólo a criterios de prevención general sino a principios valor garantías externas constitucionalizadas.

Pues bien, resulta no tan complicado deducir que el pluralismo cultural mencionado y las exigencias de ella se deducen incardina mejor en la metodología funcional valorativa. En ese sentido, la pregunta los derechos de las personas y de los colectivos integrados a una cultura diferente a la dominante pero también replantear el sentido de la conducta prohibida de los tipos penales, apelando a una interpretación teleológica desde el bien jurídico y desde los derechos conexos con él. En este esquema no cabe duda diferentes derechos fundamentales de los que son titulares las personas y las colectividades pertenecientes a una cultura diferente también tiene cabida en el proceso interpretativo que propugna este método funcional.

### **c) Esbozo de una perspectiva funcional de la teoría del delito desde el principio del pluralismo cultural.**

Corresponde funcionalizar los contenidos de los diversos niveles de la teorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) de acuerdo con el principio de pluralismo cultural protección los derechos (identidad étnica, costumbres, pautas de comportamiento, valoraciones, etc.) le son propios.

En ese sentido, siendo la tipicidad y la antijuridicidad, los elementos menos trabajados por nuestra jurisprudencia, proponemos su interpretación bajo los siguientes parámetros:

- Tipicidad: en este nivel de la teoría del delito deberían incluirse varios de los delitos contra intereses Estado, especialmente, los referidos a los bienes jurídicos de control, como el delito de motín, tranquilidad pública, etc. En estos casos, manifestaciones colectivas o individuales de personas pertenecientes a una cultura comportamientos ajustados al comportamiento permitido y, por lo tanto, no imputables penalmente.

Igualmente pueden incluirse en este nivel aquellos casos en los que la conducta, culturalmente motivada, no suponen lesividad o lesividad relevante desde la perspectiva de la cultura del agente (casos de aparente aireación sexual en el marco de una relación de convivencia consentida entre un mayor y una menor de arar, por ejemplo). Estos casos no son supuestos de error de tipo (error sobre el riesgo penalmente relevante) sino que objetivamente no suponen riesgo penal relevante o no suponen una situación de afectación al bien jurídico penalmente protegido.

- **Antijuricidad**: Las causas de justificación podrían comprender los casos de ejercicio de autoridad comunal o ronderil, como los supuestos de conflicto con el titular de un derecho perteneciente a otra cultura, casos en los que deberá realizarse un juicio de ponderación. Se trata de casos en los que el comportamiento culturalmente motivado afecta, generalmente, bienes jurídicos de titularidad individual y el hecho no ha resultado consentido o aceptado por el afectado o, siendo consentido, se trata de bienes individuales que en la consideración judicial no se tienen por disponibles como la vida o la salud individual. Estos casos pueden tratarse dentro de las categorías del ejercicio legítimo de un derecho o de supuestos de estado de necesidad justificante.
- **Culpabilidad**.- debería considerarse un supuesto residual de solución de los conflictos penales que surgen con los comportamientos culturalmente motivados. Se trata de aquellos supuestos conflictivos que no pueden ser resueltos o excluidos en el ámbito de la tipicidad y tampoco pueden ser excluidos en el ámbito de la antijuridicidad dado que el derecho a la diversidad cultural y los derechos que le son inherentes no logran afirmar su precedencia condicionada sobre bienes de titularidad individual muy importantes en el marco del respeto a los derechos fundamentales. Estos casos podrían ser resueltos bajo una fórmula de error de comprensión que incide sobre el carácter prohibido de su conducta o sobre la no permisión de la misma.

## **CAPITULO VI**

### **BASE LEGAL**

#### **6.1.- CONSTITUCION POLITICA DEL PERU.**

**Artículo 2.** Toda persona tiene derecho: [...]

**19.** A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

Nuestra Constitución Política reconoce el derecho de propiedad de las comunidades nativas sobre su territorio, al medio ambiente, a la identidad étnica y cultural, a la educación, y a la salud; en tal sentido, estos derechos consagrados se deben de interpretar también en concordancia con el Convenio N° 169 que los garantiza.

**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.

#### **6.2.- LEY ORGÁNICA PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES, Ley N° 26821.**

Señala en el artículo 17°, que los miembros de las comunidades campesinas y nativas pueden beneficiarse gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras, para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales. Cuando mencionamos el entorno adyacente, debemos entender que abarca los recursos naturales que puedan encontrarse en el suelo y subsuelo.

### **6.3.- RESOLUCIÓN LEGISLATIVA 22231 DE JUNIO 11 DE 1978**

Aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### **Artículo 8. Garantías Judiciales. [...]**

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

### **6.4.- RESOLUCIÓN LEGISLATIVA 26253 DE DICIEMBRE 2 DE 1993.**

#### **Artículo 8**

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

#### **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.

**Aprueba el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.**

#### **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.

## **Artículo 20**

**1.** Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

**2.** Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

- a)** Acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
- b)** Remuneración igual por trabajo de igual valor;
- c)** Asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
- d)** Derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

**3.** Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

**a)** Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la

práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;

**b)** Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

**c)** Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;

**d)** Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

**4.** Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

#### **6.5.- DECRETO LEY N° 22175 DE MAYO 9 DE 1978.**

##### **Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva**

##### **Artículo 19.**

En los procesos civiles y penales los tribunales comunes o privativos, según el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socioculturales de las Comunidades.

#### **6.6.- DECRETO LEGISLATIVO 635 DE ABRIL 3 DE 1991**

##### **Código Penal**

**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.

#### **Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena.**

El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y,
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

#### **6.7.- DECRETO SUPREMO N° 003 –79-AA DE ENERO 25 DE 1979.**

##### **Reglamento de la Ley 22175 de mayo 9 de 1978**

**Artículo 7.** Los defensores de oficio adscritos a los juzgados de Tierras, en cuya jurisdicción existen Comunidades nativas, asumirán la defensa de los derechos de éstas respecto de la sanciones que se deriven de la aplicación de la Ley y del presente Reglamento.

#### **6.8.- LEY 26505 DE JULIO 17 DE 1995.**

##### **Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas**

**Artículo 6.** Las acciones judiciales que impliquen derechos sobre tierras que están destinadas a uso agrícola, ganadera y forestal, se sujetan al trámite de los procesos establecidos en el Código Procesal Civil, según su naturaleza y cuantía.

#### **6.9.- LEY 27337 DE JULIO 21 DE 2000.**

##### **Código de los niños y adolescentes**

##### **Título Preliminar**

**Artículo VII Fuentes.** En la interpretación y aplicación del presente Código se tendrá en cuenta los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás convenios internacionales ratificados por el Perú.



En todo lo relacionado con los niños y adolescentes, las instituciones familiares se rigen por lo dispuesto en el presente Código y el Código Civil en lo que les fuere aplicable.

Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código. Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además de este Código y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público.

#### **6.10.- DECRETO SUPREMO 008-91 TR DE FEBRERO 21 DE 1991**

##### **Aprueba Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas**

**Artículo 34.** La relación entre las faltas y las sanciones serán establecidas en el Estatuto de la Comunidad y determinadas en Asamblea General el primer mes de cada año, teniendo en cuenta lo siguiente:

- a. Naturaleza de la falta;
- b. Antecedentes del comunero;
- c. Reincidencia;
- d. Circunstancia en que se cometió la falta; y
- e. Usos y costumbres de la Comunidad.

**Artículo 35.** Las sanciones de amonestación y multa serán impuestas por la Directiva Comunal y las demás por acuerdo de la Asamblea General, previa citación del infractor para su correspondiente defensa.

#### **6.11.- DECRETO SUPREMO 038-2001-AG DE JUNIO 22 DE 2001**

##### **Reglamento de la Ley de Areas Naturales Protegidas**

**Artículo 125.** Régimen Especial de la administración de las Reservas Comunales

125.1 Las Reservas Comunales cuentan con un régimen especial de administración que es regulado mediante Resolución Directoral de la

Dirección General, la cual establece las pautas para su administración y que son determinadas en los términos del Contrato de Administración respectivo. Este Régimen Especial establece los procedimientos que deben ser utilizados para determinar responsabilidades y medidas correctivas que contemplarán de ser el caso, el derecho consuetudinario de las comunidades campesinas o nativas y en el marco de las normas vigentes de la República. [...]

125.3 Para ser reconocidos como Ejecutor del Contrato de Administración, los beneficiarios deben acreditar una única representación legal, la que debe tener como fin la administración del conjunto de la Reserva Comunal. La base de esta representación legal se realiza mediante un proceso informado, público, consensuado y asentado en sus usos y costumbres. Otros requisitos pueden ser establecidos en el desarrollo del Régimen Especial.

#### **6.12.- RESOLUCIÓN LEGISLATIVA 25286 DE DICIEMBRE 4 DE 1990.**

**Aprueba la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.**

##### **Artículo 2.**

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

#### **6.13.- LEY 28495 DE ABRIL 6 DE 2005**

**Ley de Creación del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y afroperuano.**

**Artículo 4. Funciones del INDEPA.** El INDEPA tiene las siguientes funciones específicas:[...]

- h) Estudiar los usos y costumbres de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos como fuente de derecho, buscando su reconocimiento formal.

#### **6.14.- RESOLUCIÓN DE INTENDENCIA 019-2005-DE JUNIO 24 DE 2005 INRENA-IANP.**

**Régimen especial para la administración de las reservas comunales.**  
**Anexo a la Resolución**

##### **Artículo 44. Vigilancia y control de las Reservas Comunales**

El sistema de vigilancia y control se encuentran a cargo del Jefe del ANP con apoyo del Ejecutor del Contrato de Administración. Asimismo, para cumplir con sus funciones cuenta con Guarda-parques y Guarda-parques Voluntarios, cuyas funciones están establecidas de manera general en los artículos 27º y 33º del Reglamento y, de manera específica, en el Plan Maestro de cada Reserva Comunal a fin de salvaguardar su patrimonio cultural y natural.

El Plan de Vigilancia de la Reserva Comunal a que se refiere el artículo 26 literal p) del presente Régimen Especial, incorporará la participación de los beneficiarios en calidad de guarda parques voluntarios dentro del marco de los artículos 27 y 33 del reglamento.

Para el caso de las comunidades campesinas o nativas pertenecientes a los pueblos indígenas, las acciones de vigilancia y control de las actividades al interior de la Reserva Comunal, se establece considerando las normas del derecho consuetudinario, el Convenio 169 y, en cuanto sea aplicable, las disposiciones del artículo 149º de la Constitución Política del Perú.

#### **6.15.- CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES Nº 169.**

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión.

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957; Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación.

#### **6.16.- CARTA ANDINA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

Artículo 36° estipula que los países miembros de la Comunidad Andina reiteraron su compromiso de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos internacionales, que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los pueblos Indígenas y los de las comunidades de afro descendientes.

## **CAPITULO VII**

### **“LAS POLÍTICAS DE ESTADO Y SU TRASCENDENCIA JURÍDICO PENAL EN LA PREVENCIÓN DE DELITOS COMETIDOS EN COMUNIDADES NATIVAS AL AMPARO DEL DERECHO CONSUETUDINARIO”**

#### **7.1.- EL ESTADO DE LA TITULACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS**

La dificultad que puede tener un campesino o una comunidad campesina para defender legalmente sus tierras si es que no cuenta con un documento formal que acredite su derecho de propiedad sobre esas tierras.

Como se sabe, la Constitución Política de 1920 reconoció constitucionalmente la existencia legal de las entonces llamadas comunidades de indígenas, y para proteger sus tierras declaró que eran “inalienables”.

La Constitución Política de 1933 reiteró el reconocimiento de la existencia legal de estas organizaciones y estableció un tratamiento proteccionista de sus tierras, considerándolas imprescriptibles, inajenables (salvo el caso de expropiación) e inembargables.

La Constitución de 1979 prácticamente repitió el tratamiento de su predecesora, pero explicitó como excepción de la inalienabilidad de las tierras de las comunidades campesinas y comunidades nativas el caso de la expropiación por el Estado; asimismo, introdujo como segunda excepción la facultad de las comunidades de disponer de sus tierras, para lo cual se requería la votación favorable de por lo menos dos terceras partes de los comuneros calificados.

La Constitución vigente, de 1993, modificó el régimen de protección de las tierras comunales, eliminando la inembargabilidad y la inalienabilidad, al otorgar a las comunidades la libre disposición de sus tierras, dejando

vigente solo la imprescriptibilidad de sus tierras, con la sola excepción del abandono de las mismas.

**COMUNIDADES CAMPESINAS RECONOCIDAS Y TITULADAS, POR DEPARTAMENTO, A MAYO DE 2009**

<b>Departamento</b>	<b>Comunidades Reconocidas</b>	<b>Comunidades Tituladas</b>	<b>Comunidades por titular</b>
Amazonas	52	52	0
Áncash	349	328	21
Apurímac	470	432	38
Arequipa	103	94	9
Ayacucho	654	470	184
Cajamarca	104	82	22
Cusco	928	796	132
Huancavelica	592	517	75
Huánuco	285	205	80
Ica	11	3	8
Junín	391	356	35
La Libertad	120	112	8
Lambayeque	28	17	11
Lima	289	228	61
Loreto	95	41	54
Moquegua	75	72	3
Pasco	73	65	8
Piura	136	125	11
Puno	1.265	1.056	209
San Martín	1	1	0
Tacna	46	43	3
<b>Total</b>	<b>6.067</b>	<b>5.095</b>	<b>972</b>

Fuente: Exposición del ingeniero Victoriano Cáceres, COFOPRI. Lima, agosto de 2010.

La comparación con la información proporcionada por Cofopri en setiembre de 2009 (que fuera publicada en el primer informe de monitoreo), indica que no se avanzó con el saneamiento de las comunidades campesinas en este período.

Ello permitiría afirmar que el Estado no ha asumido esta obligación conforme reiteradas normas legales lo han establecido.

El Directorio de COFOPRI a diciembre 2009 no brinda información sobre el total de tierras tituladas a las comunidades campesinas, por lo que debemos remitirnos a los datos del PETT hasta el año 2002. Allí se daba cuenta de 5.818 comunidades campesinas, que tendrían 19'721.441,69 hectáreas. La simple comparación llevaría a la conclusión de que el reducido número de comunidades tituladas en ese período (138) han recibido una gran cantidad de tierras: 5'549.474 hectáreas.

Ese dato demanda una mayor atención, pues resulta poco verosímil que con un crecimiento proporcionalmente tan reducido de comunidades campesinas (2,44%) se haya producido un aumento tan significativo de su extensión total (39,16%), sin que se tome en cuenta el número de comunidades campesinas no tituladas.

Se requiere de un sinceramiento de las cifras respecto del estado actual del saneamiento legal de las comunidades campesinas. Pero, casi como una condición previa, se requiere que exista una entidad que asuma en forma clara este proceso, como responsabilidad propia, y centralice la información. Como veremos en la siguiente parte de este informe, este es precisamente uno de los problemas mayores de las comunidades, tanto campesinas como nativas.

## **7.2- LA TITULACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS.**

En la década de 1980, con la conversión de numerosos Grupos Campesinos en comunidades campesinas, el número de comunidades y

de tierras adjudicadas a ellas se incrementó en forma significativa. A ellas se sumaron los cientos de comunidades campesinas que se formaron sobre todo en Puno entre 1986 y 1987, como parte del proceso de reestructuración de las empresas asociativas en ese departamento.

Las nuevas comunidades formadas como resultado del proceso de Reforma Agraria y del proceso de reestructuración de las empresas asociativas, así como los anexos comunales que se independizaron de sus comunidades originales (comunidades madre), no contaban con títulos coloniales.

Ello debió llevar al Estado a disponer un procedimiento o establecer una dependencia estatal que asumiera esta labor.

Con la Ley de Deslinde y Titulación, en 1987, se estableció un procedimiento especial, de naturaleza administrativa, para atender los problemas de las comunidades campesinas derivados de estas distintas situaciones:

- a) Falta de títulos de las tierras que poseen;
- b) Títulos que discrepen respecto del área real de la comunidad; y
- c) Imprecisión en los linderos, medidas perimétricas o tierras superficiales que comprende el territorio.

En la Ley de Deslinde y Titulación se reguló un proceso administrativo a cargo de las Direcciones Regionales Agrarias (en ese entonces, órganos desconcentrados del Ministerio de Agricultura), el cual consideraba la intervención de estas instancias, facultándolas incluso para promover conciliaciones en determinados casos.

A partir de 1996 hasta el año 2000 se puso en práctica el Proyecto de Titulación y Regularización de Tierras –PTRT–, uno de cuyos ejecutores fue el PETT. Pero el PTRT en esa primera etapa excluyó explícitamente del saneamiento de tierras a las comunidades campesinas. Por ello, el proceso



de formalización de propiedades comunales tuvo un avance casi nulo, solo impulsado por las comunidades que pudieran sufragar los costos que el PETT demandaba para responder a la respectiva solicitud.

Sin embargo, desde esos años, se ha podido observar la irregular titulación de tierras comunales a los comuneros, en forma individual o familiar, a pesar que los funcionarios del PETT lo negaron sistemáticamente. Ello parece haber continuado durante la ejecución de la segunda etapa del PTRT (entre 2000 y 2005), pese a que en dicha segunda etapa se contempló el saneamiento de 541 comunidades campesinas.

En febrero de 2007 se aprobó en forma sorpresiva el Decreto Supremo N° 005-2007-VIVIENDA, por el cual se dispuso la fusión por absorción del PETT por COFOPRI, el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal, dependencia del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. En junio del mismo año se dio por concluido dicho proceso de fusión por absorción, declarándose extinguido al PETT.

Con el sesgo urbano propio de su creación, el Cofopri-Rural empezó a aplicar normas provenientes del ámbito urbano. Contando en la gran mayoría de los casos con la complacencia de los comuneros, Cofopri-Rural entregó títulos de propiedad sobre las casas y huertas de comuneros en tierras comunales. Sin respetar el derecho de propiedad de las comunidades (consagrado constitucional y legalmente), Cofopri interpretó que el cambio de uso de la tierra era razón suficiente para entregar títulos de propiedad a los comuneros, en forma individual o familiar. En realidad, aplicando las normas en forma correcta, esa decisión solo podía tomarla la comunidad reunida en asamblea, contando con el voto a favor de los 2/3 de todos los comuneros, como manda la Ley 26505, Ley de Tierras, tratándose de comunidades campesinas ubicadas en la sierra y selva y las comunidades nativas.

Para el caso de las comunidades campesinas asentadas en la costa, el número de votos necesarios para decidir la adjudicación individual de

tierras es bastante menor, como indica la Ley N° 26845, Ley de Titulación de Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa.

Debe mencionarse que al aprobarse a fines de 2002, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, N° 27867, se incluyó en su Artículo 51°, relacionado con las funciones exclusivas de los gobiernos regionales en materia agraria, el inciso “n”, que les fija como una de sus funciones: “Promover, gestionar y administrar el proceso de saneamiento físico-legal de la propiedad agraria, con la participación de actores involucrados, cautelando el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable de las tierras de las comunidades campesinas y nativas”. La mencionada función, sin embargo, nunca fue asumida por los gobiernos regionales, pues la ejercía el PETT, que luego fue absorbido por Cofopri.

Lo cierto es que en estos momentos no hay ninguna entidad a cargo del saneamiento legal de la propiedad comunal. Es de esperar que luego de efectivizada la transferencia de estas funciones de Cofopri a los gobiernos regionales, que no debería pasar de fines de 2010, se dote a las respectivas Direcciones Regionales Agrarias de los equipos necesarios (no solamente recursos técnicos y económicos sino, sobre todo, recursos humanos capacitados). Solo de esta forma dichas dependencias asumirán con seriedad tales funciones, de modo que pueda así, finalmente, concluir el proceso de titulación de las comunidades que aún no tienen títulos y puedan estas abordar otras tareas complementarias, pero sumamente importantes, como la colocación de hitos en los linderos comunales y emprender acciones conjuntas entre comunidades vecinas.

### **7.3.- LA LEY DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS.**

El Perú suscribió el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Por tratarse de un tratado internacional vinculado a los derechos humanos, nuestro Congreso ratificó ese Convenio en noviembre de 1993. Por tanto, el Convenio N° 169 se ha incorporado a nuestra legislación nacional. Ello ha quedado plenamente establecido luego que el Tribunal Constitucional le

ha reconocido a dicho convenio rango constitucional (Sentencia correspondiente al caso Cordillera Escalera, del 19 de febrero de 2009):

“De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”.

Ahora bien, aunque el Convenio N° 169 reconoce una serie de derechos de los pueblos indígenas, estipula también en varios artículos la necesidad de que los Estados legislen o establezcan determinados procedimientos para viabilizar su plena aplicación. Uno de esos aspectos es el derecho a la consulta al que se refiere el artículo 6, en sus dos partes:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

- c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Luego de la publicación de los decretos legislativos en el primer semestre de 2008 se produjeron múltiples críticas y cuestionamientos a los mismos, destacando entre ellos el que no se los hubiera consultado previamente a las comunidades campesinas y nativas. Los pueblos indígenas de la Amazonía fueron los que lograron tener mayor impacto con sus protestas, lo que llevó a que en setiembre de ese mismo año se derogaran los Decretos Legislativos 1015 y 1073, obteniendo además el compromiso del Congreso de la República de revisar y derogar los otros decretos legislativos cuestionados. Una de las críticas centrales de dichas organizaciones en esos meses fue la falta de consulta a ellos, antes de aprobar esas normas, conforme dispone el Convenio N° 169, de acuerdo a la cita que hicimos líneas más arriba.

Debido a que el Congreso no cumplió con el compromiso de revisar los decretos legislativos cuestionados, las organizaciones indígenas amazónicas reiniciaron sus protestas en abril de 2009. La intransigencia del Gobierno y de los congresistas oficialistas derivó en los lamentables sucesos de Bagua, el 5 de junio de ese año, en el que 34 personas fallecieron (policías, nativos y pobladores), hubo decenas de heridos y muchos nativos resultaron detenidos.

Como un directo resultado de estos hechos se conformó el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, bajo cuyo marco se instalaron cuatro Mesas de Diálogo, una de las cuales tenía como encargo proponer una Ley de Consulta Previa.

Tomando como punto de partida un proyecto de ley preparado por la Defensoría del Pueblo, dicha Mesa de Diálogo aprobó una propuesta, recogiendo los aportes de las organizaciones indígenas así como de los representantes del Poder Ejecutivo, al cabo de casi seis meses de trabajo. Esas conclusiones y la propuesta fueron así presentadas ante los representantes del Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos.

“Ante la aprobación de la Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocida en el Convenio N° 169 de la OIT, las organizaciones nacionales saludamos al Congreso peruano por la aprobación de esta ley, en tanto constituye un primer paso en la implementación de los derechos de los pueblos indígenas del Perú. Este avance es el resultado de los esfuerzos y reivindicaciones de muchos años de nuestros pueblos andinos y amazónicos.

La aplicación de la presente Ley ayudará a reducir los conflictos sociales, garantizar derechos colectivos y dará seguridad jurídica en el marco de un estado de derecho. Ello requiere, sin embargo, un fuerte compromiso del Estado para garantizar la implementación de la presente ley y asegurar la inclusión de nuestros pueblos en el desarrollo nacional”.

La ley debe explicitar que el proceso de consulta no otorga a los pueblos indígenas un derecho de veto (lo que siempre estuvo claro para la OIT, las organizaciones indígenas y el propio gobierno), que el procedimiento planteado frenaría las inversiones privadas, que no podría anteponerse el derecho de grupos minoritarios a los intereses de la mayoría de la población y que las comunidades campesinas no debían considerarse parte de los pueblos indígenas.

La necesidad de que la norma de creación de la entidad vinculada a las comunidades tuviera rango de ley, en diciembre de 2004 se creó el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA), mediante la Ley N° 28495, publicada el 15 de abril de 2005. Fue

creado como un organismo público descentralizado, con rango ministerial y pliego presupuestal propio, encargado de delinear las políticas nacionales en materia de pueblos andinos, amazónicos y afroperuano. Al crearse el INDEPA se dispuso la desactivación de la CONAPA, transfiriéndole su patrimonio y acervo documentario.

#### **7.4.- EL PLAN DE DESARROLLO INTEGRAL DE LOS PUEBLOS ANDINOS.**

En el primer informe de monitoreo, publicado a inicios de 2010, dábamos cuenta de las movilizaciones de los pueblos amazónicos, que culminaron en los lamentables y aún no del todo esclarecidos hechos de Bagua, del 5 de junio de 2009, así como de los resultados de la labor de las cuatro mesas de trabajo que posteriormente se instalaron, una de las cuales se abocó a la discusión de una propuesta de Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, tema que retomamos en la tercera parte del presente informe

En el primer informe de monitoreo informamos que también en junio de 2009, las comunidades campesinas en Andahuaylas, Ayacucho y Huancavelica se movilaron masivamente, luego de lo cual las autoridades del Poder Ejecutivo abrieron un espacio para la negociación con las poblaciones campesinas y comunidades campesinas de esa parte de la sierra, lo que culminó con la suscripción de un acta en Andahuaylas.

Mediante la Resolución Suprema N° 135-2009-PCM (publicada en el diario oficial El Peruano el 27 de junio de 2009) se constituyó la Mesa para el Desarrollo Integral de los Pueblos Andinos en extrema pobreza.

Dicha instancia tenía por finalidad que el Estado (con la participación de las comunidades campesinas, las autoridades regionales y locales de los Gobiernos Regionales de los departamentos de Apurímac, Ayacucho y Huancavelica) atienda y brinde soluciones a las demandas de las comunidades campesinas de los departamentos antes señalados y que elabore un plan de desarrollo integral para la zona. Posteriormente, se amplió la participación de los miembros de la Mesa y se fijó un plazo para la solución de las demandas de las comunidades y la formulación del Plan

de Desarrollo Integral de los Pueblos Andinos, conocido también por la sigla PDIPA.

#### **7.5.-ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD SOBRE FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS REGIONALES EN MATERIA DE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS**

En el marco del actual proceso de descentralización se viene produciendo un progresivo traspaso de funciones y competencias del nivel nacional hacia los niveles sub-nacionales de gobierno. A la fecha, y de acuerdo con la información proporcionada por la Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros, se ha transferido alrededor del 96% del total de funciones previstas en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR). No obstante este importante avance, dicho proceso aún no ha concluido debido a un conjunto de complejos procesos administrativos imbricados que van más allá del cumplimiento de los requisitos generales exigidos para la transferencia de funciones, la acreditación de tales requisitos y los compromisos asumidos por los sectores y los gobiernos regionales para su progresiva implementación.

##### **7.5.1.- La inclusión como uno de los principios rectores de las políticas y gestión regional**

El artículo 8º de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, incorpora en los siguientes términos el principio de la inclusión en la gestión regional: “El Gobierno Regional desarrolla políticas y acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la inclusión económica, social, política y cultural, de jóvenes, personas con discapacidad o grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, principalmente ubicada en el ámbito rural y organizado en comunidades campesinas y nativas, nutriéndose de sus perspectivas y aportes. Estas acciones también buscan promover los derechos de grupos vulnerables, impidiendo la discriminación por razones de etnia, religión o género y de toda otra forma de discriminación”.

Este principio es congruente con lo señalado por el artículo 6º de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, que incluyó como uno de sus objetivos en el ámbito social el de “incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad y superando toda clase de exclusión y discriminación”. De manera complementaria señala también a la equidad como “un componente constitutivo y orientador de la gestión regional”, por la cual se promociona la igualdad de acceso a las oportunidades y, a la vez, se identifican los sectores sociales que requieren una atención especial por parte de los gobiernos regionales.

#### **7.5.2.- Funciones y competencias específicas con relación a las comunidades campesinas y nativas**

La característica principal de la normatividad descentralista en este aspecto es la escasa regulación de funciones y competencias de los gobiernos regionales vinculadas al ámbito de las comunidades campesinas y nativas. Así, de acuerdo al Título IV, Capítulo II de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, las funciones específicas que corresponden ejercer a este nivel de gobierno con relación a las comunidades campesinas y nativas son las siguientes:

##### **a) En materia de educación (Artículo 47º):**

i) Promover permanentemente la educación intercultural y el uso de las lenguas originarias de la región.

##### **b) En materia agraria (Artículo 51º):**

n) Promover, gestionar y administrar el proceso de saneamiento físico-legal de la propiedad agraria, con la participación de actores involucrados, cautelando el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable de las tierras de las comunidades campesinas y nativas.



De manera complementaria, la Disposición Final Décima de la LOGR dispone: “Los Gobiernos Regionales para culminar el saneamiento físico legal de la propiedad agraria, a que se refiere el artículo 51º, literal n) de la presente Ley, tienen un plazo de tres años a partir de haber asumido la competencia respectiva”.

**c) En materia de desarrollo social e igualdad de oportunidades (Artículo 60º):**

- g) Formular y ejecutar políticas y acciones concretas orientadas a la inclusión, priorización y promoción de las comunidades campesinas y nativas, en el ámbito de su jurisdicción.

Además de estas tres funciones vinculadas a los sectores Educación, Agricultura y Desarrollo Social, respectivamente, podrían incluirse otras que, indirectamente, aluden a las comunidades campesinas y nativas como las de planificación y ejecución de planes y políticas en materia ambiental, de promoción del desarrollo turístico y de la artesanía. Sin embargo, éstas no pueden incluirse en el análisis normativo en tanto no se señalan de manera explícita competencias que tendrían los gobiernos regionales en estas materias.

De otro lado, y pese a la vigencia en el Perú del Convenio 169 de la OIT desde 1996, tampoco existe una mención explícita en las normas sobre transferencia de funciones y competencias, a los pueblos indígenas en el marco del reconocimiento que de éstos hace el mencionado convenio<sup>19</sup>. De este modo, cualquier otra función a ser asumida por los gobiernos regionales con relación a los pueblos indígenas, deberá sustentarse en otras normas específicas o en una interpretación amplia de las disposiciones contenidas en el Convenio 169.

### **7.5.3. Estado actual de la transferencia de funciones en materia de comunidades campesinas y nativas.**

Al año 2009, según información proporcionada por la Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros, la totalidad de funciones previstas en materia de educación (artículo 47º) y desarrollo social (artículo 60º) fueron traspasadas a los gobiernos regionales, incluidas las funciones mencionadas líneas arriba, vinculadas a comunidades campesinas y nativas.

De un total de 4,500 funciones por transferir (180 por 25 gobiernos regionales) han sido transferidas hasta el año 2009 4,209 funciones (es decir, el 94.6% del total)<sup>20</sup>, quedando aún por ser transferidas cinco funciones; siendo una de ellas la función n) del artículo 51º de la LOGR sobre saneamiento físico legal de la propiedad agraria, incluidas las tierras de las comunidades campesinas y nativas.

Los procedimientos y plazos para la transferencia de esta función se determinan por lo previsto en el D.S. Nº 088-2008-PCM, el mismo que precisa que las entidades responsables de la transferencia de esta función son el Ministerio de Agricultura y el Ministerio de Vivienda, a través del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI). Además, estableció como plazo último el 30 de junio de 2009 para que se culmine con la efectivización de la transferencia de esta función. Posteriormente, a través de sucesivas normas, este plazo ha ido ampliándose hasta el 31 de diciembre del presente año, según lo dispuesto por el D.S. Nº 053-2010-PCM.

En este tema, llama la atención que se haya asignado a COFOPRI la responsabilidad de efectuar la transferencia de esta función luego de que se produjera en el año 2007 la fusión por absorción del Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETT) a este organismo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Como resultado de ello, COFOPRI terminó siendo el ente responsable de la transferencia de la función n) del artículo 51º de la LOGR, correspondiente al sector Agricultura.

Como consecuencia de ello, esta entidad aprobó el Instructivo N° 001-2007-COFOPRI, a través de Resolución Directoral N° 110-2007-COFOPRI/DE, mediante la cual se estableció un procedimiento basado en la creación de Comisiones de Transferencia encargadas de la efectivización de la transferencia de la función n) del artículo 51° de la LOGR y la posibilidad de suscribir convenios marco intergubernamentales (CMI) con los gobiernos regionales a fin de realizar acciones de colaboración, coordinación y cooperación.

#### **7.5.4.- Delimitación de competencias entre Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales.**

De acuerdo con el artículo 5° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, “el ejercicio de las competencias compartidas del Poder Ejecutivo con los gobiernos regionales y locales está regido por la Constitución Política del Perú, la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades, así como las Leyes Orgánicas de Organización y Funciones de los Ministerios y las entidades que componen el Poder Ejecutivo”. La Primera Disposición Transitoria establece un plazo de seis meses para que los Ministerios que tienen a su cargo competencias exclusivas y compartidas elaboren sus proyectos de Ley de Organización y Funciones y los presenten para su aprobación al Congreso de la República.

#### **7.5.5.- Hacia una gestión descentralizada en el marco del Plan Anual de Transferencias 2009.**

En julio del año pasado se publicó el D.S. N° 047-2009-PCM conteniendo el Plan Anual de Transferencias para el año 2009. Este plan marca un hito importante en el proceso porque propone, sobre la base del 94.6% de funciones transferidas, avanzar hacia un modelo de gestión descentralizada, para lo cual se propone algunos de los siguientes lineamientos:

- El ejercicio de las nuevas funciones y competencias supone cambios en los roles de los tres niveles de gobierno, en cuanto a sus relaciones, arreglos institucionales, etcétera.
- Pasar de un enfoque sectorial hacia un enfoque territorial de la gestión, lo que supone identificar procesos de gestión compartida y delimitación de roles por niveles de gobierno, tomando en cuenta las LOF y las matrices de competencias diseñadas por cada sector. Además, deberán determinarse los recursos humanos y financieros, bienes, servicios y otros recursos asociados para hacer efectiva la descentralización.
- El desarrollo de la gestión descentralizada se realizará a través de las Comisiones Intergubernamentales (CI), teniendo como herramientas los convenios de gestión, de delegación y otros que se establezcan por acuerdo de las partes involucradas. Estas comisiones intergubernamentales están conformadas por representantes de los ministerios y de los gobiernos regionales y locales, según corresponda; así como por otras entidades y órganos de la administración pública.
- Se establecen plazos para la presentación de informes de las Comisiones Intergubernamentales: noviembre de 2009 y junio y diciembre de cada año. Además, los ministerios podrán firmar convenios de delegación con los gobiernos regionales para el ejercicio de las funciones transferidas.
- Para efectos de transferir los recursos asociados a las competencias, los ministerios deberán identificar tales recursos en sus respectivos pliegos presupuestales. La transferencia de competencias debe realizarse acompañando tales competencias con las respectivas transferencias de recursos financieros y humanos, para asegurar la continuación de los servicios públicos. Una vez producida la transferencia, los gobiernos regionales

priorizarán la programación y formulación presupuestal de los siguientes años, incluyendo los recursos que sean necesarios para el ejercicio de la función transferida.

#### **7.5.6.- Arreglos institucionales para un mejor servicio público.**

Acabamos de señalar que, de acuerdo al nuevo modelo de gestión descentralizada, los roles asumidos por el gobierno nacional y los gobiernos subnacionales debe conducir a nuevas formas de relación entre ellos y, de ser necesario, a arreglos institucionales que permitan una gestión más eficiente de las funciones y competencias transferidas.

Dados los límites del actual proceso de descentralización –algunos de ellos mencionados en este documento de trabajo– avanzar hacia nuevos modelos de gestión y organización en los gobiernos regionales es aún una experiencia.

#### **7.5.7.- Trascendencia aportes de la sentencia del caso “El Baguazo”, al reconocimiento del derecho a la protesta.**

La sentencia del caso del Baguazo, emitida Sala Penal de Apelaciones Transitoria Liquidadora de Bagua de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, recaída en el expediente No 00194-2009 (sentencia del Baguazo, constituye un hito histórico en materia del reconocimiento del derecho a la protesta en nuestro país.

Este proceso penal fue consecuencia del bloqueo que los pueblos indígenas Awajún y Wampis hicieron del tránsito de medios de transporte vehicular, en un tramo de la Carretera marginal de la selva Fernando Belaunde Terry (sector Curva del Diablo), en una protesta pacífica durante 55 días. Esta protesta se realizó luego que el Gobierno aprobara un conjunto de normas que facilitaban la disposición de sus territorios ancestrales. En la medida que estas normas les afectaban a los pueblos indígenas, debió realizarse el proceso de consulta previa, tal como lo exigía el Convenio 169 de la OIT. La protesta se realiza precisamente como

consecuencia de la negativa del Gobierno a derogarlas y a consultarlas.

Varios son los aportes de la sentencia del caso del Baguazo, en favor del reconocimiento del derecho a la protesta: 1) la aplicación y la utilización del principio de proporcionalidad para examinar y evaluar la constitucionalidad de las medidas de fuerza adoptadas, en el marco de las protestas sociales contra el gobierno en el conflicto del Baguazo; 2) el reconocimiento que la finalidad de las protestas sociales en el caso del Baguazo era la defensa del territorio ancestral de los indígenas ante la inacción administrativa; y 3) la incorporación de algunos principios jurídicos como criterios y parámetros para evaluar la razonabilidad de las medidas de fuerza adoptadas en las protestas sociales.

Si bien nos centraremos en el derecho a la protesta, merece destacarse también en la sentencia del Baguazo, el esfuerzo por comprender a los pueblos indígenas Awajun y Wampis que había iniciado las protestas, el reconocimiento de la diferencia cultural, la necesidad de respetar ciertas garantías del debido proceso de los indígenas cuando son procesados en la justicia estatal ordinaria, en esa línea, lo referido al derecho al intérprete y al peritaje antropológico. También hay que destacar el desarrollo del marco normativo nacional e internacional que protege a los pueblos indígenas, su implementación en el derecho interno, el derecho a los territorios ancestrales, el derecho a la consulta, etc.

Si bien estamos ante una sentencia que ha sido apelada y que será revisada por la Corte Suprema, y a pesar de las críticas y cuestionamientos que tenemos a la sentencia, consideramos que ella constituye sin lugar a dudas un peldaño irreversible en los esfuerzos en favor del reconocimiento del derecho a la protesta. Si bien formalmente la sentencia tiene efectos solo entre las partes, su contenido la convierte en una jurisprudencia ilustrativa y persuasiva, que no podrá ser desconocida en adelante por los operadores del sistema de justicia.

## **7.6.- TRASCENDENCIA JURIDICO PENAL EN LA PREVENCIÓN DE DELITOS COMETIDOS EN COMUNIDADES NATIVAS AL AMPARO DEL DERECHO CONSUETUDINARIO.**

### **7.6.1.- Cuestión Previa -Fundamento Constitucional del Derecho a la Protesta.**

La sentencia del Baguazo conceptúa el derecho a la consulta, a partir de la página 152, como concreción del derecho a la libertad de expresión y reunión solamente. Sin embargo, estimamos que no logra entender que el derecho a la protesta va más allá de estos derechos. El derecho a la protesta tiene cobertura constitucional pues implica el ejercicio de por lo menos cuatro derechos fundamentales. En primer lugar constituye un ejercicio de la libertad de reunión consagrado en el artículo 2.12 de la Constitución Política del Perú, el cual autoriza a “reunirse pacíficamente sin armas”. En el caso del Baguazo, se reunieron con la finalidad de protestar de manera pacífica y sin armas, contra las normas aprobadas por el Congreso, donde disponían de los territorios de los indígenas.

En segundo lugar, estos indígenas protestaron ejerciendo la *"libertad de opinión"* y la *"difusión del pensamiento"*, pues están expresando una opinión política siempre subjetiva que se traduce en el cuestionamiento a las malas prácticas del gobierno, por los graves impactos en el medio ambiente y en el territorio ancestral de la población, que tendría la aprobación de las normas aprobadas de forma inconsulta, en el marco de la implementación del TLC con USA.

*El derecho a la protesta de alguna manera concreta la libertad de conciencia reconocida en el artículo 2.3 de la Constitución, que precisa que toda persona tiene derecho "A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias". En palabras del TC, "No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de ésta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en*

la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano". (STC N°00895-2001-AA, f.j. 6).

La libertad de opinión está reconocida en el artículo 2.4 de la Constitución, y adviértase que la cláusula zonal precisa de forma clara que la difusión del pensamiento debe realizarse *"sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley."* En tal, sentido, el proceso penal instaurado contra los indígenas que protestaron en el Baguazo constituye en los hechos, una censura a la comunidad pues se le impide expresar una opinión, utilizado el proceso penal y la comparecencia, como un escarmiento y un amedrentamiento no solo a los dirigentes detenidos sino al resto de miembros de los pueblos indígenas que protestaron. El mensaje a los pueblos indígenas levantando es claro. No lo vuelvan a hacer pues los procesamos.

De igual manera la protesta realizada constituye o materializa el derecho constitucional de petición el cual autoriza a cualquier ciudadana: *"A formular peticiones, individual o colectivamente [...] ante la autoridad competente"*, tal como lo reconoce el artículo 2.20 de la Constitución Política. En este caso, a través este derecho ellos están pidiendo la atención por parte del Estado de la grave situación que viene experimentando, en lo relacionado con la afectación al territorio ancestral y al medio ambiente, fruto de la aprobación de normas inconsultamente.

*En relación con el derecho a peticionar, el juez Douglas de la Corte Suprema de Estados Unidos en su célebre opinión en el caso Adderley expresó que "el derecho de peticionar a las autoridades tiene una larga historia y no se limita a escribir cartas o enviar telegramas a un representante en el congreso, a hacer presentaciones ante las autoridades locales o a escribir cartas al Presidente, Gobernador o Alcalde. Los métodos convencionales de peticionar ante las autoridades pueden, y en muchos casos así ha sido, estar fuera del alcance de una gran mayoría de los ciudadanos. Los legisladores pueden hacer oídos sordos a los*



reclamos, las quejas formales pueden ser canalizadas interminablemente a través de un laberinto burocrático, los tribunales permitir que las ruedas de la justicia se muevan muy lentamente".

Finalmente, los actos de protesta concretan el ejercicio de uno de los derechos más importante ordenamiento jurídico, cual es el derecho a la participación política, el cual está reconocido fundar mente en los artículos 2.17 y 31 de la Constitución. Según la primera disposición constitucional, los ciudadanos tienen derecho *"A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica y cultural de la Nación"*, y según la segunda disposición *"Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos"*.

Cabe señalar que nadie intenta convalidar cualquier tipo de protesta. Es evidente que tenemos que zanjar con la violencia y el vandalismo que algunas veces se puede esconder tras la protesta social. Por ello es importante que el Estado, y tiene todo el derecho además, regule y limite este derecho teniendo en cuenta consideraciones de tiempo, modo y lugar. Como sostiene Gargarella, *"la prioridad de custodiar la expresión de los grupos más desaventajados de la sociedad no debe amparar sin más el uso de medios violentos por parte de aquéllos. [Sin embargo] la necesidad de poner coto a ciertos abusos no debe utilizarse como vía para limitar el derecho de los manifestantes a tornar audibles sus quejas."*

Y cuando en el marco de la protesta, se recurren a medidas de hecho como pueden ser la toma de carreteras, estamos en realidad ante una colisión o una tensión entre derechos fundamentales. De un lado tenemos la libertad de opinión, de reunión, de peticionar a las autoridades constituidas, de participación, etc. De otro lado, tenemos el derecho a transitar y a comerciar libremente, el de preservar intacta la propiedad privada, el de contar con una sociedad tranquila. No se trata de establecer reglas generales. Lo que corresponde es recurrir al test de proporcionalidad y analizar caso por caso, a efectos de deslindar la legítima protesta social del ilegítimo ejercicio de la violencia y el vandalismo, que muchas veces se disfraza tras la protesta social.

### **7.6.2.- Antecedentes de la sentencia del Baguazo.**

La sentencia del Baguazo no es la primera que se expide en materia de criminalización de la protesta en el Perú. Ha habido varios procesos constitucionales donde ha estado de por medio el derecho de protesta. Tenemos por ejemplo, el hábeas corpus en favor de Marco Arana, en su condición de activista ambiental, luego de la detención arbitraria cuando paseaba por la Plaza de armas de Cajamarca, en el marco de una protesta en defensa del derecho al agua, contra el proyecto Yanacocha en Cajamarca.

Tenemos en esa misma línea, el caso de la detención arbitraria de los trabajadores de la Vicaría de Solidaridad de la Prelatura de Sicuani, en su condición de defensores de derechos humanos, en represalia por abogar por los detenidos en las protestas ocurridas en Espinar, Cusco, más conocidas como el Espinarazo. Esto ocurrió en el marco del conflicto entre el Municipio Provincial de Espinar con la empresa local.

*Otro caso que puede ser interesante revisar es el caso del religioso Me Auley<sup>12</sup>, a quien se le revocó su permiso de residencia en el Perú, por simplemente participaren marchas de protesta, en su condición de activista ambientalista. Según la resolución de Migraciones "Paul Michael John Me Auley se encuentra presidiendo la Asociación Red Ambiental Loretana registrada el 10 de febrero del 2006 y que desde la creación de dicha asociación ha venido participando en diferentes actividades de carácter político, tales como marchas de protesta por las principales calles de la ciudad de Iquitos contra el Estado Peruano y demás actos que constituyen alteración del orden público los mismos que se detallan en el Atestado".*

Asimismo, un caso que no podemos dejar de mencionar es la sentencia en el caso CGTP expedida por el Tribunal Constitucional, en el marco de un proceso de amparo presentado contra la negativa de la Municipalidad Metropolitana de Lima, de autorizar un mitin en la Plaza San Martín. Esta sentencia permitió a este alto tribunal desarrollar el contenido constitucional protegido de la libertad de reunión, por primera vez. Según este, *"El derecho de reunión puede ser definido como la facultad de toda persona de congregare junto a otras, en un lugar determinado, temporal y*

*pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes". (STC 4677-2004-PA, f.j.14)*

### **7.6.3.- Un antecedente a tener en cuenta: el caso ANDOAS.**

Un precedente de la Corte Suprema de la República a tomar en cuenta es la absolución del delito de secuestro de indígenas Achuar, que habían tomado el helipuerto de Pluspetrol en protesta por el incumplimiento de acuerdos con la empresa.

En efecto, el 11 de agosto del año 2011 fue notificada la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el caso de los 21 indígenas procesados por hechos ocurridos en el contexto de una protesta contra la empresa petrolera Pluspetrol (Exp. No 1232-2010), que tuvo lugar en el año 2008. En su resolución, el máximo colegiado confirmó la sentencia absolutoria que emitiera en diciembre del 2009 la Segunda Sala Penal de Justicia de Loreto. Ambas resoluciones resultan relevantes pues establecen preceder en relación al derecho a la protesta y al uso del derecho penal en contextos de conflictividad social.

El 20 de marzo de 2008, pobladores de la Comunidad Nativa del Distrito de Andoas - Provincia del Datén del Marañón, Loreto, iniciaron una medida de fuerza contra la compañía petrolera Pluspetrol y sus empresas contratistas, por los abusos de éstas tanto en temas laborales como ambientales, y cansados de esperar que el Estado atienda sus constantes reclamos.

### **Primer Aporte: Aplicación del principio de proporcionalidad al CASO DEL BAGUAZO.**

El aporte principal de la sentencia del Baguazo, es el haber utilizado por primera vez, hasta donde hemos averiguado el test de proporcionalidad de forma expresa, como herramienta para examinar la constitucionalidad y la legitimidad de las medidas de fuerza realizadas por las comunidades nativas que protestaban y que se tradujeron en el "*bloqueo del paso de vehículos de transporte terrestre*", con la finalidad de llamar la atención del

Gobierno, luego que este aprobará normas sin previa consulta con comunidades nativas a pesar que ella afectan los territorios ancestrales de las mismas. (GRANDEZ CASTRO, 2009).

Toda medida de fuerza como puede ser la toma de una carretera es repudiada por el Estado y supone un fracaso y una derrota del Estado de Derecho y de la razón. Sin embargo, en determinadas circunstancias y en forma excepcional, estas medidas de fuerza, estarían justificadas como un mal menor, si es que están dirigidas y orientadas a proteger derechos y bienes jurídicos de mayor relevancia constitucional. Este es el argumento en esencia de la sentencia del Baguazo.

En general no toda restricción de derechos fundamentales es inconstitucional. Hay restricciones que están justificadas, pues buscan proteger y concretar bienes jurídicos constitucionales de mayor relevancia e importancia, de aquellos bienes jurídicos que se está restringiendo y sacrificando. En tal sentido, para que una medida sea constitucional se debe cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad, es decir, solo será válida esta restricción, si ella representa una limitación o afectación idónea, necesaria y ponderada. Este es el aporte fundamental de la sentencia, la aplicación del principio de proporcionalidad a los casos de protesta social, planteando y estableciendo una metodología de análisis de cuándo estamos ante medidas de fuerza justificadas o no justificadas constitucionalmente.

#### **a. El análisis de sub-principio de idoneidad.**

El análisis de idoneidad comprende dos momentos, primero analizar si con la restricción se persigue u finalidad constitucional, es decir, que se busque concretar un bien jurídico constitucional como puede ser un derecho fundamental, un principio, un valor o directriz constitucional. En segundo lugar que la medida sea idónea para la protección de otros derechos y bienes constitucionales. Es decir que la medida propuesta sea idónea para alcanza la finalidad. En tal sentido, el análisis de idoneidad supone, *“(...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir; que contribuya*

*de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”.*

*En palabras de la sentencia reciente del Baguazo, "En la práctica, la aplicación de esta regla exige realizar cuatro operaciones sucesivas, los cuales se desarrollarán de la siguiente manera:*

- i. Se identificará la medida sometida a control;
- ii. Se determinará él o los fines perseguidos por la misma;
- iii. Se evaluará su idoneidad teleológica; y
- iv. Se analizará su idoneidad técnica.

Para efectos de esta evaluación se debe tener presente que examen de proporcionalidad solo se aplica si la medida implica la lesión de un derecho fundamental". (EXPEDIENTE 00194-2009- AMAZONAS).

Sobre esta base la sentencia del Baguazo hace el siguiente análisis:

#### **i.- Identificación de la medida sometida a control**

La medida sometida a evaluación se expresa en el hecho de que los acusados en su condición de integrantes de los pueblos indígenas Awajún y Wampis bloquearon el tránsito de medios de transporte vehicular en un tramo de la carretera marginal de la selva Fernando Belaunde Terry (sector Curva del Diablo) en una protesta pacífica durante 55 días.

#### **ii.- Identificación de las finalidades de la medida sometida a control**

Según se estableció en el caso de autos, las finalidades de esta medida fue la derogatoria de varios Decretos Legislativos, que consideraban lesivos a sus intereses "relativos al uso de la tierra, del agua y recursos forestales, rechazando las concesiones mineras, hidrocarburos y forestales en los territorios selváticos donde se asientan dichos pueblos indígenas, disminuir la contaminación ambiental que en expectativa podría afectar a los Awajún y Wampis, impedir el acceso de personas desconocidas que estaban destinadas a realizar trabajos de explotación minera sin aplicársela la consulta previa.

### **iii.- Evaluación de idoneidad teleológica de la medida**

La pretensión de evitar la contaminación ambiental en las Comunidades Nativas antes referidas, constituye una finalidad legítima. Dado que con dicha medida se buscaba proteger y promover el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, al que se refiere el artículo 2º, inciso 22º, de nuestra Carta Magna. En consecuencia, esta finalidad supera el examen de idoneidad teleológica; por tanto, corresponde evaluar su idoneidad instrumental

Respecto al derecho al libre tránsito de las personas que pasaban por la carretera marginal de la (Curva del Diablo), como medida de protección de los miembros de su Comunidad y una forma de protesta y prevención para evitar el ingreso de las empresas Mineras, que con su accionar dañarían sus bienes jurídicos colectivos, es también una finalidad legítima, en tanto que no se impedía el derecho al libre tránsito de las personas solo se bloqueaba el paso de vehículos de transporte terrestre cuando para realizar esa manifestación obstaculizaron la carretera en atención a un interés mayor, esto es, la protección del medio ambiente y de vivir en un ambiente de paz y tranquilidad. Por tanto, se trata de una finalidad legítima, consistente en una restricción constitucional, atendiendo al derecho a la identidad cultural y su autonomía jurídica.

### **iv.- Evaluación de idoneidad técnica de la medida**

Para el caso de autos, se debe tener en cuenta que la medida evaluada será teleológicamente idónea si la propia medida o los fines perseguidos con la misma son legítimos. Al respecto, se tiene que la medida de restricción del derecho al libre tránsito supera el examen de idoneidad técnica debido a que presenta coherencia con la finalidad de proteger la vida e integridad de los miembros la Comunidad Nativa, así como también, favorecer un medio ambiente libre de contaminación. Por tanto, estando a que la medida y su finalidad son legítimas -pues ambas cuentan con justificación constitucional que se sustenta en el principio de autonomía

jurídica de la que gozan las Comunidades Nativas-, resulta pertinente continuar su examen bajo las reglas de necesidad y ponderación.

La pretensión de evitar la contaminación ambiental en las Comunidades Nativas antes referidas, constituye una finalidad legítima. Dado que con dicha medida se buscaba proteger y promover el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, al que se refiere el artículo 2º, inciso 22º de nuestra Carta Magna. En consecuencia, esta finalidad supera el examen de idoneidad teleológica; por tanto corresponde evaluar su idoneidad instrumental".

Las normas aprobadas por el Gobierno que implementaban el TLC de Perú con USA que originaron el levantamiento del Baguazo, tenían como finalidad, facilitar la disposición de territorios ancestrales de los pueblos indígenas. En tal sentido, las medidas cuestionadas por el levantamiento de Baguazo, afectaban o amenazaba más bienes jurídicos de los que señala la sentencia del Baguazo. Así por ejemplo, se afecta el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus territorios ancestrales reconocido en el artículo 89 y los artículo 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT; el derecho a la consulta previa reconocido en el artículo 6 y 15 del mencionado Convenio 169 de la OIT; el acceso de los pueblos indígena a los recursos naturales que garantizan su subsistencia consagrado en el artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT; el derecho a la autodeterminación y al autogobierno, reconocidos en los artículos 3, 4 y 5 de La Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y el derecho a la autonomía, reconocido en el artículo 89 de la Constitución.

Esta falta de identificación de todos los bienes jurídicos afectados de parte de los pueblos indígenas, afecta el análisis no solo de la idoneidad, sino el análisis de la necesidad y de la proporcionalidad, y constituye límite que afecta el test de proporcionalidad.

#### **b. El análisis del sub-principio de necesidad.**

*Conforme al análisis de necesidad, la medida será constitucional sólo si no existe otra medida alternativa, que buscando la misma finalidad restrinja*

*menos los derechos afectados. Como dice la Sala del caso Baguazo, "La regla de necesidad evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos niveles. En primer lugar, se debe determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación -lo que se denominará necesidad teleológica-; y, en segundo lugar, se debe analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales -lo que se denomina necesidad técnica".*

Siguiendo el ejemplo del análisis de proporcionalidad realizado por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Amazonas en el caso el Baguazo:

"En consecuencia, no es posible identificar un medio alternativo que, en atención al caso concreto con poblaciones vulnerables, hubiere resultado menos gravoso a la restricción de la libertad de tránsito como el bloqueo de medios de transporte vehicular en la carretera marginal de la selva (sector Curva del diablo) que si bien ocasionaron un desenlace fatal, como son la muerte de 12 efectivos policiales, y otros te lesionados gravemente; también se debe advertir que dicho resultado no ha sido el fin que perseguía el paro Amazónico, dado que el mismo tenía un matiz enteramente pacífico, por lo que su resultado en sentido solo compromete a un número mínimo de personas que no habrían podido ser identificados el Ministerio Público, y que según el propio General Muguruza, serían ajenos a las poblaciones indígenas Awajún y Wampis".

La sentencia del Baguazo realiza la identificación de medios alternativos y el grado de afectación de los derechos fundamentales invocado.

#### **a.- Identificación de medios alternativos**

En este sentido, se ha probado que había ausencia de un medio o mecanismo para reivindicar los derechos legítimos de los pueblos indígenas a ser consultados o a proteger sus derechos de tierras y territorio podría contribuir que los pueblos indígenas se sientan sin opciones adecuadas para la defensa de sus derechos y por ende opten por la protesta social que en algunos casos podría resultar en la comisión de actos contrarios a la Ley.



**b.- Identificación del grado de afectación de derechos fundamentales:**

Este tipo de examen se encuentra destinado a determinar la intensidad que causa la medida que limita un derecho fundamental. En ese sentido, la medida sometida a evaluación puede afectarla libertad de tránsito. Las personas ajenas a la comunidad, esto es, afectar un derecho fundamental individual o subjetivo que tiene toda persona de desplazarse libremente por el territorio nacional -derecho conexo a la libertad individual y por ende íntimamente vinculado a la facultad locomotora, prevista en el numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política-, No obstante, el derecho al libre tránsito no se limita a la circulación de las personas por la carretera Marginal de la Selva, más aún si tenemos en cuenta la prevalencia del Derecho de las Comunidades Nativas, principalmente, a resguardar su ámbito territorial y/o proteger sus espacios geográficos -que se desprende del artículo 89° de nuestra Carta Magna-, así como a ejercer funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia en el ámbito territorial de sus comunidades -previsto en el artículo 149° de la Constitución Política y el artículo 1 de la Ley N° 27908-. Por tanto, el libre tránsito no se veía gravemente afectado por el bloqueo de vehículos de transporte en un tramo de la carretera marginal de la selva (Curva del Diablo), que colinda y/o permite el acceso al territorio de los pueblos indígenas Awajún y Wampis donde éstas ejercen su jurisdicción plena; por tanto, no se advierte una vulneración al núcleo central del derecho constitucional al libre tránsito. En consecuencia, la regla de necesidad se satisface con la verificación de la falta o ausencia de medios alternativos al concretamente empleado -bloqueo de medios de transporte vehicular en un tramo de la carretera Fernando Belaunde Terry – Carretera Marginal de la Selva-, por lo que seguidamente corresponde analizar la regla de ponderación.

**c.- El análisis de sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto**

Por último, la medida será proporcional sólo si se demuestra que la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales y o bienes jurídicos constitucionales, es menos gravosa en comparación con la intensidad de la satisfacción del derecho o bien jurídico constitucional que

se intenta concretar con medida propuesta. De lo contrario, si la intensidad de la afectación del derecho es más grave, entonces, la medida deberá ser prohibida y excluida su implementación.

El problema es que al no haberse precisado todos los diferentes bienes jurídicos afectados o amenazados de los pueblos indígenas, como consecuencia de la aprobación de las normas inconsultas, tenemos análisis de la proporcionalidad incompleto. Señala la sentencia del caso del Baguazo:

"la regla de ponderación exige evaluar en función al caso concreto la importancia o prevalencia de los intereses constitucionales en conflicto, donde uno precede o tiene más valor que el otro, es decir, se busca determinar el bien jurídico que es preferido y el que debe ceder en atención a las circunstancias propias de cada caso. Nuestra Carta Magna reconoce como uno de los derechos fundamentales de primer orden el derecho a la identidad y al libre desarrollo y bienestar de la persona - artículo 2º, inciso 1, de la Constitución Política-, a la igualdad ante la ley y con ello, a no ser discriminado por motivo de origen, raza o de cualquier otra índole –artículo 2º, inciso 2, de la norma constitucional-, así como a la identidad étnica cultural; a la autonomía de las Comunidades Campesinas en su organización, en el trabajo comunal, y en el uso y libre disposición de sus tierras -artículo 89º del texto /constitucional-y, finalmente, la potestad de las Comunidades Campesinas y Nativas, ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario -artículo 149º de la Constitución todo lo cual se traduce en un margen amplio de derechos referidos a las Comunidades Nativas y sus miembros, derechos de los cuales se desprende el derecho a la autonomía jurídica o jurisdiccional de dichas comunidades, esto es la potestad de resolver sus conflictos conforme a la reglas del derecho consuetudinario que el Estado acepta y reconoce legalmente. Que, en la jerarquía de valoración de los intereses en conflicto conforme a lo previsto por las normas constitucionales, se concluye que éste debe ceder a favor del primero de la citados".

El análisis de la proporcionalidad pudo ser más completo. Un primer problema es no haberse identificado adecuadamente todos los bienes jurídicos afectados y comprometidos, fundamentalmente de parte de los pueblos indígenas. Ellos es capital en esta parte. Pero además, faltó un análisis de las intensidades en las intervenciones de los derechos comprometidos. La intensidad de la intervención en la libertad ambulatoria como consecuencia de la toma de carretera y la intervención en los derechos de los pueblos indígenas como consecuencia de las leyes inconsultamente aprobadas.

**Segundo Aporte: La protesta social como acto de devasa de Derechos Fundamentales desprotegidos por el Estado.**

*La sentencia del Baguazo concluye algo que es fundamental, y es que la protesta es un acto de defensa de derechos constitucionales. En palabras de la Sala, "Las protestas de los pobladores, origen de la acusación fiscal, es considerada como la defensa del territorio indígena, parte del derecho a la vida y uno de los derechos humanos fundamentales. Añade la sala que "Siendo la protesta de los pueblos awajún y wampis, parte de sus largas y postergadas reclamaciones, al no haber sido consultadas, para la dación de los Decretos Legislativos, a propósito del tratado de Libre Comercio, que de acuerdo al artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, que para el caso peruano tiene rango constitucional [...] De allí que la Sala Penal de Apelaciones de Bagua de la Corte Superior de Justicia de Amazonas considera que existe el derecho a la protesta, como manifiesto del ejercicio legítimo de los derechos de libertad de expresión".*

.... "la finalidad de protección de la autonomía de las Comunidades Nativas a través del resguardo del bien jurídico colectivo -medio ambiente- y, paralelamente a ello, la búsqueda de tutela de la integridad territorial, la salud y a una vida digna -bienes jurídicos medios que se encuentran ínsitos en el bien jurídico institucional, medio ambiente- en el seno de una Comunidad determinada, no han podido ser alcanzados mediante el uso de otros medios alternativos que no sean la del bloqueo de un tramo de la carretera marginal de la Selva (Curva del diablo) donde se impedía el paso de vehículos de transporte [...]. En consecuencia, no es posible

identificar un medio alternativo que, en atención al caso concreto como poblaciones vulnerables, hubiere resultado menos gravoso a la restricción de la libertad de tránsito como el bloqueo de medios de transporte vehicular en la carretera marginal de la selva.

*La Sala señala que "se advierte sobre la tipicidad de la conducta y sus fines que en el presente caso al igual que en la comunidad nativa de Madre de Dios, no estaba dirigida de manera específica a entorpecer el funcionamiento del transporte público ni crear motín o propiciar un disturbio que atente contra la integridad física de las personas o cause grave daño a la propiedad pública o privada, sino que tenía como fin específico el ejercicio legítimo de un derecho como resulta ser la defensa del medio ambiente que en el presente caso resulta de vital importancia para su supervivencia bajo sus usos y costumbres ancestrales".*

*La Sala entiende que la protesta se es una situación límite, y adopta la tesis de Eugenio Zafaroni, quien entiende la protesta como la expresión de defensa de los fundamentales derechos humanos. Es más, Sala Penal toma posición respecto a la penalización de la protesta, y hace suya la tesis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando reitera lo señalado por su Relatoría para la Libertad de Expresión en su Informe de 2002, en el cual estableció que: "resulta en principio inadmisibles la criminalización también per se, de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar, que dicha restricción (la criminalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática.*

### **Tercer Aporte: La incorporación de Principios Constitucionales para analizar la Legitimidad de las protestas.**

Otro de los aportes de la sentencia del Baguazo, es que a pesar que no los menciona explícitamente, recoge e incorpora "entre líneas" en el análisis

de la legitimidad y constitucionalidad de las medidas de fuerza algunos principios jurídicos desarrollados en la doctrina.

*No hay que olvidar que los principios jurídicos son mandatos de optimización que ordenan la concreción de una determinada finalidad en el máximo grado posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas:* "los principios constitucionales, una vez determinados, adquieren proyección normativa y, al igual que los valores, son instituciones jurídicas vinculantes para los poderes públicos". *Según Alexy*, "de acuerdo con definición estándar de la teoría de los principios, los principios son normas que ordenan que algo se realice en mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas". *Agrega que*, "el ámbito de las posibilidades jurídicas se determina - por los principios que juegan en sentido contrario. Frente a ello, las reglas son normas que siempre pueden dar cumplidas o incumplidas". (ALEXY, 2003)

#### **a. Principio de distancia deliberativa**

El principio de distancia deliberativa exige al Estado una especial consideración con aquellos sectores sociales que tiene dificultades para llamar la atención del Gobierno, de la prensa y de la opinión pública respecto de los graves problemas que les afectan en sus derechos fundamentales. Se trata de sectores que a pesar de las diferentes denuncias que realizan, no logran colocar respuesta del Estado pues no logran colocar sus demandas y su agenda en el debate público. Es definitiva no logran tener incidencia en la prensa, en la opinión pública y en los diferentes niveles de gobierno donde se toman decisiones. Ciertamente esto ocurre cuando los mecanismos institucionales para recoger demandas de la población y trasladarlas al Estado, no funcionan, o carecen de la legitimidad o no brindan confianza a la población.

En los casos de *protestas sociales como hemos visto, éstas en su mayoría*

*constituyen expresiones de sectores marginados y excluidos que encuentran de esa forma una vía para hacer escuchar sus demandas, ceno la propia Comisión Interamericana de Derechos humanos (CIDH) ha reconocido, "cuando se está marcos institucionales que no favorecen la participación, o frente a férreas barreras de acceso a formas más tradicionales de comunicación de masas, la protesta pública parece ser el único medio que realmente permite que sectores tradicionalmente discriminados o marginados del debate público puedan lograr que su punto de vista resulte escuchado y valorado. Esto es lo que ocurrió en el Baguazo.*

*La CIDH, también ha sostenido que "las huelgas, los cortes de ruta, el copamiento del espacio público e incluso daños que es necesario que se puedan presentar en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es necesario prevenir y reparar. Sin embargo, los limites desproporcionados de la protesta, en particular cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, comprometen seriamente el derecho a la libertad de expresión".*

*Gargarella, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de USA, "La Corte reconoció que los diferentes grupos tenían grados de acceso sustancialmente diferentes a los espacios existentes [...] Dicho principio establecía que cuanto más marginado del debate público está un grupo por razones que están más allá de su propia responsabilidad, más sensible tiene que ser el Poder Judicial a las demandas de dicho grupo, y mayor protección debe otorgar a las formas de comunicación desafiantes que estos grupos eligen para presentar sus demandas. (GARGARELLA R. , 2008)*

*Roberto Gargarella: el principio de la distancia deliberativa "apela a una actitud diferente por parte de los miembros de la Corte, quienes no deberían evaluar los reclamos del grupo afectado y los medios elegidos para expresar esos reclamos como si los manifestantes fueran miembros plenamente integrados de esa comunidad deliberativa. Agrega que "Como lo hizo la mayoría en New York Times vs. Sullivan, la minoría en Adderley*

*reconoció dos elementos cruciales que, deberían guiar siempre a la Corte en esta área del derecho. Por un lado, la Corte reconoció que en las democracias representativas los diferentes grupos deben tener oportunidades apropiadas para presentar sus demandas en público y criticar a las Autoridades públicas ante cualquier maltrato recibido de ellas. La ausencia de una adecuada posibilidad para presentar dichas demandas socavada el estatus moral del sistema democrático, que basa la legitimidad de sus decisiones precisamente en la existencia de esa posibilidad".*

*En el caso del Baguazo la Sala de la Corte de Amazonas reconoce que: "se ha probado que había ausencia de un medio o mecanismo para reivindicar los derechos legítimos de los pueblos indígenas a ser consultados o, a proteger sus derechos de tierras y territorios, podría contribuir a que los pueblos indígenas se sientan sin opciones adecuadas para la defensa de sus derechos y por ende opten por la protesta social que en algunos casos podrían resultar en la comisión de actos contrarios a la Ley.*

*Para nadie es un secreto que los pueblos indígenas no tienen acceso a los medios de comunicación tradicionales, no solo por las barreras culturales, idiomáticas, económicas, sino porque el 80% de la prensa escrita está concentrada en un solo grupo económico. Existe un cerco mediático que excluye a los pueblos indígenas de la posibilidad de difundir información. Por eso es que en la misma sentencia del Baguazo se precisa que "En consecuencia, en el caso materia de autos, resulta evidente que los miembros de los pueblos indígenas Awajún y Wampis, hayan tomado la decisión de bloquear el libre tránsito de vehículos de transporte terrestre en el tramo de la Carretera Marginal de la Selva en el legítimo derecho de manifestarse pacíficamente sobre la base de la autonomía territorial y organizativa, y la potestad jurisdiccional que le reconoce la Constitución Política en los artículos 89° y 749°.*

#### **b. Principio de la inexistencia de medios alternativos para solucionar.**

No tiene sentido recurrir a mecanismos de reclamo si estos no funcionan. El dilema de fondo es trágico. Es decir, si no recurren a medidas de hecho; si no toman las carreteras o algún local público les hace caso el gobierno y la prensa y hasta la propia opinión pública. Y si toman la carretera, incurre en delito penal, por interrumpir o interferir medios de transportes y los procesan penalmente. Hay un tema de efectividad de las protestas. La pregunta es se debería obligar a los pueblos indígenas a que recurran a procedimientos que nunca darán fruto.

Este principio desarrolla la Sala en la sentencia del Baguazo de alguna manera cuando analiza la regla de necesidad en el marco del test de proporcionalidad. Según esta, *"los pueblos indígenas Awajún y Wanpis bloquearon el tránsito de medios de transporte vehicular en un tramo de la carretera marginal de la selva Fernando Belaunde Terry (sector Curva del Diablo) en una protesta pacífica durante 55 días, porque no han podido proteger el territorio a través de otros medios.*

*Según la sentencia del Baguazo ocurre porque esta protección "no han podido ser alcanzados mediante el uso medios alternativos que no sean la del bloqueo de un tramo de la carretera marginal de la Selva donde se impedía el paso de vehículos de transporte".* Añade la sentencia que: En consecuencia, no es posible identificar un medio alternativo que, en atención al caso concreto como poblaciones vulnerables, hubiere resultado menos gravoso a la restricción de la libertad de tránsito como el bloqueo de medios de transporte vehicular en la carretera marginal de la selva [sector Curva del Diablo]. *Como señala Gargarella, "No sin cinismo, el Estado que incumple sus obligaciones, pretende que utilicen medios ineficaces para hacer conocer sus reclamos, en tanto sabe que por ellos no serán conocidos por el resto de la sociedad".*

#### **c.- Principio del foro público.**

Tiene que ver estrechamente con la doctrina del *"foro público"*, desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual



sostiene que la *"defensa de un debate político robusto requiere de oportunidades genuinas para que los ciudadanos se expresen y sean escuchados por las autoridades políticas"*. Esta teoría se puede aplicar al caso del Baguazo y de alguna manera está reconocida entre líneas. *Siguiendo a Gargarella, debemos de comprender que sin debate público no hay democracia, por ello, resulta fundamental asegurar que las distintas voces [demandas, quejas] presentes en la sociedad puedan ser escuchadas.* La defensa del debate político requiere de oportunidades efectivas para que los ciudadanos se expresen y sean escuchados por las autoridades políticas. El Estado no debe responder negativamente a las demandas ciudadanas sin dar razones justificadas para negarse a satisfacerlas. Las autoridades judiciales deberán prestar la mayor atención a las especiales dificultades de algunos grupos para tornar audibles mandas". (GARGARELLA R. , 2007)

*La Corte Suprema de USA, "Durante años los tribunales de otros Estados de reconocida tradición democrática han sostenido que el mantenimiento de espacios de debate político abierto con el objeto de que el gobierno responda a la voluntad de los gobernados y que éstos tengan la posibilidad de impulsar cambios a través de mecanismos legales de participación constituye, además de una oportunidad esencial para la supervivencia de una República, un principio fundamental para la consolidación del estado de derecho".*

*Como ha advertido con lucidez el juez William BRENNAN al resolver la situación de un grupo de manifestantes que eran acusados por haber bloqueado el tránsito vehicular en una ciudad, dijo: "los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Para aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para expresar sus ideas a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos."*

*Es necesario en consecuencia, asegurar que todas las voces, que las diferentes voces sean escuchada "... esto implica defender un arreglo institucional en donde, por ejemplo, no sólo se deje de lado la censura previa sino que además se procure asegurar que las distintas voces (demandas, quejas) presentes en la sociedad puedan ser escuchadas. En líneas más generales, el esquema defendido... implica un compromiso con un sistema institucional en donde los derechos más estrechamente vinculados con la autonomía individual y el autogobierno colectivo reciban una protección privilegiada (una sobreprotección) por parte del Estado. El Estado, aquí se asume, encuentra en el respeto más firme de tales derechos el fundamento mismo de su propia legitimidad.*

*El problema de fondo detrás del Baguazo, es que muchos sectores en nuestro país, los pueblos indígenas por ejemplo, "encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político. Ante ello, algunos, sobre todo desde el Estado, ven con un solo ojo el problema. Solo ven la toma de carreteras y no quieren ver las sistemáticas y graves violaciones de los derechos de los pueblos indígenas. Ven un grupo de personas que actúan con la intención de cometer crímenes cuando en realidad en muchos casos solo hay la desesperada necesidad de tornar visibles situaciones extremas que, aparentemente, y de otro modo, no alcanzarían a tener visibilidad pública".*

*Este concepto queda claro cuando la Sala precisa en la sentencia que "Se debe tener en cuenta que el Estado tomó decisiones que han tenido impactos directos sobre los territorios y derechos de los pueblos indígenas al dar un paquete de Decretos Legislativos, sin darles una voz en estas decisiones, y sin consultarlos. Por tanto, se deben considerar los factores culturales, sociales, costumbres y otros que llevan a la ocurrencia de determinados hechos".*

#### **d.- El principio de la calle como espacio público abierto.**

Los pueblos indígenas protestaron en la calles y en la carretera, la cuales históricamente han sido espacio de manifestaciones y ejercicio de deliberación pública. No lo hicieron en sitios cerrados o privados, lo hicieron

en la vida pública. Y la razón por la que protestan en la calle es que simplemente, los otros espacios están cerrados, la prensa, la opinión pública, la élite política los ignora, los invisibiliza, los desconoce. En definitiva la calle es el único espacio que les queda.

**e.- Ejercicio del derecho a la protesta tiene que ver con el ejercicio de la democracia.**

*Las protestas sociales no son actos ilegales o extra sistema, son todo lo contrario ejercicio de derechos constitucionales, entre los que destaca el derecho a la participación, que no es otra cosa que una concreción del principio democrático. En palabras del TC, "El principio democrático se materializa bajo la figura de un concepto ideal de Nación, del sufragio (restringido) y de unos representantes que no son la traducción específica de la voluntad de los representados, sino que expresan la voluntad política ideal de la Nación. El principio democrático, entre otros factores, alude a la necesidad de que cada persona goce de la capacidad de participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación como titular de una suma de derechos (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), y de forma asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo políticos). Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es el rango prevalente en nuestra Constitución" (STC N° 0030-2005-AI/TC, f.j. 4, 19, 20, 22 y 23).*

En otra oportunidad preciso el TC.

*En principio democrático residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. El hecho de que por efecto de la diversidad cultural, diversos rasgos espirituales y materiales se concreticen en grupos minoritarios, no puede ser razón válida para desconocer o menoscabar sus legítimas manifestaciones. Por el contrario, cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, éste pierde su valor de*

neutralidad, y prevalecen los valores contramayoritarios de la Constitución, como la igualdad y el pluralismo" (STC No 0020-2005-PI/TC y 0021 -2005-PI/TC (acumulados), f.j. 100).

*La participación de los ciudadanos es condición para el sistema democrático. Gargarella ha precisado que "una de las características principales de un sistema democrático es la posibilidad que ofrece de resolver los problemas de un país mediante el diálogo, sin recurrir a la violencia, aun cuando esos problemas sean molestos. La democracia prospera a través del ejercicio de la libertad de expresión. Desde ese punto de vista, no hay justificación para impedir la manifestación de un grupo solamente porque intenta debatir en público la situación de una parte de la población y de encontrar, de acuerdo a las reglas de un sistema democrático, soluciones que sean capaces de satisfacer a todos aquellos que resultan afectados".*

*El argentino Roberto Gargarella, es uno de los juristas que más ha teorizado sobre este derecho, al cual ha calificado como "el primer derecho: el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos. Y es que a como bien afirma, "si esto falta (la posibilidad de reclamar por derechos) hay razones para pensar que todo lo demás puede caer. Si esto no falta, uno puede reclamar por todo lo demás. En el núcleo esencial de los derechos de la democracia está el derecho a protestar, el derecho a criticar al poder público y privado. No hay democracia sin protestar, sin posibilidad de disentir, de expresar las demandas. Sin protesta la democracia no puede subsistir.*

La protesta social, podemos decir, es aquella que busca llamar la atención al resto de los ciudadanos acerca de la gravedad de un determinado problema social; aquella vinculada con derechos fundamentales sistemáticamente violados, a la cual se recurre frente a la imposibilidad de acceder a métodos convencionales e institucionales, efectivos y eficaces, de reclamo. Efectivamente, en muchos casos, individuos encuentran

graves dificultades para "tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político".

Si bien la sentencia no hace mención expresa a este principio, es evidente que hay un reconocimiento entre líneas del derecho de los pueblos indígenas a participación en la cosa pública. Como dice el artículo 2.17 de la Constitución, *todos las personas tienen derecho*; "A participar, en forma individual o asociada, en la vida política -económica, social y cultural de la Nación".

#### **e.- Principio de violaciones sistemáticas**

*Este principio de violaciones sistemáticas exige una especial consideración cuando estamos ante grupos sociales que sufren violaciones a sus derechos fundamentales de forma sistemática y/o estructural. Siguiendo a Roberto Gargarella, "El segundo principio es el principio de violaciones sistemáticas, según el cual, cuando los manifestantes protestan como consecuencia de (lo que consideran) la violación sistemática de un derecho básico, las autoridades públicas deberían prestar especial atención al derecho particular en juego y al carácter de esas violaciones"*.

"La idea es que los jueces, en particular, no deberían ser indiferentes al hecho, muy común en las desigualdades sociedades contemporáneas, que ciertos grupos enfrentan situaciones de grandes privaciones que los han estado afectando durante extensos períodos. Cuando la injusticia es particularmente grave (dados los intereses afectados) y persistente en el tiempo, las autoridades públicas deberían estar abiertas a justificar o permitir acciones que en otras circunstancias podrían correctamente reprochar. Esto es así, en primer lugar porque (en muchos casos al menos) los manifestantes enfrentan situaciones extremadamente difíciles que requieren atención urgente por parte de las autoridades públicas. En segundo lugar, estas ofensas, y particularmente su carácter sistemático, refieren a la existencia de graves deficiencias de procedimiento que pertenecen a un sistema institucional que, en el mejor de los casos, prueba ser incapaz de reparar los males existentes.

## CONCLUSIONES

1. La participación en políticas públicas se encuentra actualmente en el centro de los debates académicos sobre las posibilidades de expansión democrática, en un mundo que - al ritmo de los cambios impuestos por la globalización – se muestra cada vez más integrado, pero también más desigual y conflictivo. A nivel internacional los Estados e instituciones comprometidas con el anhelo del desarrollo, intensifican sus esfuerzos para ampliar los niveles de participación política y social, buscando expandir de esa manera las fronteras de la ciudadanía.
2. El ordenamiento jurídico nacional, desde el punto de vista penal, carece de disposiciones que impidan el abuso o exceso de atribuciones por parte del poder político, en cuyo caso deberían buscarse los mecanismos más expeditivos para que intervenga el Tribunal Constitucional a fin de que resuelva el conflicto, evitando de esta manera la comisión de actos ilícitos en vulneración de los derechos de las comunidades nativas, esta situación se genera cuando el Congreso delega facultades legislativas y el Poder Ejecutivo da Decretos Legislativos Inconstitucionales.
3. La sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua, es un claro ejemplo del ejercicio citado. Ciertamente, no asume una comprensión reduccionista de los sucesos del 05 de junio de 2009, sino que incorpora al análisis penal, las características antropológicas principales de las comunidades Awajun y Wampis.
4. Desde esa perspectiva, concluye que las autoridades de las comunidades no pueden ser sancionadas como instigadores del delito de homicidio calificado y de lesiones graves, por cuanto no poseen la capacidad de determinar la voluntad de sus miembros. En efecto, las comunidades Awajun y Wampis poseen una organización igualitaria que no depende de la decisión del líder sino de las asambleas comunales.

5. Actualmente en nuestro país existe una situación de pluralismo cultural, lingüístico y legal, como ahora lo reconoce la Constitución Política de 1993. Históricamente, la falta de respeto del pluralismo cultural y legal se ha traducido en diversas formas de marginación y represión de la diferencia, incluyendo la ilegalización de los sistemas normativos indígenas, campesinas y de colectivos urbano- marginales, la descalificación de prácticas culturales distintas a los referentes del derecho oficial y la represión de autoridades indígenas y comunales que administran justicia de acuerdo a sus normas, valores y principios propios, han originado serios y agudos problemas sobre todo en materia penal.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda tener en cuenta que a pesar de las críticas que se le pueda hacer al test de proporcionalidad realizado en las sentencias del Baguazo, ésta sentencia establece una nueva metodología jurídica para examinar cuando estamos ante restricciones legítimas a la libertad ambulatoria y otros derechos fundamentales y cuando estamos ante restricciones arbitrarias e inconstitucionales que es algo que no se hace.
2. Se recomienda que el gobierno no debe responder negativamente a las demandas ciudadanas sin dar razones justificadas por que se niega satisfacerlas. Las autoridades judiciales deberán prestar la mayor atención a las especiales dificultades de algunos grupos para tornar audibles sus demandas.
3. Se recomienda que el Estado peruano tras la emisión de la sentencia de primera instancia por los hechos acaecidos en la curva del diablo, cumpla con lo que está pendiente respecto a su obligación de brindar justicia y reparación para los familiares de las víctimas de éste y otros enfrentamientos, cómo el ocurrido el 05 de junio del 2009 en las inmediaciones de Bagua. Esperamos que al igual que la Sala Penal Liquidadora de Bagua, las demás instancias del Poder Judicial actúen conforme al derecho y con una estricta observancia a los estándares del derecho internacional de los Derechos Humanos.
4. Se debe tener en cuenta que los actos de protesta concretan el ejercicio de uno de los derechos más importante ordenamiento jurídico, cual es el derecho a la participación política, el cual está reconocido fundar mente en los artículos 2.17 y 31 de la Constitución. Según la primera disposición constitucional, to ciudadanos tienen derecho *"A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica y cultural de la*



*Nación", y según la segunda disposición "Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos".*

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, R. (2003). *"Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios"*. . Lima: Universidad Externado de Colombia, pág.95.
2. ARDITO, W. (2002). *"Justicia y Violencia en las zonas rurales. La experiencia de la Región Andina"*. Lima: Instituto de Defensa Legal.
3. ARMENGOL ASPARÓ, C. (2010). *"En la cultura de la Colaboración, reto para una enseñanza de la calidad"*. . Madrid: La Muralla. Educación, PUCP.
4. CESANO, J. (2015). *"Los encuentros de la antropología con el saber jurídico-penal"*. . Madrid : B de F. p. 15.
5. CISNEROS, F. (2013). *"Comportamientos culturalmente motivados y responsabilidad-penal. Un análisis de las principales soluciones desde la teoría jurídica del delito"*. Salamanca: Edits.h Moderno Salamca. p.310.
6. DE MAGUE, C. (2012). *"Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales"*. . Madrid: Marcial Pons, p. 61.
7. FERRAJOLI, L. (1995). *"Derecho y Razón.- Teoría del garantismo Penal"*. . Madrid: Trotta.
8. GARGARELLA, R. (2007). *"El Derecho a la protesta"*. Lima: Buenos Aires. pág. 82.
9. GARGARELLA, R. (2007). *"El Derecho a la Protesta"*. Buenos Aires: Buenos Aires.
10. GARGARELLA, R. (2008). *"Uno dialogo sobre la protesta social"*. Lima: Revistas. PUPC. .
11. GRANDEZ CASTRO, P. (2009). *"El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC"*. Lima: Portal periodicos.IDP. .
12. GROS ESPIELL, H. (2012). *www.unesco.org*. Obtenido de Universalidad de los derechos humanos y diversidades culturales,.

13. GUEVARA, A. (2009). *"Diversidad y Complejidad Legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho"*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
14. HURTADO POZO, J. (2009). *"Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano"*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo. pp. 361-396.
15. JACOBS, G. (2004). *"Dogmatica del Derecho Penal y configuración normativa de la sociedad"*. Madrid: Civitas.
16. JHON, G. (2015). En A. GUEVARA, *"El otro sigue siendo el otro: el concepto de cultura y el peritaje antropológico"*. (pág. p. 71.). Lima.: (edits. PUCP.
17. LOBATÓN, D. (1999). *"Justicia de Paz. El otro Poder Judicial"*. Lima: Instituto de Defensa Legal. p. 127.
18. MACIAS CARO, V. (2012). *"¿Hay que castigar a las otras culturas? Una respuesta desde Italia"*, . Madrid: DE MAGUE, Cristina, Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales. Marcial Pons, p. 18.
19. MEENTZEN, A. (2007). *Políticas públicas para los pueblos indígenas en América Latina, KAS. Lima 2007*. Lima: KAS.
20. PASARA, L. (1979). *"La justicia de paz no letrada. Diagnóstico"*. Lima: Fundacion Aumman p. 193.
21. PAUL, V. (1985). *Introducción al Derecho, Fondo de Cultura Económica*. Mexico: trad. de Vicente Herrero, Cuarta ed., Segunda reimpresión, p. 111 y ss.
22. ROXIN, C. (1997). *"Derecho Penal. Parte General"*. . Madrid: Civitas. p 192.
23. RUIZ MOLLEDA, J. (2009). *"El fundamento constitucional de la justicia comunal"*. Lima: En Derecho, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 62 pp. 143-166.

24. SÁNCHEZ BOTERO , E. (2001). *“La jurisdicción especial indígena”*. Procuraduría General de la Nación . Bogotá: Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas.
25. SILES, A. (1999). *“La justicia de paz y su labor esencialmente conciliadora. Un análisis de actas de conciliación”*. Lima: Comisión Europea-Instituto de Defensa Legal. pp. 32-36.
26. SILVA SANCHEZ, J. (2001). *“Política Criminal en dogmática”*. Buenos Aires: Buenos Aires. pp. 199.
27. YRIGOYEN, R. (2001). *“Retos para construir una juridicidad pluricultural (Balance de los proyectos de Ley sobre el art. 149 de la Constitución”* . Lima: Boletín del Instituto Riva-Agüero, Número 28, pp. 153-174.