

# EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN LA LEGISLACIÓN INDIGENISTA REPUBLICANA DEL PERÚ DEL SIGLO XX

Connie Gálvez Revollar<sup>1</sup>

Mi interés en los antecedentes del pluralismo jurídico constitucional en el Perú motiva una investigación más amplia que incluye el contexto histórico y político en que se gestaron, además de proyectos truncos, los textos presentados en los respectivos congresos de 1919, 1931, 1978 y 1993. No obstante los organizadores de la I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú me pidieron presentar el tema en pocas páginas por lo que me excuso por simplificar procesos históricos y sociales de la manera en que lo voy hacer.

Mi interés fue advertir la implementación del pluralismo jurídico a través de normas constitucionales, leyes ordinarias y las leyes especiales como antecedentes del artículo 149 de la Constitución de 1993 y conocer los factores internos y externos de su inclusión.

En principio el pluralismo jurídico explica y describe la diversidad de sistemas normativos que coexisten en un mismo espacio social y que demandan cumplimiento. El pluralismo de Estado, aunque suene a contradicción, se materializaría cuando el Estado renuncia a ser la única fuente de autoridad y no se percibe como único órgano de producción de derecho, de administración de justicia y de decisión política en todo el espacio donde ejerce su soberanía. El pluralismo jurídico no es descentralización, es cesión de poder. De lo que se trata es de reconocer espacios de control social:

La sociedad organiza espacios sociales semiautónomos en función de sus necesidades de estructuración y funcionamiento (e.j., económicas, políticas, religiosas y familiares). Así se generan otras fuentes sociales de creación, vigencia y sanción de sistemas legales... (Guevara 1998: 356).

En el momento de instaurarse la República, la ley desconoció la existencia de la heterogeneidad cultural (en el sentido antropológico) de la nación y recién lo haría en 1920, con el reconocimiento constitucional de la comunidad indígena dentro del contexto internacional de consolidación del Estado benefactor (garantías sociales); y socialmente dentro del movimiento reivindicacionista llamado indigenismo. La Constitución de 1920 se comprometió a adecuar la legislación de acuerdo a las necesidades culturales de estas poblaciones y lo hizo elaborando leyes segregacionistas como la ley de conscripción vial (1920), la ley de vagancia (1920) que significó un régimen de trabajo gratuito que afectó sólo al indio —seguía el reclutamiento forzoso—, aboliendo el cargo de varayoq —administrador de justicia en la serranía (1921- 1922)— y finalmente en 1924 promulgó el Código Penal que contenía normas del evolucionismo positivista.

La introducción del pluralismo jurídico se hizo imposible cuando se constata que a diferencia de la administración colonial, la costumbre no es reconocida como fuente principal del derecho, no pudiendo invocarse como fundamento de obligaciones contraídas, sino en los casos expresamente considerados en la ley. Los códigos del Perú ciudadanos y occidentales pretendían extender su obligatoriedad hasta las relaciones del campo. Siendo las codificaciones civiles expresión de las vinculaciones de la sociedad hegemónica, un posible acercamiento a las políticas plurales se halla en las leyes especiales elaboradas siempre para la "comunidad", organización política que llegaría a la selva en 1957 y 1974.

Habría que esperar hasta la década de los años sesenta para que la tendencia universalista de la ley se quiebre y se elaboren las primeras leyes especiales. Los primeros estatutos dados para las comunidades —1961 y 1966— tienen como objetivo principal adecuar la organización económica y la utilización de recursos para fines de industrialización y de reforma agraria, más no reconocer estructuras sociales autóctonas. En las leyes especiales se limita la validez de las normas consuetudinarias, al parecer debían estar referidas básicamente a los modos de posesión y uso de recursos, tales como tierras, pastos, agua o a las normas sobre servidumbres y linderos, así como a la obligación de cumplir con faenas comunales y servicios comunitarios. Aspectos relevantes como la personería jurídica y la elección de las autoridades comunales —incluyendo sus atribuciones y obligaciones, régimen de propiedad, formas de sanción, etcétera— eran reguladas por la ley del Estado. Esto fue así porque los sucesivos gobiernos trataron a la comunidad como unidad de producción y como potencial reserva económica. La preocupación y motivación principal en la elaboración de los cuerpos de leyes especiales fue disponer de los recursos de la comunidad, así como imponer un tipo

de régimen económico que permitiera dirigir estas colectividades del “atraso” a la modernidad.

Los estatutos especiales significaron en la sierra adjudicación de tierras y nuevos modelos de producción agraria (1970); en la selva el beneficio de la titulación (1974), un freno al despojo y a las políticas de colonización y hasta la existencia legal oficial, pues hasta ese momento la mayoría de los indígenas de la amazonía no existían en ningún registro civil. El derecho consuetudinario se instituiría en el gobierno militar como fuente de obligaciones jurídicas siempre y cuando fueran compatibles con los fines de la reforma; por ello se autorizó a las comunidades campesinas “revitalizar las normas y valores tradicionales, compatibles con el desarrollo nacional”; “promover el desarrollo de las diferentes formas de ayuda mutua y de cooperación tradicional, tendientes al establecimiento de las organizaciones cooperativas” (Decreto Supremo N° 37, 1970 art. 8 incs. d y e).

Pero es en la ley emitida para las etnias amazónicas (1974) donde se rompe el monopolio estatal de la administración de justicia, cuando se introduce una norma sin precedentes en la legislación comparada —salvo en las contenidas en el Convenio N° 107 de la OIT (1957) ratificado por el Perú en 1960— dentro del ámbito de la “comunidad nativa”, reconociendo facultad jurisdiccional a los órganos de gobierno comunal para conocer y resolver con carácter de cosa juzgada los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía, así como las faltas que se originen entre los miembros de una comunidad nativa; además de ordenar que “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” (Decreto Ley N° 20653 de 1974, art. 16°).

La pregunta inmediata es, ¿por qué se le reconoce a la comunidad de selva y no a la de sierra funciones jurisdiccionales? Parte de la respuesta se debe a las presiones ejercidas por los propios indígenas que desde principios de la década de los años setenta empezaban a organizarse animados por los vicariatos amazónicos imbuidos algunos en el accionar del Vaticano II y el entusiasmo de científicos sociales, trabajando para el Estado, sensibilizados por la declaración de la “liberación del indígena” de la Declaración de Barbados (1971). El pluralismo jurídico no era una reivindicación primaria por aquel entonces, de lo que se trataba era de frenar el colonialismo, el trabajo forzado, la inscripción en los registros civiles y favorecer el acceso de los indígenas amazónicos a los servicios públicos como educación y salud. El intento desde la Oficina de Minorías Tribales del Ministerio de Trabajo para incluir en la Ley de la Amazonía, la reivindicación de ser reconocidos como

“nacionalidades amazónicas” fue un exceso para el sector conservador militar desarrollista, quienes toleraron la jurisdicción indígena para suplir la abrumadora ausencia del Estado en la región de selva. Ideológicamente no era política del gobierno militar conceder autonomías de ningún tipo.

La misma capacidad jurisdiccional es admitida en la segunda ley general para la selva de 1978 aún vigente (art. 19°), pero la norma pluralista es ignorada y poco conocida por los jueces por provenir de un gobierno de facto y, además, porque la Constituyente de 1978 no la recogió en represalia a la pluralidad de fueros que creó el régimen militar.

La Asamblea Constituyente de 1978, de mayoría aprista, satisfizo su trabajo legislativo con una opaca y etnocéntrica disposición que decía: “El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes” y con la retahíla: “Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece” (art. 161). Las pretensiones infructuosas, no sólo de incluir el pluralismo legal sino el reconocimiento pluricultural de la nación, provinieron del lado socialista e izquierdista del Congreso y quizá por ello fueron totalmente desestimadas.

No obstante, la obligación de legitimar las formas tradicionales de control social sería parte de las obligaciones del Estado peruano al suscribir el Convenio N° 107 Relativo a la Protección de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribales, ratificado por el Perú en 1959 y hecha ley de la República en 1960. Este Convenio preconizaba la aculturación como la forma más aceptable para que las poblaciones indígenas superaran su atraso. El documento internacional exigía el respeto y el reconocimiento del derecho consuetudinario, pero de forma transitoria hasta que estas colectividades logren superarse e incorporarse a la vida jurídica del país. Este documento percibía a las instituciones indígenas como estáticas y atrasadas. En los principios generales señalaba que la aplicación del Convenio estaba dirigido a las colectividades “menos avanzadas” y que “viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época” que las instituciones de la nación a la que pertenecen. De esto podría asegurarse que veían en la normatividad indígena igual estatismo. La política indigenista internacional iba por igual camino.<sup>2</sup> Para la Asamblea Constituyente de 1978, la reforma agraria había acabado con las reivindicaciones indígenas.

A diferencia de la Asamblea Constituyente de 1978, el Congreso Constituyente de 1931 debatió arduamente sobre la “raza indígena”, teniendo como referente a la

comunidad campesina, las etnias amazónicas fueron ignoradas totalmente del debate. En realidad, el proyecto constitucional discutió la vuelta del cabildo indígena: “El Estado reconoce la autoridad jerárquica que dentro de las comunidades de indígenas ejercen, conforme a la costumbre, los ‘indios alcaldes’ y los demás ‘envarados’ o funcionarios comunales” (Art. 11°); y parte del derecho consuetudinario: “La transmisión hereditaria de la posesión y goce por los comuneros de las tierras de las comunidades y las transferencias de posesión entre comuneros se regularán por la costumbre de cada comunidad. En defecto de ésta regirá la ley común” (Art. 6°).

En 1931 el problema indígena estaba íntimamente ligado a la existencia de los latifundios. Se responsabilizó a gamonales y terratenientes como autores directos de la condición casi esclavista en que se encontraba el indio, por ser quienes se habían adjudicado por ley o por la fuerza sus tierras. La misma responsabilidad fue atribuida a las autoridades administrativas y judiciales por haber favorecido los intereses del latifundio, y a los legisladores de la Constituyente del 1919 por haber propiciado los despojos y la marginalidad social al omitir desarrollar la ley especial a la que se comprometieron. El sesgo ideológico de la constituyente de 1931 llevó a la comunidad a dos extremos: su desaparición o su mantenimiento con rasgos comunistas. En la Constituyente de 1931 los liberales reconocían el derecho de la comunidad indígena a la propiedad comunal, pero también a la propiedad privada; al fin y al cabo, pensaban, la propiedad comunal terminaría por convertirse en propiedad privada como producto de la “evolución natural”. Se buscaba que la comunidad fuera convertida en un bien proindiviso. En cuanto al derecho consuetudinario, concretamente a sus formas de poseer y heredar o a la facultad de elegir a sus autoridades tradicionales, que es lo que se discutía, se propendía a una tolerancia “transitoria” hasta que se “civilicen” del todo. El liberalismo radical pretendía la abolición de la comunidad, por ende, el Estado debía impeler la integración de sus costumbres a las del resto del país; mientras tanto debían tolerarse sus hábitos anacrónicos, pero de ninguna manera incluirlos en la Constitución y desquiciar a los jueces con la probanza de las costumbres anacrónicas.

La posición socialista, reforzada por el indigenismo utópico de Castro Pozo, se esforzó en demostrar que el indio era ajeno a los ideales de organización individualista. Por este motivo debía de reconocerse su derecho a la propiedad comunal y a sus insituciones tradicionales, no permitiéndole el derecho de enajenar su propiedad. Los socialistas demandaban al resto de legisladores aprobar normas que obliguen a las comunidades a organizarse económicamente en cooperativas agrarias y ganaderas. La comunidad indígena es para el socialista un símbolo

natural y eficaz de la organización colectiva y, en consecuencia, contraria al carácter individualista de la economía capitalista a la que atacaba.

Sólo la dureza de la realidad nos diría después que los ilustrados, apasionados y muchas veces enconados debates que suscitó por vez primera el tema indígena en la historia constitucional republicana, fueron infructuosos y que en gran medida se cometieron los mismos errores de los legisladores que precedieron la Constituyente de 1931. Podemos considerar al Diario de los Debates, en ausencia de la Exposición de Motivos, como un documento que da fe no sólo de la situación de marginalidad socioeconómica en que se encontraba la comunidad indígena en toda la República, sino como documento que da cuenta de la mentalidad jurídica del legislador, que percibe —incluyendo a sus más fervorosos defensores— a la “raza indígena” como la otredad biológica y como rezago de una cultura anacrónica comparada con las ventajas y el estilo de vida de la “civilización” que representaban. En algo coincidían liberales y socialistas: había que proteger a las comunidades indígenas a través del derecho “para proteger al ayllu mientras dure la incipencia de la raza”.

Finalmente, como ya era tradición, los legisladores se comprometieron a dictar la legislación pertinente en materias civil, penal, económica, educacional y administrativa “que las peculiares condiciones de los indígenas exigen” (Art. 212°). Como resultado, durante la larga vigencia de la Constitución de 1933 se crearon diversos organismos administrativos y se dictaron las primeras leyes especiales para indígenas, todas inmersas bajo las tendencias del integracionismo proteccionista.

La Constitución de 1993 oficializó el sistema económico imperante desde principios de la década de los años noventa con el gobierno de Alberto Fujimori. El liberalismo y su filosofía económica de la maximización de los intereses particulares y la liberación de recursos no ha provocado el ansiado desarrollo sostenido de las poblaciones empobrecidas, incluyendo a los indígenas. El Estado renunció a asumir una política de protección a los recursos culturales originarios de los pueblos indígenas, avalando un sistema económico que privilegia las reglas deshumanizadas del libre mercado que ha probado su fuerza de destrucción frente a sectores no preparados económica ni socialmente para resistirlo. El liberalismo peruano, acompañado de su cuota de criollismo, suprimió la condición de inalienabilidad, inembargabilidad e inclusive la imprescriptibilidad de las tierras comunales porque la prescripción puede ser aducida por el Estado en caso de abandono. La realidad es que el Estado liberal no ha renunciado al manejo de los recursos que se hallan en territorios indígenas y no tiene interés en promover un desarrollo sustentable

endógeno. Si bien de alguna manera se ha dado paso a una modesta intervención de la sociedad civil en la gestión y administración de los recursos, esto ha sucedido por consideraciones costo/beneficio y no por una toma de consciencia de que las comunidades tengan derecho a ello.

En años recientes, las demandas de los pueblos indígenas se han ampliado de la lucha por el territorio a la lucha por el manejo de las riquezas forestales y por la biodiversidad de sus ecosistemas. Este tipo de pluralismo económico fue impensable durante el gobierno de Fujimori. Nos preguntamos, ¿qué tipo de pluralismo legal implementa el artículo 149 de la Constitución liberal de 1993? ¿Uno que no atente contra los intereses económicos del Estado liberal? ¿Uno que no signifique promover “islas económicas”? O, mejor aún, ¿uno que no impida al Estado seguir decidiendo sobre la propiedad, uso y manejo de los recursos que existen en los territorios indígenas, pero por cuya propiedad y uso decide?

¿Acaso el pluralismo legal de la Carta implica reconocer autonomías políticas en un país eminentemente centralista donde los gobiernos regionales son —de fachada— representantes incondicionales de los intereses gobiernistas, donde el municipio dista mucho de ser considerado autónomo? ¿Se puede hablar de un pluralismo legal que no implique autonomía política económica?

Reconocer el derecho consuetudinario implica admitir formas de organización económica, política y social. La organización política está definida en función de la existencia de procesos de adopción de decisiones en una sociedad, por la autoridad legítimamente establecida. Las comunidades indígenas y/o campesinas son en este aspecto comunidades políticas. Sus autoridades, quienes revisten las formas de elección impuestas por la normatividad estatal, no dejan de expresar la decisión de las alianzas familiares, ejerciendo complejos niveles de control definidos y formados por el total de sistemas de control social. No obstante, el contenido y significado que tiene el término “derecho consuetudinario” para las legislaciones de América Latina ha sido muy limitado y refleja la posición de dominación del derecho oficial frente al derecho indígena. En el Perú, invariablemente se ha entendido y limitado el “derecho consuetudinario” a las normas encargadas de regular los asuntos concernientes a determinadas formas tradicionales de propiedad, posesión y usufructo de la tierra, agua, bosques, servidumbres u otros derechos y obligaciones sobre los recursos naturales comunales “según ley”, así como a las formas consuetudinarias de regular el trabajo comunitario, existiendo negativa en ampliar su validez a otro tipo de relaciones jurídicas, sobre todo a las materias consideradas de exclusiva competencia estatal, como la penal.

Un desafío fundamental consiste en concebir que el derecho consuetudinario comprende un entramado de condiciones y relaciones que se gestan dinámicamente al interior de la vida comunitaria, abarcando todos los aspectos de la existencia social. Por ejemplo, reconocer o no competencia y jurisdicción en materia penal a las autoridades indígenas o campesinas, es actualmente un tema tabú que genera controversia aunque el derecho consuetudinario es más que eso.

La Reforma Constitucional de 1993 —que incluyó por primera vez el reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural de la Nación, así como el reconocimiento del pluralismo jurídico indígena/campesino— fue el resultado del trabajo de un grupo de instituciones y profesionales independientes, con participación indígena, pero no fue producto de un “pacto social” entre indígenas y gobierno a lo colombiano o mexicano, de allí la apatía.

Las propuestas para la nueva normatividad constitucional iban mucho más allá de lo que el Estado liberal de Alberto Fujimori estaba dispuesto a conceder: contenían un desarrollo integral que aseguraría el etnodesarrollo bajo un Estado pluralista garantista. El legislador del Congreso Constituyente Democrático de 1993 reconoció como derecho fundamental de la persona, el derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación (Art. 2º, inc. 19), enunciado de inspiración directa de la Constitución de Colombia de 1991.

El anteproyecto constitucional elaborado por la Mesa de Trabajo sobre Pluralidad Jurídica y Derechos Étnicos dice: “Las autoridades de las comunidades campesinas, nativas, de las rondas campesinas autónomas y organizaciones vecinales, podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos. La ley establece las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Esta norma instituye la implementación de un régimen de pluralismo jurídico extendiéndolo inclusive a dar validez a los sistemas de control social de las organizaciones vecinales; esta propuesta fue modificada en la puerta del camino, que sólo admitió el pluralismo legal para grupos históricos.

La férrea lucha de Fernando de Trazegnies en la comisión impidió que el tema saliera de un tirón con las clásicas promesas de elaborar las leyes que estas poblaciones necesitan en otros cuerpos normativos que no sea la Constitución.

Propuestas que incluían y sacaban a otros actores para ejercer función jurisdiccional iban y venían, todos aplicarían preferentemente los principios de derecho



consuetudinario de la zona en la que ejercen su función, aun cuando se opongan a las normas del derecho escrito en algunos casos”.

Algunos legisladores creían que para reivindicar a las organizaciones populares y a sus sistemas de administración de “justicia informal” era suficiente un principio y derecho de la función jurisdiccional: “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario” (Art. 139º, inc. 8 Constitución de 1993). Pero el pluralismo legal no significa tener a la costumbre como fuente supletoria del derecho sino principalísima.

Otros argumentos de los legisladores iban en contra de fallar contra ley, ello llevaría al “desorden jurídico”. En todo caso “el juez aplicará de preferencia el derecho consuetudinario, pero no si está en contra del derecho positivo”. Además “la costumbre es cada vez menos fuente del derecho y genera derecho en cuanto está admitida por ley”. Estas discusiones están centradas en el derecho civil, laboral, agrario, etcétera; cuando entramos al ámbito del derecho penal, normas de orden público que no admiten a la costumbre como fuente del derecho, y principio incommovible de derecho exclusivo de castigar del Estado, el pluralismo legal se vuelve imposible. Para los legisladores —que siguen creyendo que pluralismo legal es reconocer a la costumbre como fuente del derecho “en algunos casos”—, es impensable crear derechos paralelos y sistemas de autoridad autónomos.

Para algunos, si estas poblaciones transgreden una norma de orden público, el juez debe ver la manera de aplicar alguna gran circunstancia atenuante que le permita disminuir la pena hasta el mínimo legal.

Otra objeción que se le hizo al pluralismo jurídico fue su aparente desconexión con el Poder Judicial. Algunos congresistas sugirieron ampliar las competencias de los jueces de paz en vez de sugerir reconocer facultad jurisdiccional fuera del Poder Judicial. Otros sugirieron que las autoridades comunales y de las rondas asuman las funciones de los jueces de paz no letrados, pues de este modo se evitaría desvincular la administración de justicia del Poder Judicial.

Otro tema de discusión se centró en la conveniencia o no de incorporar el artículo del pluralismo legal a nivel constitucional, pues se insistía en que debía ser atendido vía legislación ordinaria y que estaría contemplado en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Milagrosamente, y tal vez porque como afirmaban los legisladores, “uno de los propósitos de la reforma constitucional es intentar acercar el derecho oficial

a la realidad del país”, la norma se consagra a nivel constitucional, aunque dentro del capítulo del Poder Judicial.

El legislador no pretende ni se le ocurre legitimar a la “justicia informal” como existe. Pretende reconocer lo que existe pero no en la forma en que existe. Tiene la intención de atrapar a estos sistemas dentro de su lógica centralista. Por ello sólo piensa en la manera de incluir a las autoridades comunales y de rondas a la estructura del Poder Judicial.

En el Diario de los Debates se constata la poca información y preocupación de los legisladores por conocer los sistemas jurídicos indígenas o campesinos, así como los múltiples sistemas de solución de conflictos, que según los estudios de antropología jurídica pueden ser clasificados desde el punto de vista de autoridad y de procedimientos, debido a que la tipicidad no es un elemento que defina a estos sistemas jurídicos. No nos referimos a un conocimiento exhaustivo debido a la imposibilidad material de tal demanda, pues en el Perú no existen trabajos de tipologías de sistemas jurídicos de esa envergadura. Nos referimos en todo caso a un conocimiento elemental de cómo y por qué operan, en la generalidad, tales sistemas de resolución de conflictos. Ni siquiera existe interés por conocer estadísticamente el número de comunidades campesinas y nativas, así como el de las rondas campesinas en el Perú.

La ronda campesina —organización civil sobre la que existe importante literatura que explica y describe su organización políticsocial, las funciones jurisdiccionales que ejerce, así como el rol fundamental que jugó en la lucha contra el terrorismo—, paga el precio por el desconocimiento del legislador. Las preguntas iban desde: ¿Administran justicia las rondas campesinas o sólo prestan servicios de policía y de auxiliares a otros órganos jurisdiccionales?, ¿son ellas soberanas representando una nación en pequeño?, ¿puede considerarse a las rondas como organizaciones tradicionales?, ¿cuál es el ámbito territorial de una ronda campesina?, hasta, ¿existe una ley de rondas campesinas? Así, se percibe a las rondas como organizaciones transitorias, producto, para los mal informados del terrorismo. Estas organizaciones son miradas como peligrosísimas si junto con la función policial, que al parecer todas ejercen, se les legitima la función jurisdiccional. Ellas, para algunos, “cometen excesos que las comunidades campesinas, por otro lado, no cometen porque como elementos de jurisdicción son más equilibradas”. El legislador opta por reconocerles a las rondas un carácter auxiliar a la justicia comunal en cumplimiento de la ley de rondas vigente (N° 24571, 1986), que las reconoce como “cooperadoras” de las autoridades. Esta distorsión les costaría a las rondas una lucha que hasta ahora

enarbolan para que se les reconozca con facultades jurisdiccionales sin el referente comunal.

Finalmente, la fórmula que se adoptó en la Constitución de 1993 fue la siguiente: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial” (Art. 149 del Poder Judicial).

El precedente del artículo 149° de la Constitución del Perú de 1993 tiene como fuente de inspiración inmediata el artículo 246° de la Constitución de Colombia de 1991, que reconoce el pluralismo jurídico indígena; aunque, al parecer, el Congreso Constituyente Democrático que incorporó la norma del pluralismo legal en la Constitución peruana no lo sabía. En los debates no se hace ninguna alusión a la legislación comparada, es decir, a su fuente. El legislador cree y afirma que el artículo es “cosecha propia”. Entendemos que la razón para incluir la norma pluralista constitucionalmente fue una manera de demostrar las bases democráticas del gobierno, así como su preocupación por “legitimar” las formas de administración de justicia extraestatales que ejercen las organizaciones consideradas “tradicionales”, en razón de que “muchos sectores rurales están abandonados por el derecho, pues peor es la inexistencia total del derecho y en parte estos sistemas cubren el vacío”.

Como explican los teóricos del pluralismo legal, es una estrategia del Estado reconocer los campos sociales semiautónomos que operan en su interior con la intención de controlarlos y de arrastrarlos a su sistema (Griffiths, 1986). Es indudable la intención del legislador de ordenar y controlar la administración de justicia extraestatal, la honra siempre y cuando sea dependiente y subordinada a su sistema y no altere los valores que representa la sociedad hegemónica y sobre todo la supremacía del ordenamiento estatal. Durante el decenio fujimorista el desarrollo de la ley de desarrollo que señala el artículo 149° mostró un exiguo interés y un nulo interés en la producción jurisprudencial.

Dentro del actual contexto, el desarrollo de la ley de desarrollo dependerá, en gran medida, de la presión de los beneficiarios de la norma y, decididamente, de la voluntad política del gobierno de cumplir no sólo con el desarrollo del mandato constitucional sino con los lineamientos del Convenio N° 169 de la OIT, que también exige la implementación del pluralismo jurídico; derecho considerado como

fundamental para la preservación de los pueblos indígenas que conviven dentro de las fronteras del Estado-nación. El Derecho es parte de la cultura.

¿Es el artículo 149° de la Constitución Política del Perú de 1993, expresión de un Estado pluralista o es reflejo aún del Estado centralista?

Estamos lejos de pensar que exista la voluntad política de desarrollar políticas integrales plurales de autogobierno, que nos lleven a un mejor desarrollo del pluralismo jurídico. Insistimos que no podemos hablar de pluralismo legal sin el reconocimiento hacia autonomías político económicas. El Estado liberal tendrá que redefinirse.

La ideología jurídica del Estado-nación está aún en la mentalidad de legisladores, jueces, abogados, estudiantes de derecho, quienes en su mayoría identifican al Derecho con las normas emanadas por el poder soberano del Estado. La judicatura legalista no constitucionalista se niega a interpretar y a aplicar los principios constitucionales y los del Convenio N° 169 por falta de desarrollo legislativo.

Dentro del peso de estas consideraciones en nuestra cultura jurídica, la conceptualización del derecho consuetudinario —tal como lo explica la antropología legal— es uno de los mayores retos, pues la tendencia es a limitar su vigencia a ciertas materias, cuantías y a considerarlo como fuente supletoria del derecho positivo.

Los que personifican lo “jurídico”, y en todo caso producen las normas (legisladores), están convencidos de que el artículo es sólo un instrumento civilizatorio, un medio de educación y sumisión a la autoridad del Estado, autoridad de la que parecen haberse olvidado las comunidades y las rondas, asumiendo actividades que no les corresponden. Es decir, han entendido el mandato constitucional precisamente como no han debido entenderlo. El Estado supone que a través del reconocimiento del pluralismo jurídico legitima las funciones de estas colectividades, pero se siente en la obligación y se esfuerza por crear mecanismos para “integrar” estas jurisdicciones extraestatales a su sistema (justicia de paz), pues le incomoda establecer “sistemas paralelos”. De no poder hacerlo, exigirá a los diversos órdenes jurídicos operar, pero bajo ciertas condiciones teóricas y procedimentales: es decir, deberán respetar los “principios y derechos de la función jurisdiccional” o “garantías de la administración de justicia”, que no serían otra cosa que las garantías del debido proceso, propias del derecho moderno; además de la lógica de los “límites constitucionales” y de los “derechos humanos”, condicionamientos y limitaciones que nos traen a la memoria la justificación que revelaron los colonizadores cuando permitieron a los indios seguir rigiéndose por

su gobierno y costumbres: "...aunque nuestro principal desseo, ha de ser procurar traerles poco a poco a vida de verdaderos, i perfectos Christianos, todavia no les avemos de querer quitar de una vez por todas las costumbres, que tenían, i usaban en su infidelidad, aunque tengan algo de barbarismo, como no repugncn del todo a la ley natural, i dotrina del Evangelio" (Solorzano, 1648: Libro II, Cap. XXV). □

## Notas

1. *Abogada. Investigadora y asesora legal del Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica. E-mail: conniegálvez@terra.com.pe*
2. *En 1938 se celebró en Lima la VIII Conferencia Panamericana, que convocó el Primer Congreso Indigenista Interamericano, realizado en Pátzcuaro, México, organismo que sentó las bases y la ideología dominante del indigenismo en Latinoamérica. Una de sus conclusiones estipuló que: "Los indígenas tienen un preferente derecho a la protección de las autoridades públicas para suplir la deficiencia de su desarrollo físico e intelectual y que debería ser propósito de todos los gobiernos desarrollar políticas tendientes a la completa integración de aquellos en los respectivos medios nacionales". Si bien se establecía la necesidad de respetar la personalidad cultural de las poblaciones indígenas, la política que sugería era la integración de los indígenas a la vida nacional. La política indigenista integracionista formulada por este organismo a los Estados con población indígena se inició en 1940 y duraría hasta 1981, donde se daría paso al indigenismo "participativo" (Bonfil), "científico" (Francisco Miró Quesada Cantuarias) o como algunos prefieren llamarlo al "indianismo" (Favre).*

## Bibliografía

### *Constituciones Políticas del Perú de los siglos XIX y XX*

- I. Constitución de 1823
- II. Constitución de 1826
- III. Constitución de 1828
- IV. Constitución de 1834
- V. Constitución del Estado Sud-Peruano 1836
- VI. Constitución del Estado Nor-Peruano 1836
- VII. Constitución de 1939
- VIII. Constitución de 1856
- IX. Constitución de 1860
- X. Constitución de 1867
- XI. Constitución de 1920

- Diario de los Debates de la Asamblea Nacional de 1919
- XI. Constitución de 1933  
Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931
- XII. Constitución de 1979  
Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1978
- XIII. Constitución de 1993  
Actas de las Sesiones del Plenario de 1993

### *Leyes ordinarias especiales*

- I. Estatuto de Comunidades Indígenas del Perú, aprobado por Decreto Supremo N° 011, del 2 de junio de 1961.
- II. Estatuto Orgánico de Comunidades Campesinas del Perú, aprobado por Resolución Suprema N° 011, del 27 de julio de 1966.
- III. Estatuto de Comunidades Campesinas del Perú, D.S. N° 37-70-A, del 17 de febrero de 1970.
- IV. Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva, Decreto Ley N° 20653, del 24 de junio de 1974.
- V. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva, Decreto-Ley N° 22175, del 9 de mayo de 1978.
- VI. Ley General de Comunidades Campesinas, Ley N° 24656, del 14 de abril de 1987.
- VII. Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, del 15 de febrero de 1991.
- VIII. Reconoce a las Rondas Campesinas, Pacíficas, Democráticas y Autónomas Ley N° 24571, del 6 de noviembre de 1986.
- IX. Reglamento de Organización y Funciones de Rondas Campesinas, Pacíficas, Democráticas y Autónomas, Decreto Supremo N° 012-88-IN, del 15 de marzo de 1988.

### *Normatividad Nacional*

- I. Código Civil, 1852
- II. Código Penal, 1924  
Exposición de Motivos
- III. Código Civil, 1936
- IV. Código Civil, 1984
- V. Código Penal, 1991  
Exposición de Motivos
- VI. Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1993

### *Normatividad Internacional*

- I. Convenio N° 107 de la Organización de Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

II. Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado por Decreto Legislativo N° 26253, del 2 de diciembre de 1993.

BASADRE, Jorge

1937 *Historia del derecho peruano*. Lima. Ed. Atenea S.A.

1967 *Los fundamentos de la historia del derecho*. Lima. Ediciones Gráficas S.A.

1983 *Historia de la República del Perú, 1822-1933*. Lima. Editorial Universitaria. Séptima edición corregida y aumentada. 10 T.

BENGOA, José

1994 "Los indígenas y el Estado nacional en América Latina". En: *Anuario Indigenista*. México. Vol. XXXIII, pp. 13-40.

CASTRO POZO, Hildebrando

1924 *Nuestra comunidad indígena*. Lima. El Lucero.

CORREAS, Óscar

1993 *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*. México. Triana editores.

1994 "La teoría general del derecho frente al derecho indígena". En: *Crítica jurídica*. Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho N° 14. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

1995a "Pluralismo jurídico y teoría general del derecho". En: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas. Año II. Julio-diciembre. N° 5. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.

1995b "Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia". En: *Crítica jurídica*. Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho N° 16. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

CHIRINOS SOTO, Enrique

1986 *La nueva Constitución*. Lima. Editores importadores S.A.

1993 *Constitución de 1993: Lectura y Comentario*. Lima. NERMAN S.A. Editora Antonella Chirinos Montalbetti.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1993 "Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidades y límites". En: *Comunidades Campesinas y Nativas, en el nuevo contexto nacional*. Lima. CAAAP-SER.

1994 "Postmodernidad y pluralismo jurídico". En: *¿Qué modernidad deseamos?* Lima. Editor David Sobrevilla Alcazar.

FAVRE, Henri

1991 "Reforma agraria y etnicidad en el Perú durante el gobierno revolucionario de las fuerzas armadas" (1968-1980). En: *Cuadernos Americanos Nueva Epoca*. N° 30. Vol. 6. México. UNAM.

FITZPATRICK, Peter

1983 "Law, Plurality and Underdevelopment". Edited by D. Sugarman, In *Legality, Ideology, and State*. London. Academic Press. London and New York, pp. 159-183.

FRANCIA, Luis

1993 "Pluralidad cultural y derecho penal". En: *Revista de Derecho*. N° 47. Lima. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GRIFFITHS, John

1986 "What is Legal Pluralism?" In *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Foundation for the Journal of Legal Pluralisms. N° 24, pp. 1-55.

GUEVARA GIL, Armando

1998 "La antropología del Derecho en el Perú: una disciplina marginal y periférica". En: *América Indígena*. México. Instituto Indigenista Interamericano, pp. 343- 373.

GURVITCH, Georges

1947 *The Sociology of Law*. London. Routledge and Kegan Paul.

1965 "Problemas de la sociología del Derecho". En: *Sociología del Siglo XX*. Barcelona. El Ateneo. 2T, pp. 200-238, T.1.

HOEKEMA, Andre J.

1996 "El concepto de autonomía". En: *Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina*. Colombia. COAMA, pp. 243-252.



INSTITUTO INDIGENISTA AMERICANO

- 1990 "Política indigenista (1991-1995)". En: *América Indígena*. Nº 50. México D.F., pp. 7-139.
- KELSEN, Hans  
1945 *Sociedad y naturaleza*. Buenos Aires. Depalma.
- 1982 [1953] *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Argentina. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- MARIÁTEGUI, José Carlos  
1991 [1928] *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima. Biblioteca Amauta.
- 1969 *Ideología y política*. Lima. Empresa editora Amauta.
- MARZAL, Manuel  
1989 *Historia de la antropología indigenista: México y Perú*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ROULAND, Norbert  
1988 *Anthropologie juridique. Collection droit fondamental. Droit politique et théorique*. France. Presses Universitaires de France.
- STAVENHAGEN, Rodolfo  
1988 *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. México. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El Colegio de México.
- 1989 "Comunidades étnicas en estados modernos". En: *América Indígena*. Vol. XLIX. Nº 1. Enero-marzo. México. Instituto Indigenista Interamericano, pp. 11-34.
- 1992 "La situación y los derechos de los pueblos indígenas de América". En: *América Indígena*. Nº 1-2. Enero-junio. México. Instituto Indigenista Interamericano, pp. 63-118.
- VILLARÁN, Manuel Vicente  
1964 *Apuntes sobre la realidad social de los indígenas del Perú ante las leyes de Indias*. Lima. P.L. Villanueva.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel

1993 *Las Rondas Campesinas de Cajamarca-Perú. Una aproximación desde la antropología jurídica.* Lima. Tesis (Lic) PUCP.

1995 "Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica. Documento de reflexión". En: *Desfatiendo Enmuertos.* Lima. Comisión Episcopal de Acción Social.