

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y  
Constitucionalismo en América Latina**

**Pluralismo Jurídico Igualitario y Diálogo Intercultural Horizontal en el Perú**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derechos  
Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina.**

**AUTOR**

**MIGUEL ANGEL PAREDES MEJIA**

**ASESOR:**

**JOSE FRANCISCO GALVEZ MONTERO**

**CÓDIGO DEL ALUMNO:**

**20194556**

**AÑO**

**2019**

## RESUMEN

La investigación parte del auténtico problema latinoamericano de la pluralidad jurídica o diversidad de sistemas normativos que coexisten dentro de nuestro territorio peruano, la cual nos permite apreciar que el monismo jurídico o el pluralismo jurídico subordinado que predominan en nuestros Estados, constituyen paradigmas teóricos o políticos que colisionan con los postulados del Estado constitucional donde los derechos de los pueblos indígenas y demás minorías exigen un adecuado tratamiento constitucional y convencional de la igualdad e identidad cultural diferenciada.

El objetivo de esta investigación es analizar críticamente el más adecuado tratamiento constitucional de la jurisdicción indígena en el Perú, conforme a lo establecido en el artículo 149° de la Constitución, para lo cual se ha realizado una importante revisión teórica y jurisprudencial, sobre el pluralismo jurídico del horizonte igualitario y el diálogo intercultural horizontal. Este desarrollo nos permite arribar a soluciones constitucionalmente razonables en conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal desde el principio pro indígena (artículo 35 del Convenio 169 de la OIT), propio del periodo del pluralismo jurídico del horizonte igualitario que se sustenta en elementos dialógicos y deliberativos, así como de carácter material como el principio constitucional democrático de protección de las minorías y la dignidad humana.

La conclusión principal es que resulta obligatoria la aplicación del pluralismo jurídico igualitario y el uso del diálogo intercultural horizontal. La jurisdicción especial indígena es constitucionalmente autónoma y debe ejercerse respetando el límite a los derechos fundamentales, conforme a lo establecido en el artículo 149° de la Constitución con base en el principio pro indígena de carácter jurídico sustentado en la igualdad material para optimizar y equilibrar en la mayor medida posible las relaciones asimétricas de desventaja que enfrentan los pueblos indígenas, debido a su histórica situación vulnerabilidad que enfrentan actualmente en nuestro contexto global.

## INDICE

<b>RESUMEN</b>	02
INDICE	03
PLAN DE TRABAJO	05
<b>INTRODUCCIÓN</b>	11
<b>CAPITULO I: MARCO TEÓRICO, VALORATIVO E HISTÓRICO</b>	15
1.1- CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN INDÍGENA	15
1.2- EL BUEN VIVIR Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA.	16
1.3- LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONTEXTO DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS	20
1.4- ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA	24
1.5- CONCLUSIONES	36
<b>CAPITULO II: EL PLURALISMO JURÍDICO IGUALITARIO Y EL DIÁLOGO INTERCULTURAL HORIZONTAL COMO PREMISAS PARA EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL PERÚ</b>	38
2.1- CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA DIVERSIDAD Y LA NOCIÓN DE SUJETO DE DERECHO IMPULSADO POR LOS ENFOQUES CRÍTICOS EN EL CAMPO DEL DERECHO	42
2.2- SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL ENFOQUE INTERCULTURAL	46
2.3- PLURALIDAD Y EL PLURALISMO JURÍDICO	54
2.4- SOBRE EL DIÁLOGO INTERCULTURAL Y LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	60
2.5- CONCLUSIONES.	67
<b>CAPITULO III: EL PRINCIPIO PRO INDÍGENA COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS DE COORDINACIÓN ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA Y LA JUSTICIA ESTATAL EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN</b>	71
3.1- CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS Y LA GLOBALIZACIÓN	71
3.2- EL MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL PARA EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA INDÍGENA	76
3.3- EL PRINCIPIO PRO INDÍGENA COMO UNA ESPECIFICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO HOMINE PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS	90

A. El principio pro indígena como un derecho sustantivo	101
B. El principio pro indígena como un principio jurídico fundamental de interpretación	107
C. El principio pro indígena como una norma de procedimiento	125
- Sobre la necesidad de una ley de coordinación o criterios jurisprudenciales vinculantes necesarios para resolver conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal	136
3.4- CONCLUSIONES	145
<b>CONCLUSIÓN</b>	155
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	159



## **PLAN DE TRABAJO**

**TEMA:** Pluralismo jurídico igualitario y diálogo intercultural horizontal en el Perú.

### **PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN PRINCIPAL:**

¿En base al artículo 149° de la Constitución Política del Perú, es obligatoria la aplicación del pluralismo jurídico igualitario y el uso del diálogo intercultural horizontal, con primacía del principio pro indígena, en el tratamiento jurisdiccional de los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal?

### **PREGUNTAS ESPECÍFICAS POR CAPÍTULOS:**

**PREGUNTA ESPECÍFICA DEL CAPÍTULO I:** ¿Cuál es el tratamiento constitucional de la jurisdicción indígena en el Perú?

**PREGUNTA ESPECÍFICA DEL CAPÍTULO II:** ¿Tienen sustento jurídico-constitucional la aplicación de la teoría del pluralismo jurídico igualitario y el diálogo intercultural horizontal, en los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal en el Perú?

**PREGUNTA ESPECÍFICA DEL CAPÍTULO III:** ¿Es el principio pro indígena un criterio equitativo fundamental para la solución de los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal peruana, derivado del principio democrático constitucional de protección de las minorías?

### **RESPUESTA TENTATIVA/HIPÓTESIS PRINCIPAL:**

Es obligatoria la aplicación del pluralismo jurídico igualitario y el uso del diálogo intercultural horizontal, con primacía del principio pro indígena, en el tratamiento jurisdiccional de los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal, con base en el artículo 149° de la Constitución Política del Perú.

## **HIPÓTESIS ESPECÍFICAS POR CAPÍTULOS:**

**HIPÓTESIS ESPECÍFICA DEL CAPÍTULO I:** La jurisdicción especial indígena es constitucionalmente autónoma y debe ejercerse respetando los derechos fundamentales, conforme a lo establecido en el artículo 149° de la Constitución Política del Perú.

**HIPÓTESIS ESPECÍFICA DEL CAPÍTULO II:** Tienen sustento jurídico-constitucional la aplicación de la teoría del pluralismo jurídico igualitario y el diálogo intercultural horizontal, en los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal en el Perú.

**HIPÓTESIS ESPECÍFICA DEL CAPÍTULO III:** El principio pro indígena es un criterio equitativo fundamental para la solución de los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal peruana, derivado del principio democrático constitucional de protección de las minorías.

## **OBJETIVO DE INVESTIGACIÓN PRINCIPAL:**

Analizar en base en al artículo 149° de la Constitución Política del Perú, si es obligatoria o no, la aplicación del pluralismo jurídico igualitario y el uso del diálogo intercultural horizontal, con primacía del principio pro indígena, en el tratamiento jurisdiccional de los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS POR CAPÍTULOS:**

**OBJETIVO ESPECÍFICO DEL CAPÍTULO I:** Analizar el tratamiento constitucional de la jurisdicción indígena en el Perú.

**OBJETIVO ESPECÍFICO DEL CAPÍTULO II:** Analizar si tienen sustento jurídico-constitucional la aplicación de la teoría del pluralismo jurídico igualitario y el diálogo intercultural horizontal, en los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal en el Perú.

**OBJETIVO ESPECÍFICO DEL CAPÍTULO III:** Analizar si el principio pro indígena es o no, un criterio equitativo fundamental para la solución de los conflictos entre la justicia indígena y la

justicia estatal peruana, derivado del principio democrático constitucional de protección de las minorías.

## **JUSTIFICACIONES**

### **JUSTIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS:**

La presente hipótesis: *"Es obligatoria la aplicación del pluralismo jurídico igualitario y el uso del diálogo intercultural horizontal, con primacía del principio pro indígena, en el tratamiento jurisdiccional de los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal, con base en el artículo 149° de la Constitución Política del Perú"*. En primer lugar, goza de una justificación teórica debido a que, nos permite revisar críticamente, analizar y proponer una solución al conflicto jurisdiccional entre la justicia indígena y la justicia estatal sobre la base del principio democrático constitucional de protección de las minorías, para arribar al principio pro indígena o de interpretación favorable a los derechos de los pueblos en caso de controversia jurisdiccional; por un lado, el pluralismo jurídico igualitario es un paradigma teórico que se sustenta en la igual dignidad no solo de los seres humanos individualmente, sino también de forma colectiva en pueblos indígenas como se presenta en el Estado plurinacional peruano; en este orden de ideas, también sus sistemas jurídicos de naturaleza estatal o no merecen igual reconocimiento y protección; de otro lado, el diálogo intercultural horizontal es el instrumento o vehículo que permite una participación democrática, con la premisa sustancial que todos los participantes del diálogo y deliberación se encuentran en igualdad de condiciones, especialmente se debe exigir la participación de aquellos que pueden ser afectados potencialmente con la decisión que se adopte. Sin embargo, el pluralismo jurídico igualitario y el diálogo intercultural horizontal como elaboraciones teóricas no permiten solucionar específicamente cada caso de conflicto entre la justicia indígena y la justicia estatal, es decir, se puede entender que las culturas son iguales y el diálogo democrático debe ser horizontal y no vertical (Yrigoyen Fajardo 1999: 10), pero ello no nos orienta a conseguir soluciones precisas; por eso este trabajo considera fundamental proponer el principio pro indígena que, esencialmente, tiene un sustento en el principio democrático constitucional de protección de las minorías, debido a que la diferencia cultural grupal de los pueblos indígenas se encuentra especialmente salvaguardada por el derecho a la igualdad y no discriminación, que exige también la protección de la diferencia cultural dado

que el alto grado de vulnerabilidad y la violencia estructural, que padecen y cada vez mella más su particular y auténtica identidad cultural diferenciada (Yrigoyen Fajardo 1999: 32).

De otro lado, la hipótesis planteada goza también de una justificación práctica, en mérito a que el tratamiento de los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal no ha merecido una solución legal ni jurisprudencial por el Estado, toda vez, que pese a que el tratamiento jurisdiccional del artículo 149° de la Constitución Política del Perú, establece: “...*La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y las demás instancias del Poder Judicial*” (Taboada Pilco 2014: 920); empero hasta la fecha el Congreso no ha expedido la ley de desarrollo constitucional sobre la coordinación jurisdiccional; tampoco existen pronunciamientos jurisdiccionales uniformes y vinculantes sobre las formas de solución de conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal; por ese motivo, la presente investigación busca abordar dicho problema para postular el principio pro indígena como el fundamento rector que concede una preferencia en la interpretación a favor de la autonomía de los pueblos indígenas en caso de conflictos jurisdiccionales, teniendo como límite infranqueable los derechos fundamentales y derechos humanos reconocidos. El pluralismo jurídico y el diálogo intercultural orientados por el principio pro indígena optimizarán la protección de la diferencia cultural de los pueblos indígenas y permitirán un entendimiento constitucionalmente apropiado de la diversidad no solo en el Perú, sino también en América Latina.

Esta realidad exige entender que el pluralismo jurídico existente ser analizado desde “...*una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico*” (Yrigoyen Fajardo 2012: 02) para obtener soluciones constitucionales coordinadas y razonables para la convivencia armónica de la diversidad y el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Asimismo, la estrategia de incorporar la deliberación pública y participación intercultural en procesos de coordinación entre ambas jurisdicciones, es una propuesta que debe ser rescatada del debate en la sentencia del expediente N° 02765-2014-PA/TC e impulsada para que la justicia estatal y la indígena puedan concertadamente resolver sus conflictos de la manera más armónica constitucionalmente hablando. Específicamente en el voto singular del magistrado Espinoza-Saldaña se realiza un importante tratamiento sobre los modelos de coordinación



jurisdiccional boliviano, colombiano y ecuatoriano que merecen ser discutidos en este trabajo, a fin de complementar la propuesta de investigación y generar una discusión constitucional sobre tales principios rectores jurisprudenciales sobre la coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del expediente N° 02765-2014-PA/TC 2017).

En ese sentido, como se anotó, se ha podido identificar una ausencia de regulación legislativa o jurisprudencial que la presente investigación busca abordar y desarrollar a fin de contribuir con el avance del conocimiento, en especial para una consolidación democrática deliberativa y establecimiento permanente de espacios y procedimientos de diálogo horizontal que *“...desarrolla ideales de la democracia constitucional basada en la tolerancia y respeto al pluralismo, donde no son admisibles ni la confortación permanente ni menos la imposición”* (Grández Castro 2015: 09), entre las jurisdicciones estatal e indígena, sobre la base del respeto a los derechos fundamentales. Asimismo, tender este puente deliberativo entre la justicia indígena y la justicia estatal contribuirá a que el valor constitucional de la autonomía jurisdiccional de la justicia indígena no sea vaciado de contenido o reducido a postulados que la pretender encasillar en meros asuntos folclóricos; por el contrario además de existir un reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, tenemos a nivel internacional el *“...convenio [169 de la OIT que] debe interpretarse sistemáticamente, bajo el principio de rescatar los más favorable a los pueblos indígenas”* (Yrigoyen Fajardo 2004: 177). En ese sentido, el discurso de los derechos fundamentales es la piedra angular que, por un lado ha de permitir el ejercicio autónomo de la jurisdicción indígena en claro respeto y preferencia a la libre determinación de los pueblos, y por el otro, contribuya a que determinadas pautas culturales gravosas a los derechos puedan adecuarse a los cauces constitucionales del mínimo irreductible de la igual dignidad humana. (Nino 2013: 87, Martín Sánchez 2015: 21).

### **JUSTIFICACIÓN DEL TEMA EN EL CAMPO DE ESTUDIO**

La definición del Estado peruano es relevante para el Derecho porque tiene implicancias no solo jurídicas formales, sino también materiales, por un lado tenemos que el Perú se define como un Estado constitucional, y por el otro, es evidente que la realidad fáctica nos muestra que la sociedad peruana en esencia está determinada por una multiplicidad de culturas

que configuran la diversidad cultural como rasgo característico de nuestro país latinoamericano, tal realidad tiene consecuencias jurídicas importantes que el Estado no puede inobservar, en especial, debe establecerse marcos normativos diferenciados conforme a las exigencias propias de cada organización social dentro de su seno; en ese sentido, los criterios de coordinación jurisdiccional deben estar definidos institucionalmente tomando en consideración las particulares características de los pueblos indígenas para el respecto de su autonomía, solo así se puede hablar de una verdadera igualdad material: “[m]ientras existan grupos sociales en desventaja fáctica se requerirán medidas de diferenciación jurídica de trato que equilibren la situación, medidas que, evidentemente, no son de interpretación estricta sino todo lo contrario, instrumentos de realización ‘real y efectiva’ del Estado social, democrático y de derecho” (Rey Martínez 2005: 35); para quienes padecen esta discriminación estructural producto de relaciones de poder asimétricas que los someten, el objetivo debe estar orientado a garantizar la participación en igualdad de condiciones, superar el déficit de representación que padecen estos grupos vulnerables, así como el reconocimiento y protección de su derecho originario como expresión de su diversa identidad y cultura, sin que el derecho estatal realice intervenciones arbitrarias o abusivas que desconozcan competencias constitucionales reconocidas a los pueblos indígenas para impartir justicia dentro de su jurisdicción, ni se exceda el límite al respeto de los derechos fundamentales. En esta línea de pensamiento, se deben “...generar procesos de diálogo intercultural-interjurisdiccional que contribuyan ante la ausencia de una ley o reglamentación de una ley” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos 2010: 27).

Así también importa evaluar que el grado de descentralización territorial conseguido en el Perú, se erige como un problema que refuerza patrones de dominación en perjuicio de los pueblos originarios, debido a que la centralización del poder a través de sus instituciones recorta oportunidades de progreso en lugares de la periferia del país.

## INTRODUCCIÓN

El Estado peruano desde sus orígenes se ha configurado constitucionalmente como un Estado Nación, esto puede ser explicado por la influencia europeo continental que concebía la idea de un Estado una nación, según Felipe Arocena: “...*los nuevos Estado-nación fueron contruidos como países europeos, católicos y blancos sin lugar para los pueblos indígenas autónomos*” (citado en Merino 2018: 467), tal concepción aún se encuentra afianzada en los razonamientos jurisdiccionales que perennizan patrones de subordinación del sistema jurídico estatal sobre la jurisdicción indígena, esta situación es incompatible con el reconocimiento constitucional de su autonomía dentro del límite al respeto de los derechos fundamentales. Un elemento fáctico trascendental del Estado peruano lo constituye su diversidad cultural, que no es más que la convivencia de gran número de grupos humanos afines en cultura y con identidad propia dentro del territorio nacional, los cuales están impulsando agendas multiculturales para el reconocimiento y efectividad de los derechos que les corresponde y les fueron negados durante gran parte de la república, pero que en la actualidad tienen reconocimiento constitucional e internacional.

En el Perú a partir del artículo 149° de la Constitución Política del Perú, se reconoce a “*Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y las demás instancias del Poder Judicial*” (Taboada Pilco 2014: 920). Este dispositivo constitucional no ha merecido tratamiento legislativo para regular las formas de coordinación especial entre la justicia indígena y la justicia estatal, tal deficiencia ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha seis de junio de dos mil diecisiete en el expediente N° 02765-2014-PA/TC y en la sentencia de fecha tres de marzo de dos mil diecinueve en el expediente N° 07009-2013-PHC/TC; sin embargo, no queda claro cuál sería el modelo y los criterios vinculantes aplicables para resolver con certeza jurídica dichas controversias jurisdiccionales, pues si bien se han puesto de acuerdo en que resulta fundamental un diálogo intercultural y se garantice el respeto de los derechos fundamentales para resolver los casos concretos, pero no se ha definido una línea jurisprudencial clara para afrontar el asunto, a

todo esto se suma la desventaja de no tener aprobada una ley de coordinación intercultural de justicia que permita componer estos diferendos. Asunto aparte, existe a nivel judicial que resuelve conflictos jurídicos teniendo en consideración el Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de la República del Perú, sobre “Rondas Campesinas y Derecho Penal” de fecha nueve de noviembre del dos mil nueve (Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116 2009), el cual fue plantea soluciones teniendo en consideración instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, así como derecho comparado, pero estrictamente está limitado al ámbito penal que incluso actualmente tiene que ser reevaluado con la sentencia del Tribunal en el expediente N° 07009-2013-PHC/TC. Este contexto de incertidumbre sobre la falta de pautas claras para enfrentar conflictos entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción indígena será el punto de partida para arribar a un modelo de diálogo jurisdiccional intercultural de carácter horizontal con especial énfasis en el principio de interpretación favorable a la autonomía indígena o principio pro indígena, que es la piedra angular y lineamiento rector para la se consigan soluciones armónicas, participativas y sustantivas, para tal efecto, se realizará una revisión del derecho comparado (Bolivia, Ecuador y Colombia) y el derecho internacional de los derechos humanos, para encontrar parámetros sustantivos y ámbitos de acción definidos para el ejercicio de la jurisdicción indígena autónoma coherente con la idea de Estado constitucional plurinacional.

Resulta necesario acoger postulados del “nuevo constitucionalismo latinoamericano” con expresiones importantes de Bolivia, Ecuador y Colombia, que nos “...*induce a pensar que las raíces sociales de las manifestaciones de protesta en América Latina conducen a la búsqueda de formas de rescate de la dignidad de los pueblos, de reivindicación de sus derechos de exigencia de lo que les corresponde, a través de mecanismos globalmente transformadores y que funcionen*” (Viciano Pastor & Martínez Dalmau 201: 08), en ese sentido, el presente trabajo desarrolla elementos teóricos que justifiquen la necesidad de reconocer jurídicamente a los pueblos indígenas la potestad autónoma constitucionalmente para ejercer jurisdicción dentro de los límites materiales inquebrantables, como son los derechos fundamentales, así como los competenciales; por ello se tomará como punto de partida la idea de igual dignidad individualista, para arribar a una concepción más social o colectiva compatible con la idea de diversidad cultural que la Constitución reconoce y protege.

Respecto a las causas del problema de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal es necesario mencionar que es recurrente en el Tribunal Constitucional la falta de legislación sobre las relaciones de cooperación entre estas dos jurisdicciones, así como la falta de criterios uniformes vinculantes para resolver las controversias. El “...*Perú no cuenta con una normativa diferenciada sobre pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas. Nuevamente, este dato ilustra claramente que el tema indígena en el Perú no es abordado desde una perspectiva integral, a través de una ley que comprenda todos los aspectos y temas relacionados con las poblaciones indígenas (territorio, educación, salud, mecanismo de consulta, lengua, entre otros)*” (Aranda Escalante 2015: 115), esta falta de desarrollo constitucional representa una muestra más de la relegación social y poca importancia que el Estado le asigna al fenómeno de la diversidad cultural. También la falta de uniformidad en criterios jurisdiccionales uniformes por parte de las altas Cortes representa una dificultad a la hora de abordar soluciones al problema de coordinación entre la justicia estatal y la justicia indígena, lo cual el presente trabajo pretende complementar.

Las pautas o lineamientos para una coordinación adecuada entre la justicia indígena y la justicia estatal, se encuentran en la doctrina y el derecho internacional, los cuáles están referidos principalmente a establecer reglas claras de cuándo debería intervenir una u otra, como son criterio: “1) *material*, 2) *territorial*, 3) *personal*, y 4) *temporal entre ambos sistemas*; 5) *descriminalización del derecho y la justicia indígenas*; 6) *mecanismos para el respeto de actos jurídicos del derecho indígena*; 7) *mecanismos para el respeto de decisiones jurisdiccionales de la justicia indígena*; 8) *remisión de casos o situaciones al derecho indígena*; 9) *fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales*; 10) *mecanismos de colaboración y apoyo entre sistemas*; 11) *procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena*” (Yrigoyen Fajardo 1999: 52-57); que están sujetos al respeto de los derechos fundamentales, los que a su vez deben llevarnos a encontrar los mejores modelos y criterios de coordinación con el enfoque del dialogo jurisdiccional intercultural a fin de complementar, replantear o incorporar criterios constitucionalmente compatibles con nuestro ordenamiento jurídico para soluciones controversias entre el derecho indígena y el derecho estatal.

Para llevar a cabo el estudio, el trabajo se ha estructurado en tres capítulos. En el capítulo I “MARCO TEÓRICO, VALORATIVO E HISTÓRICO” se efectúan algunas precisiones conceptuales del Estado-nación hasta el Estado plurinacional, y las características y límites de la función jurisdiccional de la justicia indígena en el Perú como sustento teórico y práctico para abordar el problema de coordinación entre estas; además, se advierte como diagnóstico la ausencia de un desarrollo legislativo del artículo 149° de la Constitución Política del Perú sobre las relaciones de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal, así como la falta de criterios jurisdiccionales uniformes y vinculantes sobre el asunto en el Perú. En el capítulo II “EL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL PERÚ”, se realiza un abordaje del pluralismo jurídico igualitario y el diálogo intercultural horizontal como planteamientos compatibles para el tratamiento de los conflictos que pueden presentarse entre la justicia indígena y la justicia estatal en el marco del Estado plurinacional peruano, en ese sentido, estos postulados contribuyen a la igualdad de condiciones básicas para la participación democrática constitucional de las minorías indígenas; sin embargo, se hará notar que son necesarias, aunque no suficientes porque finalmente no permiten arribar a soluciones concretas, por eso resulta indispensable plantear una forma idónea y necesaria para la protección de la autonomía indígena dentro de los cánones al respeto de los derechos fundamentales. En el capítulo III “EL PRINCIPIO PRO INDÍGENA COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS DE COORDINACIÓN ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA Y LA JUSTICIA ESTATAL”, se propondrá el principio pro indígena o principio de interpretación favorable a la autonomía indígena como criterio fundamental equitativo para arribar a soluciones óptimas que permitan la subsistencia de los pueblos indígenas, en consonancia con el respeto a su diferencia cultural que es una forma de identidad protegida por el principio de igualdad y no discriminación; también se realizará una evaluación jurisprudencial comparada de los modelos y sistemas de coordinación a fin de establecer cuál sería más compatible con el principio democrático constitucional de protección de las minorías busca proteger a los grupos vulnerables que han sufrido violencia estructural por el Estado.

## CAPITULO I: MARCO TEÓRICO, VALORATIVO E HISTÓRICO

### 1.1. CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN INDÍGENA.

La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 149° establece:

*“Art. 149.- Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. 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 formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”* (Abad Yupanqui 2018: 196-197).

De este dispositivo normativo constitucional podemos entender que la justicia indígena debe ejercer un tipo especial de potestad jurisdiccional autónoma, que consiste en la impartición de justicia por las comunidades indígenas dentro del Estado plurinacional peruano, conforme a criterios competenciales y dentro del límite material al respeto de los derechos fundamentales. El Perú tiene una realidad plurinacional y diversidad cultural encomiable; sin embargo, en ámbitos incluso jurídico constitucionales nos movemos bajo la premisa del *“...Estado-nación y el monismo legal, [que] sancionan un solo idioma, cultura, religión y ley para todos los ciudadanos, buscando la asimilación de los indígenas a dicho patrón general. Quedan proscritos el fuero, autoridades, y normas indígenas, así como sus idiomas y cultura”* (Yrigoyen Fajardo 2012: 11), este es un esquema que debe ser dejado de lado porque *“[d]urante muchos años se trató de occidentalizar a todos. En los últimos decenios se reconoce el valor de ser iguales en la diversidad. Es un concepto que hay que construir en la realidad”* (Rubio Correa, Eguiguren Praeli, & Bernal Ballesteros 2017: 566). En este sentido, deberíamos estar orientados a consolidar un Estado plurinacional más compatible con la idea de igual dignidad dentro del Estado constitucional, donde el reconocimiento y la promoción de la diversidad cultural como fenómeno eminentemente latinoamericano, es fundamental para generar más espacios de igualdad y respeto de la heterogénea identidad cultural y étnica reconocida en el artículo 2.19 de la Constitución Política del Perú.

La falta de pautas claras y líneas rectoras de coordinación en el tratamiento jurídico procesal de asuntos relacionados a sistemas de resolución de conflictos, sin duda es un caldo de cultivo para los conflictos sociales y la incertidumbre jurídica, esto se debe a que la variedad de naciones en un mismo espacio territorial como el peruano genera fricciones en el campo de la jurisdicción estatal e indígena que no encuentran desenlaces apropiados dentro de la lógica de la democracia constitucional y la del derecho internacional de los derechos humanos, aspectos que deben merecer reflexión crítica y complementaria para que sean superadas satisfactoriamente.

## **1.2 EL BUEN VIVIR Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA.**

El constitucionalismo latinoamericano con su proyecto de Estado plurinacional representa un reclamo de integración social (Viciano Pastor & Martínez Dalmau 2011: 22) frente a los problemas neoliberales de pobreza y desigualdad, deficiente relación sociedad-instituciones, diversidad y pueblos indígenas, destrucción del ambiente, violencia de (género) estructural (Cornejo Amoretti 2019a: 02), su implementación está articulándose a través de altos Tribunales como la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-622 que ha puesto en la palestra la perspectiva biocultural basada en una concepción ecocéntrica de la tradición de los pueblos originarios, que busca “...reconocer derechos de la naturaleza [río Atrato] como auténticos sujetos de derecho” (Corte Constitucional Colombiana sentencia T-622, 2016: 42); es decir, se supera el paradigma antropocéntrico y biocéntrico de corte utilitarista que las entiende como las: “...diversas perspectivas desarrolladas jurídicamente para articular la protección ambiental: una, la antropocéntrica, basada en el reconocimiento de un «derecho humano al medio ambiente» y, la otra, la biocéntrica, con el reconocimiento de un deber que tiene la sociedad internacional de proteger el medio ambiente, especialmente, mediante el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, que es quién, en definitiva, brinda el sustento necesario para el desarrollo de la vida humana en el Planeta” (Borras Pentinat 2014: 650), es decir, dichas perspectivas aún no se desprenden de la idea que se debe proteger a la naturaleza y los animales porque únicamente serían necesarios para la subsistencia de la especie humana. Por el contrario, la visión ecocéntrica entraña una concepción holística e integral que nos puede ayudar a corregir los graves problemas estructurales de contaminación ambiental y exclusión que padecen los pueblos originarios, aquella concepción de la justicia reposa sobre la idea de buen vivir que es una: “...reelaboración contemporánea del concepto quechua *Sumak Kawsay* y conceptos afines de otros pueblos autóctonos. Incluye tanto la idea de una interdependencia entre la sociedad y su



*medio ambiente natural como también una concepción de lo universal como realidad plural"* (Vanhulst & Beling 2013: 01).

En este orden de ideas, la propuesta post liberal del buen vivir es una nueva opción válida a la hora de ejercer función jurisdiccional que lucha por tener un espacio en igualdad de condiciones dentro del razonamiento constitucional, junto con las otras concepciones modernas sobre lo justo, no se puede dejar de anotar su visión holística y comunitaria pues:

*"Para los indígenas no existe el individuo, sino la persona, que no puede ser concebida como un ser aislado de un todo, de un colectivo. Su concepción del mundo es holística e integral. Las características principales de esta concepción son el colectivismo, basado en determinados principios como la reciprocidad y el apoyo mutuo: el ayni. Los pueblos indígenas no conciben al individuo sino a la comunidad. Para los indígenas se torna conflictivo, culturalmente hablando, la separación de los derechos de los individuos y de la comunidad de la cual forman parte"* (Comisión Andina de Juristas 2009: 98).

Estos postulados ideológicos comunitarios del buen vivir son antagónicos a la visión liberal porque las *"[c]oncepciones capitalistas del desarrollo son reproducidas por la ciencia de la economía convencional. Se basan en la idea de crecimiento infinito resultante de una sujeción creciente de las prácticas y el conocimiento a la lógica del mercado. Por el contrario, Swadeshi y Sumak Kawsay se basan en la idea de sostenibilidad y reciprocidad"* (De Sousa Santos 2018: 177-178). La concepción de la justicia indígena es una visión crítica eminentemente colectivista e implica un giro copernicano que tiene como punto de partida una noción individualista, lo cual sin duda resulta un reto a la hora de implementarla con efectos prácticos, toda vez, que los derechos han sido configurados bajo la lógica liberal del individualismo axiológico con fundamento en la igual dignidad humana; también debemos entender que: *"[e]l discurso del Buen vivir contiene una dimensión reactiva y una proactiva: por un lado, denuncia como irremediables las derivas evidentes del proyecto civilizatorio del desarrollo, y, por otro, simultáneamente reactiva los imperativos sociales y ecológicos que determinaron el surgimiento del discurso del desarrollo sostenible un cuarto de siglo atrás, proponiéndose como alternativa superadora"* (Vanhulst & Beling 2013: 03), de este modo propone superar el desarrollo vertical

enfocado en satisfacer las necesidades humanas para instaurar un desarrollo sostenible que sea compatible con la protección del ambiente por constituir un interés jurídico que es fuente de vida, algunos tratados internacionales ambientales respaldan sus disposiciones en concepciones del buen vivir, así tenemos por ejemplo:

*“El Acuerdo de Escazú [que] combina la protección del medio ambiente con la igualdad y sitúa este último concepto, en su preámbulo, en el centro del desarrollo sostenible. El Acuerdo de Escazú está en plena consonancia con el espíritu de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada en 2015, de ‘no dejar a nadie atrás’. Proporciona medios específicos para las personas y grupos en situación de vulnerabilidad y tiene por objeto superar los obstáculos al ejercicio del derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente y prevenir todas las formas de discriminación”* (Barchiche, Hege & Napoli 2019: 03).

De este modo, el discurso del *Sumak Kawsay* "...[n]o es asimilable a la idea occidental de progreso continuo. Las visiones del mundo andinas no conciben un inicio o un fin del tiempo"- (Cornejo Amoretti 2019a: 16), por tal razón resulta compatible con una nueva perspectiva incluso del desarrollo sostenible de corte liberal que entiende a la naturaleza como fuente de recursos ilimitados, ya que se integra una noción distinta que concibe al ambiente como un complejo integral sistémico fuente de vida y con valor en sí mismo al igual que se le reconoce al ser humano; es decir, la visión individualista y antropocéntrica de nuestro Derecho es compatibilizada con una visión holística que entiende que vivir en armonía con la naturaleza resulta la opción más viable, para este fin ya existen agendas impulsadas como el: "...principio 10 de la Declaración de Río. [Que] subraya la interdependencia establecida entre los derechos humanos y el medio ambiente, se basa en el principio del desarrollo sostenible, menciona específicamente la protección de los defensores de los derechos humanos en cuestiones ambientales y consagra algunos principios importantes como la no regresión y la progresividad" (Barchiche, Hege & Napoli 2019: 01); se debe indicar que el derecho a un ambiente saludable dentro de la concepción indígena, como se mencionó líneas arriba, reconoce que la naturaleza tiene un valor intrínseco valioso:

*“El reconocimiento de los derechos de la naturaleza constituye una concepción holística integral de todo modo de vida, que comprende todos los ecosistemas. A través de esta perspectiva, la naturaleza ya no es objeto de protección, sino un sujeto de protección con derechos que se reconocen a la naturaleza en todas sus formas de vida: tiene el derecho de existir, persistir, mantener y regenerar sus ciclos vitales. La contrapartida a este reconocimiento implica que los seres humanos tienen la autoridad legal y la responsabilidad de hacer cumplir estos derechos en representación de la naturaleza”* (Borras Pentinat 2014: 666).

Es sumamente conocido que problema del desarrollo economicista aportó poco a casi nada a los pueblos indígenas, debido a ello no se ha garantizado *“...el progreso social y económico y la sostenibilidad medioambiental.[Exige de parte del Estado] una respuesta a las demandas de estos ciudadanos por una mayor igualdad, inclusión y participación en la toma de decisiones que afectan el medio ambiente y la calidad de vida de las poblaciones de la región [...] a fin de fortalecer la democracia ambiental (información, participación y acceso a la justicia)”* (Barchiche, Hege & Napoli 2019: 03); lo que resulta inconcebible es que los lugares con sobreexplotación de recursos naturales que en su mayoría forman parte de las tierras de los pueblos indígenas, son los espacios más pobres a los que el desarrollo ni siquiera se ha asomado; por esta razón, para Oraa, J. y Gómez Isa, F. el desarrollo sostenible debe ser entendido como *“...el progreso unido a un medio ambiente sano y equilibrado”* (citado en Borras Pentinat 2014: 651), esta visión más acorde y compatible con los derechos humanos para garantizar el derecho a un ambiente sano y adecuado sobre la base de la solidaridad generacional e intergeneracional (Borras Pentinat 2014: 652), en particular debe *“...venir favorecida mediante el establecimiento de mecanismos como la información, la participación, los recursos y la educación que influyan en la voluntad política de los Estados y permitan configurar un derecho humano al medio ambiente jurídicamente vinculante”* (Borras Pentinat 2014: 665)

Esta perspectiva de protección jurídica a la naturaleza ha sido declarada jurisdiccionalmente por la Corte Constitucional Colombiana al referirse a la contaminación del río Atrato; sin embargo, también existen fuertes críticas respecto a que los derechos de la naturaleza no se pueden sostener teóricamente porque los derechos son de corte esencialmente individualista y humanista; sin embargo, teóricamente conocemos que su reconocimiento como

sujeto de derechos, si bien fácilmente admite imputarle derechos, pero atribuirle obligaciones aún no es un asunto resuelto en el discurso jurídico de los derechos de la naturaleza, es un ámbito que necesita de mayores desarrollos jurídicos y compatibilización con la idea de buen vivir, sin perjuicio de ello se puede aceptar que la naturaleza es un interés jurídico constitucional susceptible de protección.

### **1.3 LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONTEXTO DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS.**

Resulta relevante contextualizar la situación de los pueblos indígenas, al respecto Raquel Yrigoyen menciona que nos encontramos en el tercer ciclo de invasión de los territorios indígenas que opera desde los años ochenta, el cual se encuentra caracterizado por la implementación de las recetas del Consenso de Washington: *“...que orienta las políticas hacia inversión extranjera en actividades extractivas. En efecto, luego de las políticas de nacionalización de la explotación de recursos naturales, las corporaciones transnacionales no se quedaron tranquilas”* (Yrigoyen Fajardo 2016: 07), se acordaron tratados de libre comercio y contratos con estabilidad tributaria que generaron el ingreso de empresas transnacionales vía concesiones mineras o petrolera en territorios de los pueblos indígenas, esto constituye sin duda *“...una invasión de sus territorios por los llamados “proyectos de desarrollo o inversión” (como proyectos extractivos, de infraestructura y energía), y la represión que vienen sufriendo por su resistencia”* (Yrigoyen Fajardo 2016: 01); tal realidad ha significado flagrantes vulneraciones a los pueblos originarios y al ambiente natural donde viven, al punto que la grave degradación de los ecosistemas que se ha agudizado con daños irreversibles producto de la actividad minera o petrolera en el ámbito nacional, sin que se les haya consultado mínimamente sobre dichas concesiones estatales; ante esta flagrante afectación ya se han canalizado demandas constitucionales que han merecido pronunciamientos judiciales anulando de pleno derecho actos administrativos sobre concesiones mineras, que sustancialmente afectaban el derecho a la vida, salud, integridad física, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, al agua y a la consulta previa de los integrantes de la Comunidad Nativa Tres Islas, así vemos que:

*"RESUELVE: 1. DECLARAR FUNDADA en parte la demanda constitucional interpuesta por la COMUNIDAD NATIVA TRES ISLAS, representada por su presidenta Vilma Payaba Cachique, presentada con escrito de fojas ciento cincuenta*

y siete y siguientes, subsanado con el de fojas cuatrocientos catorce y siguientes, dirigida contra el TRIBUNAL NACIONAL DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS HÍDRICAS – TNRCH DE LA AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA y GOBIERNO REGIONAL MADRE DE DIOS, con emplazamiento del Procurador Publico del Ministerio de Agricultura y Riego, y del Procurador Publico del Gobierno Regional de Madre de Dios, sobre PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO, por vulneración de los derechos constitucionales a la propiedad territorial y autonomía comunal, a la vida, integridad física, salud, ambiente adecuado y equilibrado, y al agua de la Comunidad Nativa Tres Islas y sus integrantes; en consecuencia, 2. DECLARESE la nulidad de los actos administrativos, así como aquellos que por extensión y aplicación erga omnes hayan emitido o se encuentren por emitir las diversas direcciones regionales del Gobierno Regional de Madre de Dios y la Autoridad Nacional del Agua relacionados con derechos o concesiones mineras, adjudicación de terrenos, derechos de uso de agua u otros similares sobre la propiedad territorial de la Comunidad Nativa Tres Islas" (Juzgado Civil Transitorio de Puerto Maldonado – Tambopata sentencia del expediente N° 675-2017-2701-JM-CI-01, 2018).

El caso anotado tiene en consideración:

"... [L]os fundamentos de la Sentencia del TC Exp. 1126-2011- HC/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.pdf>) que estableció claramente el derecho a la autonomía y la propiedad territorial. Asimismo, se basa en Medida Cautelar otorgada por la Comisión Interamericana a favor de la vida de integridad de la Comunidad, en riesgo por la contaminación de mercurio debido a la actividad minera (<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/38-17MC113-16-PE.pdf>). Esta sentencia interpreta los derechos constitucionales de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos aplica el principio de convencionalidad" (Yrigoyen Fajardo 2018: 02).

Es decir, se está articulando el litigio estratégico para buscar respuestas judiciales que apliquen lineamientos internacionales sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, lo que

se denomina el control de convencionalidad; así el ordenamiento internacional se constituye un límite infranqueable que puede garantizarles una protección eficaz ante la grave crisis de atraviesan los pueblos indígenas por la contaminación e invasión moderna de su propiedad territorial; asimismo, esta posición de desventaja constituye la violencia estructural histórica que padecen los pueblos indígenas que debe ser evaluado por el Estado al momento de tomar decisiones políticas que tengan que ver con ellos.

La visión de desarrollo economicista hace que los gobiernos *“[p]or lo general, (...) en vez de dar prioridad a los derechos humanos de los pueblos indígenas, promueven y protegen las actividades extractivas y proyectos de desarrollo de las corporaciones transnacionales en territorios de pueblos indígenas, afrodescendientes y otros colectivos rurales, sin respeto de los derechos ambientales ni de los pueblos indígenas”* (Yrigoyen Fajardo 2016: 05), dicho extractivismo exacerbado sustentado en *“[e]l modelo de desarrollo imperante se ha caracterizado por la explotación intensiva de los recursos naturales demandando de éstos una máxima rentabilidad a corto plazo minimizando las consecuencias ecológicas del deterioro ambiental y la pérdida gradual de los recursos naturales”* (Borras Pentinat 2014: 649), no ha respetado mínimos principios de sostenibilidad y la consulta previa; es decir, el Estado vela por los intereses de grandes corporaciones transnacionales, so pretexto del “desarrollo”, en vez que proteja a sus pobladores más vulnerables. Asimismo, cada vez más impone nuevas concesiones para la explotación de recursos naturales en ámbitos territoriales de dominio de los pueblos originarios, frente a este problema, diversas organizaciones comunales y civiles nacionales e internacionales han visto como una solución jurídica activar la justicia constitucional invocando la vulneración de múltiples derechos que van desde la vida hasta el derecho a la consulta, pedidos que se enmarcan dentro de los parámetros normativos nacionales e internacionales con la finalidad de garantizar que mínimamente los *“...pueblos tengan igual dignidad y derechos”* (Yrigoyen Fajardo 2016: 11).

Dentro de este marco contextual, es importante entender la paradoja de la inclusión/exclusión explicada por Roger Merino: *“[l]os pueblos indígenas fueron o bien asimilados a un marco institucional que proyectaba una “nación” o excluidos de esta a través de mecanismos legales e institucionales que legitimaban la explotación y abusos sobre ellos. En ambos casos, el resultado era el mismo: negar la posibilidad de que los pueblos indígenas*

*proyecten sus propias aspiraciones políticas y construyan a partir de allí un modelo plural de nacionalidad"* (Merino 2018: 103), este punto de vista crítico o post liberal nos permite poner en evidencia que el Estado-nación, en un primer momento difundió la ideología del mestizaje para homogenizar el tratamiento jurídico de los individuos tomando como base una sola nación, la criolla, dejando de lado a los pueblos originarios o asimilándolos para que conformen la unidad del Estado nación, lo que significó una afectación del derecho a la igualdad porque no se puede tratar del mismo modo a los miembros de los pueblos originarios si éstos son diferentes (idioma, cultura, ámbito territorial) a la nación criolla –*discriminación por indiferenciación*-, máxime si, se encuentra reconocido su derecho a la identidad cultural y étnica en relación a la propiedad comunal, y se encuentran en una especial posición de desventaja que los hace altamente vulnerables.

En la historia del indigenismo, Marzal menciona:

*"...[H]ay 3 políticas seguidas por los estados: 1) el indigenismo colonial cuyo proyecto político es segregar y "conservar" a las sociedades y culturas indígenas como tales bajo el control (defensa-explotación) de la sociedad dominante; 2) el indigenismo republicano cuyo proyecto político es "asimilar" a los indígenas a la sociedad nacional para formar una nación mestiza; y 3) el indigenismo moderno, de mediados del siglo XX, que tiene como proyecto político integrar a los indígenas a la sociedad nacional pero conservando ciertas peculiaridades culturales propias"* (Yrigoyen Fajardo 2012: 04).

Vemos que el reconocimiento de los derechos y la autonomía de los pueblos originarios todavía es un proyecto que si bien no es incipiente, pero aún no ha alcanzado su plenitud, debido a que, la constante ha sido excluirlos o assimilarlos, incluso integrarlos pero a prácticas culturales ajenas que desnaturalizan la esencia de la diversidad cultural en el Estado constitucional; esto es así ya que la idea del Estado nación "*...como sistema político verticalista y de autoridad concentrada*" (Gargarella 2018: 322-325) se impone en nuestro ordenamiento jurídico, por eso el derecho estatal hegemónico predomina frente a otras manifestaciones jurídicas propias de los pueblos indígenas, lo cual representa, sin exagerar, pautas de eliminación cultural paulatina.

#### 1.4 ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.

Observamos que la justicia indígena también se encuentra relegada a lo que pueda decidir el derecho estatal, dicha realidad en muchas ocasiones ha significado intensas intervenciones en la organización de los pueblos originarios respecto a la forma en la que resuelven los conflictos dentro de su jurisdicción. Ahora bien, cabe preguntarnos: ¿necesariamente debe existir un predominio del derecho estatal sobre el derecho indígena? La respuesta a esta interrogante debe ser que no, “[c]onsiderando el principio de la igual dignidad de las culturas que las nuevas constituciones reconocen [...], lo coherente sería una definición intercultural de los derechos humanos donde los pueblos indígenas tuviesen igual poder de definición que otros pueblos. Del mismo modo, debería reconocerse poder de definición a todos los pueblos para establecer los principios y ejes de la articulación nacional de la diversidad de pueblos y culturas” (Yrigoyen Fajardo 2012: 20), así vemos que la igual dignidad reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos nos permite arribar a la conclusión que no existe una jerarquía entre la culturas o naciones, sino una igualdad material; en consecuencia, resulta obvio que no solo los seres humanos están revestidos de la igual dignidad, sino también los pueblos con tradiciones históricas y culturales diferentes, en este sentido, podríamos hablar de una colectivización del principio de dignidad desde una cosmovisión indígena -haciendo un símil respecto a cuando los derechos civiles y políticos han sufrido un proceso de socialización dentro del Estado Constitucional-; por tal motivo “...ninguno tiene derecho a la dominación sobre los demás” (García Guerrero 2013: 20), este es un ideal fundamental al que se debe aspirar para evitar guerras y genocidios por el dominio de los recursos naturales, que son más probables cuando el problema ambiental se agudiza.

La justicia indígena ejerce un tipo especial de potestad jurisdiccional autónoma dentro del Estado, nos permite poner en evidencia que se encuentra legitimada constitucionalmente, esta es una expresión de nuestro Estado pluricultural donde “...sus miembros pertenecen a naciones diferentes [...], bien si éstos han emigrado de diversas naciones [...], siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y la vida política” (Kymlicka 1996: 15), esta realidad hace evidente la existencia de un pluralismo jurídico que debe ser entendido como: “...una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico” (Yrigoyen Fajardo 2012: 02), aunque la coexistencia de diversos marcos normativos dentro de un Estado genera dificultades



prácticas a la hora de articular el ejercicio de potestades jurisdiccionales entre el derecho estatal y el derecho indígena, que exigen altos niveles de coordinación y cooperación; en el caso peruano el reconocimiento de la potestad de la jurisdicción especial indígena se refiere a un pluralismo legal limitado:

*"Podemos decir, por lo tanto, que el artículo 149 consagra el reconocimiento del pluralismo jurídico en la administración de justicia en el Perú. Los constituyentes de 1993 no optaron por un pluralismo jurídico limitado, que implica simplemente admitir algunas prácticas culturales minoritarias, sino por un pluralismo jurídico amplio, que implica reconocer la existencia de otros sistemas jurídicos que funcionan dentro del mismo Estado. El pluralismo limitado está basado en la incorporación de algunos aspectos de los ordenamientos jurídicos distintos del estatal, mientras que el pluralismo amplio precisamente pasa al reconocimiento de otros sistemas jurídicos, con sus normas, valores, principios, autoridades y mecanismos de sanción" (Ardito Vega 2010: 65).*

Este pluralismo legal limitado o subordinado implica que si bien se reconocen elementos jurídicos propios de los pueblos originarios; sin embargo, siempre están sujetos al predominio del derecho estatal, un ejemplo de ello se aprecia en lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 07009-2013-PHC/TC, que en su parte pertinente expone:

*"39. [...] queda claro que vistos los [hechos] en abstracto y por su naturaleza, de ninguna manera son pasibles de ser conocidos en el fuero comunal, pues tal clase de delitos no solo repercuten sobre el contenido de derechos fundamentales esenciales sino que comprometen a personas de condición especial como son sin duda, los menores de edad. Nada de lo que pueda decirse en torno de los hechos sometidos a investigación enerva en lo absoluto la facultad de la justicia ordinaria para avocarse al conocimiento de tales hechos, ni siquiera la alegada asunción de competencias por parte de la justicia comunal y que ha sido alegada por el demandante dentro del presente proceso constitucional" (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del expediente N° 07009-2013-PHC/TC, 2019: 13)*

De lo cual se puede apreciar que en materia penal, cuando se traten de delitos que afecten bienes jurídicos relevantes, según el Tribunal Constitucional la justicia estatal predomina sobre la justicia indígena, porque según afirman esta última no puede ceder cuando se comprometa derechos de las personas (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del expediente N° 07009-2013-PHC/TC, 2019: 11); vemos que este criterio jurisdiccional reduce el campo de autonomía reconocido constitucional e internacionalmente, sin que se haya consultado o permitido participar a la comunidad indígena en un proceso dialógico e intercultural para arribar a tal posición, hecho que genera un vicio relevante; no significa que al final pueda llegarse al mismo resultado, se debe garantizar mecanismos deliberativos para que se puedan coordinar el ejercicio de competencias jurisdiccionales entre la justicia indígena y estatal, así como tener, según la evaluación del caso concreto, un lineamiento el línea de principio que permita una optimización de la autonomía indígena, como valor constitucional conocido.

A nivel internacional “[l]a Carta Americana de creación de la Organización de los Estados Americanos –OEA en 1948 establece un marco integracionista sobre el “problema indígena” (Yrigoyen Fajardo, 2012, pág. 16), dicha concepción de asimilación presupone un “...monismo jurídico. -Convenio 107 OIT: reconocimiento de derechos dentro de marco integracionista/ asimilacionista” (Yrigoyen Fajardo 2012: 09); es decir, este marco normativo estuvo arraigado en una visión liberal y de subordinación, donde una nación hegemónica predominaba sobre las demás dentro del Estado; sin embargo, posteriormente se presenta un “...horizonte pluralista a finales del s. XX e inicios del s. XXI, gracias a reformas constitucionales y, la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Dichas constituciones reconocen el carácter pluricultural del Estado/nación, los pueblos indígenas, y el pluralismo legal” (Yrigoyen Fajardo 2012: 05), este último es un momento constitucional que permite el cambio de un régimen jurídico segregacionista a un nuevo régimen constitucional autonómico de corte pluralista de la justicia indígena:

“A) El reconocimiento del carácter pluricultural del Estado/Nación/república, y el derecho a la identidad cultural, individual y colectiva. Ello permite superar la idea del Estado-nación monocultural y monolingüe. B) El reconocimiento de la igual dignidad de las culturas, que rompe la supremacía institucional de la cultura occidental sobre las demás. C) El carácter de sujetos políticos de los pueblos y

*comunidades indígenas y campesinas. Los pueblos indígenas tienen derecho al control de sus instituciones políticas, culturales y sociales y su desarrollo económico. Ello permite superar el tratamiento tutelar de dichos pueblos, como objeto de políticas que dictan terceros. D) El reconocimiento de diversas formas de participación, consulta y representación directa de pueblos indígenas, campesinos y afro-descendientes. Ello supera la idea que sólo los funcionarios públicos representan y pueden formar la voluntad popular. Y, E) El reconocimiento del derecho (consuetudinario) indígena y la jurisdicción especial. Ello supone una forma de pluralismo jurídico interno. A modo de ejemplo véase el texto del Convenio 169 de la OIT y de la Constitución peruana de 1993. Al final véase un cuadro referido a todos los países andinos que comprenden alguna fórmula de pluralismo legal" (Yrigoyen Fajardo 2012: 21).*

Este importante cambio histórico de paradigma significó el resultado del reconocimiento de los reclamos de los pueblos originarios por mayores grados de autonomía sobre su territorio (Yrigoyen Fajardo 2016: 10), dicha exigencia resulta fundamental para tales comunidades en mérito a que su derecho a la identidad cultural y étnica tiene una especial e indisoluble relación con la tierra, conforme ha hecho notar Bolivia:

*“Actualmente, la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en concreto en sus artículos 33 y 34, establece los derechos reales de los habitantes y a las futuras generaciones de ese país, a gozar de un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, otorgándole a cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, la facultad para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente. En el Preámbulo de la Constitución boliviana refleja esta la cosmovisión indígena”. (Borras Pentinat 2014: 670)*

La relación indisoluble entre el ser humano y la tierra forma parte de su identidad cultural y está estrechamente ligada a los conceptos de reciprocidad y relacionalidad propios de una concepción comunitaria, aspectos que deben ser revalorados y tomados en consideración al momento de ejercerse la coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal.

Según: "...el Convenio 169 de la OIT y de las fórmulas constitucionales empleadas en los países andinos se desprende el reconocimiento de tres contenidos mínimos: (...) El sujeto titular del reconocimiento de su propio sistema de derecho (o derecho consuetudinario), autoridades (e instituciones), y jurisdicción (incluyendo los mecanismos para el control de delitos) son los pueblos indígenas" (Yrigoyen Fajardo 2012: 22), por tanto, se puede apreciar que se otorga reconocimiento al derecho consuetudinario, a su organización institucional u orgánica y potestad de impartir justicia, como expresión de un mejor entendimiento jurídico de la diversidad cultural y la organización propia de los pueblos originarios, que siempre han funcionado de manera autosuficiente, sin necesidad de contar con la aprobación del derecho "oficial", "...cómo si el derecho indígena careciera de reglas mínimas de convivencia humana y los derechos humanos fuesen, por definición, algo externo" (Yrigoyen Fajardo 2012: 20); muchas veces se observa que el derecho estatal trata paternalistamente al derecho indígena bajo el supuesto que los pueblos indígenas son incivilizados, por eso construye discursos que buscan homogenizar patrones culturales hacia lo occidental, no es un asunto sencillo de tratar pues el propio respeto a los derechos fundamentales como límite al ejercicio de la función jurisdiccional indígena encuentra esta orientación; es decir, hacer compatible los usos y costumbres para que no se vulneren derechos fundamentales; al respecto, la igual dignidad del ser humano como fin de la sociedad y del Estado constitucional constituyen razones sustantivas que justifican razonablemente evitar patrones culturales que pueden constituir afectaciones graves a derechos fundamentales, para aproximarnos a esta finalidad el diálogo horizontal entre culturas es indispensable y constituyen buenas razones para construir sociedades más igualitarias, en especial, poner énfasis en que la diferencia cultural es una rasgo de identidad protegida constitucionalmente dentro de las democracias constitucionales.

La función jurisdiccional indígena en el Perú consiste en la forma cómo los pueblos indígenas u originarios se han organizado social y jurídicamente para resolver conflictos dentro de su ámbito territorial; en ese sentido, el marco de justificación de dicha potestad de impartir justicia legítimamente está sustentado en los artículos 149°: "*Las autoridades de las Comunidades Campesinas, 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; y que la ley establecerá las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de Paz y*

*con las demás instancias del Poder Judicial”* (Abad Yupanqui 2018: 196-197) y el numeral 1 del artículo 139° de la Constitución: *“Son principios y derechos de la función jurisdiccional. 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”* (Abad Yupanqui 2018: 193); debido a que, según el artículo 138 de la nuestra carta magna prescribe: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes”* (Abad Yupanqui, 2018: 193). En este contexto, la presente investigación busca justificar la compatibilidad del derecho indígena con el derecho estatal, partiendo del concepto de Estado plurinacional y entendiendo que la justicia indígena no es una excepción a la unidad y exclusividad de la función jurisdicción, sino una especialidad que: *“...se encuentra en la concepción del mismo grupo social o comunal que practica la Justicia Comunal”* (Peña Jumba 2009: 20) y a su vez conforma la jurisdicción nacional; debido a que la naturaleza material de cada pueblo originario es expresión de la diversidad cultural que se encuentra reconocida jurídicamente y debe ser respetada en el marco del Estado constitucional; conforme lo ha establecido el artículo 2. 19 de la Constitución, en ese sentido, *“...al Estado le cabe desarrollar la política amplia e inclusiva de protección de la identidad étnica y cultural para progresar rápidamente hacia la integración y el respeto por la diversidad”* (Rubio Correa, Eguiguren Praeli, & Bernales Ballesteros 2017: 577); por este motivo, el Estado debe adecuar su maquinaria constitucional para garantizar que las decisiones de los diferentes pueblos indígenas al momento de resolver sus conflictos *“[c]onsiderando la diversidad de regiones y la multiculturalidad existente en el Perú, en el presente trabajo hemos identificado tres tipos de comunidades, con el objeto de tener a través de ellas una visión integral de las comunidades indígenas que administran justicia. Estas son comunidades sin rondas campesinas, comunidades con rondas campesinas, y comunidades de ceja de selva conocidas como comunidades nativas”* (Comisión Andina de Juristas 2009: 42), a las cuales debe garantizárseles que sus decisiones sean respetadas como expresión del ejercicio de la potestad jurisdiccional especial indígena debido a que por criterios objetivos y subjetivos desarrollados en el Convenio 169 de la OIT, este es perfectamente susceptible de reconocimiento y protección con todos los derechos que le son inherentes por su existencia ancestral; claro está que deben cumplir con la principal exigencia de respetar los constitucionales e internacionales de protección a los derechos fundamentales, en caso no ocurra debe elaborarse conjuntamente con los pueblos originarios los mecanismos de coordinación y participación deliberativa para solucionar tales conflictos; es decir, el ejercicio de la función jurisdiccional de los pueblos originarios tiene plena validez jurídica dentro del Estado

peruano que es en esencia uno plurinacional, para cuyo efecto debe considerarse que los alcances de dicha potestad se encuentran delimitados por el respecto a los derechos fundamentales y en razón de su competencia territorial, material y personal como se expone a continuación:

*“En cuanto a la competencia territorial, el derecho propio se ejerce dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades indígenas y campesinas, y las rondas campesinas, según corresponda. En cuanto a la competencia personal, en algunos textos constitucionales ésta queda subordinada a la competencia territorial (fórmulas de las constituciones de Colombia y Perú), por lo que cabe aplicarse a cualquier persona que esté dentro del ámbito territorial de la jurisdicción indígena o especial. En otros textos (como la Carta de Venezuela), sólo se alude a los casos entre “indígenas”, aunque dicha potestad se amplíe por otros artículos. En cuanto a la competencia material, el alcance del derecho y la jurisdicción indígena no tiene límites de materia, cuantía o gravedad, en ningún texto constitucional andino ni en el Convenio 169 de la OIT, por lo que puede ser materia del derecho y la jurisdicción indígena cualquier materia y por cualquier gravedad o monto” (Yrigoyen Fajardo 2012: 22-23)*

Aunque tales criterios competenciales aún se encuentran pendientes de aprobarse en una Ley de coordinación intercultural de justicia o por lo menos se establezcan criterios jurisprudenciales uniformes con carácter vinculante por el Tribunal Constitucional, que permitan tener seguridad jurídica sobre los modelos y criterios aplicables para resolver controversias entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción comunal.

La función jurisdiccional dentro de un Estado plurinacional como el peruano, debe implicar que en la coexistencia de la heterogeneidad de las múltiples culturas o naciones, cada una posee su propia organización estructural y los mecanismos de solución de conflictos conforme a su sistema normativo, además deben existir principios orientadores que compatibilicen el derecho estatal e indígena para evitar se agudice la conflictividad (Comisión Andina de Juristas 2009: 99-101) que contribuyan a una convivencia armónica dentro del Estado:

“La construcción de los niveles de relacionamiento, cuyos pasos estratégicos hemos señalado, puede ser el camino para la creación de la jurisdicción especial de las comunidades indígenas como lo manda la Constitución. Sin embargo, esa construcción tiene que hacerse principalmente desde la lógica indígena, para poder tener una posibilidad de efectuarse de manera duradera” (Comisión Andina de Juristas 2009: 102)

El Estado ha de promover e idear mecanismos materiales y procedimentales que permitan instaurar formas dialógicas democráticas, como expresión del respeto las minorías y su pleno reconocimiento con participación política y conocimiento completo sobre los asuntos que son de interés de los pueblos indígenas, con la finalidad de garantizar el pluralismo intercultural, resulta ser una agenda pendiente y poco abordada en nuestro contexto peruano; existen a nivel comparado modelos para el tratamiento jurisdiccional entre la justicia indígena y la justicia estatal que son muy bien desarrollados por el magistrado Eloy Espinoza-Saldaña Barrera en su voto singular en la sentencia del expediente N° 02765-2014-PA-TC como son: el modelo de la separación boliviano, el modelo del núcleo de intangibilidad *iusfundamental* colombiano y el modelo de revisión *iusfundamental* con diálogo intercultural ecuatoriano (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 2017, págs. 44-49), así como los invoca determinados principios o criterios recogidos a nivel comparado que son importantes para resolver disputas jurisdiccionales (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el expediente N° 02765-2014-PA-TC, 2017: 55-56), los cuales son sustanciales y deben ser visibilizados en la discusión jurisdiccional para consolidar, como se dijo *supra*, criterios jurisprudenciales uniformes para mayor predictibilidad en estos asuntos.

Es recurrente verificar que en el ejercicio de sus competencias los integrantes de las rondas campesinas detienen a personas que atentan contra bienes jurídicos de su comunidad y de corresponder aplican sanciones propias de cada comunidad; suele ocurrir que esta función jurisdiccional es denunciada, investigada y juzgada dentro del derecho estatal; aunque jurisprudencialmente en la actualidad gracias a pronunciamiento del Poder Judicial en casación ha reconocido la legitimidad del ejercicio de la potestad jurisdiccional de impartir justicia imponiendo sanciones que se encuadren dentro de los límites impuestos en la Constitución, si esto ocurre, no habría comisión de algún delito por parte de la autoridad ronderil, como es el caso del Recurso de Nulidad N° 1207-2018-LAMBAYEQUE de fecha 07 de enero de 2019, de la

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú que resolvió confirmar la absolución de la acusación fiscal bajo el siguiente argumento:

*“7.6. Lo desarrollado nos permite concluir que la actuación del acusado se ajustó a los límites que le permite la jurisdicción comunal (la emisión de la notificación para la concurrencia de aquel a la base para las indagaciones de un presunto robo), no siéndole imputable los excesos que pudieron haberse cometido en su ausencia (mantener privado de la libertad al agraviado y lesionarlo), los cuales, como se demostró mediante una sentencia condenatoria anterior, evidenciaron que en la primera etapa de restricción de libertad de la víctima, se afectó su derecho fundamental a la dignidad e integridad” (Castillo Alva & Asociados [Facebook], 2019).*

El desarrollo del pluralismo jurídico ha significado un proceso histórico de lucha por el reconocimiento oficial de esquemas normativos diferentes al derecho estatal, los cuales son manifestaciones jurídicas vigentes de los pueblos originarios dentro de un Estado, que éste debe respetar conforme a la normativa constitucional e internacional aplicable, porque son una diversa expresión jurídica válida en el Estado constitucional.

Como vimos el artículo 149° de la Constitución incorpora la jurisdicción indígena en el sistema de justicia peruano y establece cómo límite genérico el respeto a los derechos fundamentales; de otro lado, su tratamiento también ha sido desarrollado a través de pronunciamientos del Poder Judicial, así tenemos el Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116 del trece de noviembre del dos mil diecinueve, sobre *“Rondas campesinas y derecho penal”*, que expone lo siguiente:

*“Si el fundamento del artículo 149° de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones –el artículo 8°.2 del Convenio [sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 aprobado en 1993] fija como pauta que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias-, es obvio que al ser las Rondas Campesinas parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en*



*un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario –cuya identificación y definición previa es tarea central del juez-, deben tener, como correlato, funciones jurisdiccionales en lo que le es privativo [Conforme: DEFENSORÍA DEL PUEBLO: El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas, Lima, octubre, 2004, páginas 23/28]. Las Comunidades Campesinas y Nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario” (Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116, 2009: 06).*

En este sentido, el tratamiento de la justicia indígena según el Poder Judicial importa el ejercicio legítimo constitucionalmente para resolver conflictos dentro de su jurisdicción, por tanto, las decisiones adoptadas dentro de la jurisdicción indígena plenamente adquieren calidad de cosa juzgada.

Así también, el citado Acuerdo Plenario, anotó que los límites a la jurisdicción indígena son:

*“11° (...) los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, (...) la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas –bajo la noción básica de “previsibilidad” para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)-. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia” (Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116 2009: 05-06)*

Como vemos el Poder Judicial traslada el límite acotado por la Corte Constitucional Colombiana, que es más específico que el establecido en el artículo 149° de la Constitución, pues éste último solo se refiere en términos generales al respeto de los derechos fundamentales; también resulta relevante mencionar que en esta decisión establece una serie de justificaciones para que se absuelva del delito o por lo menos se atenúe la pena de un miembro de las rondas

campesinas que actúa en ejercicio de su potestad jurisdiccional, pero existen excesos a los límites, que va desde la atipicidad, juridicidad, irresponsabilidad o atenuación de la sanción penal conforme corresponda; esto teniendo en consideración que la cosmovisión del integrante o integrantes del pueblo indígena no comprenden el sentido de la norma penal debido a que posee una percepción completamente diferente. En tal sentido, se puede apreciar que el criterio jurisdiccional del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema no son uniformes ni se encuentran complementados o interrelacionados, por tal motivo, es indispensable realizar un necesario tratamiento que permite compatibilizar a fin de armonizar las relaciones de coordinación dialógica intercultural para arribar a soluciones constitucionalmente apropiadas entre la justicia indígena y la estatal.

Para dicho fin, en el derecho comparado la Corte Constitucional Colombiana ha establecido “...estableció sólo cuatro mínimos fundamentales, esto es, que las decisiones de la jurisdicción indígena no podían incluir pena de muerte, tortura ni esclavitud, y que debían ser de algún modo predecibles, es decir que debían respetar su propio debido proceso” (Yrigoyen Fajardo 2017b: 148), criterio que fue pronunciado en la sentencia T-532-97 del 15 de octubre de 1997, donde expuso que “...la jurisdicción especial sólo está obligada a respetar unos mínimos fundamentales (no matar, no esclavizar y no torturar, y respetar el principio de legalidad de las penas, según su propio derecho)”, y en su conclusión estableció: “Las sanciones, por su parte, tampoco sobrepasaron los límites impuestos al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas, en primer lugar, porque de acuerdo con las faltas cometidas, es decir, la calumnia y el desconocimiento de la autoridad del cabildo, tanto la pena del fuste como la de destierro era previsible para el actor. En segundo lugar, porque ninguna de ellas desconoció el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud o la prohibición de la tortura” (citado en Yrigoyen Fajardo, 2012, p. 23), estos límites resultan razonables dentro de la lógica constitucional y de los derechos humanos, pues evocan los bienes jurídicos de mayor relevancia que los Estados constitucionales y el orden internacional protegen muy escrupulosamente; en tal sentido, la racionalidad del límite material impuesto al ejercicio de la potestad jurisdiccional por los pueblos originarios resulta necesaria para controlar el poder que puede ser desbordado o excedido arbitrariamente.

En el derecho comparado, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido que: *"...la jurisdicción especial sólo está obligada a respetar unos mínimos fundamentales (no matar, no esclavizar y no torturar, y respetar el principio de legalidad de las penas, según su propio derecho)"* (Yrigoyen Fajardo, 2012: 23); así en la conclusión de la sentencia T-532-97 del 15 de octubre de 1997, estableció:

*"Las sanciones, por su parte, tampoco sobrepasaron los límites impuestos al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas, en primer lugar, porque de acuerdo con las faltas cometidas, es decir, la calumnia y el desconocimiento de la autoridad del cabildo, tanto la pena del fuste como la de destierro era previsible para el actor. En segundo lugar, porque ninguna de ellas desconoció el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud o la prohibición de la tortura"* (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-532-97, 1997).

Estos límites resultan razonables dentro de la lógica constitucional y de los derechos humanos, pues evocan los bienes jurídicos de mayor relevancia que los Estados constitucionales y el orden internacional protegen muy escrupulosamente; en tal sentido, la racionalidad del límite material impuesto al ejercicio de la potestad jurisdiccional por los pueblos originarios resulta necesaria para controlar el poder que puede ser desbordado o excedido arbitrariamente.

Finalmente, existen una serie de reglas y principios rectores desarrolladas por Raquel Irigoyen:

*"1) material, 2) territorial, 3) personal, y 4) temporal entre ambos sistemas; 5) descriminalización del derecho y la justicia indígenas; 6) mecanismos para el respeto de actos jurídicos del derecho indígena; 7) mecanismos para el respeto de decisiones jurisdiccionales de la justicia indígena; 8) remisión de casos o situaciones al derecho indígena; 9) fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales; 10) mecanismos de colaboración y apoyo entre sistemas; 11) procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena"* (Yrigoyen Fajardo 1999: 52-57).

Los cuales resultan importantes para la coordinación entre la justicia de los pueblos indígenas y la justicia estatal que resultan fundamentales para evitar conflictos de competencias, los cuales son esenciales para la convivencia pacífica de la diversidad cultural a fin de arribar a sociedades más democráticas, las cuales serán analizadas más a profundidad en el marco teórico de la presente investigación, teniendo en consideración la concepción holística e integral de los pueblos originarios para la paz comunal (Comisión Andina de Juristas 2009: 101), que siempre busca una armonía con la naturaleza y los demás seres vivos, así se “...establece una nueva relación entre el hombre y la naturaleza y la armonía entre ambos, que debe de ser preservada como garantía de su regeneración. Es decir, los Estados estarían obligados a priorizar el bienestar de sus ciudadanos y el mundo natural, desarrollando políticas públicas que promuevan la sostenibilidad y el control de las industrias. La economía nacional debería operar dentro de los límites de la naturaleza: esta, sin duda, no será una tarea fácil” (Borras Pentinat 2014: 667). Es así que, para la coexistencia de la diversidad resulta fundamental establecer a nivel legal o jurisprudencial reglas claras que permitan la coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal, que ambas deben estar orientadas a reconocer la identidad cultural y étnica, respetar la libre determinación, el derecho a un ambiente sano y saludable y grados de autogobierno reconocidos dentro del marco constitucional.

## **1.5- CONCLUSIONES.**

La justicia indígena ejerce un tipo especial de potestad jurisdiccional autónoma que integra y complementa la función jurisdiccional estatal conforme al principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (art. 139.1 de la Constitución); asimismo, se sustenta en postulados filosóficos auténticos que se condensan en la idea de “buen vivir” y riñen con los planteamientos liberales de la justicia estatal hegemónica; esta potestad de impartir justicia es ejercida por las comunidades indígenas dentro del Estado pluricultural peruano, conforme a criterios competenciales (territorial, personal y por materia) y dentro del límite al respeto de los derechos fundamentales, a razón de lo establecido en el artículo 149° de la Constitución Política del Perú.

Sin embargo, hasta la fecha no se ha expedido la ley de desarrollo constitucional sobre las relaciones de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal; ni existe un criterio uniforme y vinculante para el tratamiento de dicho conflicto jurisdiccional, pese a que se

ha establecido algunos lineamientos en el Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de la República del Perú, y luego en las sentencias del Tribunal Constitucional de los expedientes N° 02765-2014-PA/TC y N° 07009-2013-PHC/TC, estos criterios deben ser reevaluados en función a un paradigma más igualitario que permita una optimización del valor constitucional de la autonomía indígena jurisdiccional.

Finalmente, no se debe dejar de mencionar que la orientación en línea de principio de los criterios jurisdiccionales de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sí están dirigidas a establecer un diálogo jurisdiccional intercultural para solucionar controversias que se puedan presentar entre la justicia indígena y la justicia estatal, pero no establecen lineamientos o criterios específicos que permitan resolver conflictos jurisdiccionales culturales que no consideren un pluralismo jurídico subordinado.



## **CAPITULO II: EL PLURALISMO JURÍDICO IGUALITARIO Y EL DIÁLOGO INTERCULTURAL HORIZONTAL COMO PREMISAS PARA EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL PERÚ.**

### **2.1 CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA DIVERSIDAD Y LA NOCIÓN DE SUJETO DE DERECHO IMPULSADO POR LOS ENFOQUES CRÍTICOS EN EL CAMPO DEL DERECHO.**

Como se expuso en el capítulo anterior, en general, la justicia indígena en el Perú no ha merecido un abordaje claro y sistemático por el ordenamiento jurídico; por ese motivo, resulta fundamental realizar un tratamiento jurisdiccional del artículo 149° de la Constitución Política del Perú, que reconoce la posibilidad que los pueblos indígenas puedan impartir justicia en su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario y dentro del respecto de los derechos fundamentales; para tal fin, en este apartado, se hará una revisión de las estrategias jurídico-políticas que han sido utilizadas para enfrentar el tema de la diversidad cultural o pluralismo existente en nuestro país; en este contexto, resulta fundamental entender al pluralismo como una “...teoría o política que reconoce la diversidad” (Yrigoyen Fajardo 2019: 02); de otro lado, el monismo niega la diversidad y busca homogenizarla, lo que se conoce como la concepción del Estado-nación.

Para entender la complejidad de la posición histórica de los pueblos indígenas, resulta fundamental enfocarnos en los postulados teóricos que han configurado nuestro ordenamiento jurídico actual; si bien el constitucionalismo liberal invocó que “todos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; sin embargo, dicho paradigma no fue aplicado en sus propios términos porque en la realidad fáctica se configuraron exclusiones de origen para todos aquellos que no reunieran determinadas condiciones que eran identificadas con el concepto de “ciudadanía”; es decir, el sujeto de derecho liberal era de naturaleza “...individual, [...] varón, de raza blanca y propietario (o, al menos, susceptible de serlo), caracteres de la Burguesía, el sujeto político protagonista de las revoluciones liberales” (Esquembre Valdez 2006: 36), por ese motivo, la ciudadanía era muy restringida y no permitía que el grueso de la población pudiera tener reconocidos y ejercer plenamente sus derechos; tal exclusión de origen relegó a los grupos vulnerables a una categoría de segunda clase o inferiores; esta es la base empírica y teórica a la que nos enfrentamos cuando se pretende conseguir un tratamiento más igualitario no solo de los

pueblos indígenas, sino en general de todos aquellos que no encajan en el molde de sujeto de derecho arraigado; por eso los intentos “incluir o asimilar” merecen ser revisados pues no resultan adecuados ni suficientes para el igual trato de los seres humanos con la encomiable diversidad de las diferencias culturales latinoamericanas.

Este trabajo cuestiona que la noción del sujeto de derecho contemporáneo, aún no puede responder a las clamorosas exigencias de reconocimiento jurídico en igualdad de condiciones de las naciones o culturas y la diversidad que las configura dentro de nuestro Estado peruano; en ese sentido, el planteamiento teórico del sujeto de derecho no puede ser restringido, sino debe ser plural de modo coherente con la realidad diversa del país; el punto de partida indiscutiblemente es la *igual dignidad* de los seres humanos que no solo está orientada a consolidar una igualdad formal, sino especialmente una igualdad real pues “[m]ientras existan grupos sociales en desventaja fáctica se requerirán medidas de diferenciación jurídica de trato que equilibren la situación, medidas que, evidentemente, no son de interpretación estricta sino todo lo contrario, instrumentos de realización ‘real y efectiva’ del Estado social, democrático y de derecho” (Rey Martínez 2005: 35); este reconocimiento auténtico tiene como propósito: “...la igual valorización jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales – políticos, civiles, de libertad y sociales- y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad” (Ferrajoli 2010: 09); lo implica que todas las diferencias son consideradas y valoradas por igual para establecer derechos específicos a favor de los grupos vulnerables.

La igual valoración de las diferencias tiene una estrecha relación con lo que Norberto Bobbio denomina el proceso de especificación de los derechos humanos en su libro “El tiempo de los derechos”, tal conexión se puede apreciar con claridad meridiana en el prólogo que Gregorio Peces Barba Martínez cuando expone:

*“Por esa misma razón aceptará plenamente mi tesis de que los derechos siguen, desde su formulación inicial para limitar al poder absoluto, tres grandes procesos, de positivación, de generalización y de internacionalización, a los que añadirá un cuarto al que llama de especificación, con el que yo también estoy de acuerdo. Lo define como el paso del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre*

*específico, en la especificidad de sus diferentes status sociales, tomando en consideración criterios distintos de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas [...]. Este proceso de especificación, en mi opinión y en relación a los titulares, conduce a los derechos de la mujer, a los derechos del niño, a los derechos del minusválido, pero también a los derechos del consumidor y del usuario, donde la especificidad deriva de la situación de inferioridad en la que se encuentran hombres y ciudadanos en determinadas relaciones (Bobbio 1991: 10).*

Es decir, que el proceso de especificación de los derechos pone en evidencia la necesidad de particularizar medidas a favor de los grupos vulnerables diversos, con la finalidad de garantizarles el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación en una sociedad democrática, así por ejemplo podemos graficar que una manifestación de esta fase de reconocimiento es el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, como vemos a continuación:

*“Los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados, de forma previa, sobre las medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente. Desde 2013, se han llevado a cabo 35 procesos de consulta previa tanto en el ámbito nacional como local, lo que ha dado lugar a más de 500 acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas consultados. Para garantizar el ejercicio de este derecho, se requiere que las entidades públicas adecúen sus procesos de aprobación de planes, programas y proyectos a las disposiciones de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, y su reglamento”. (Plan Nacional de Derechos Humanos 2018 2021 2018: 129).*

Esta es una adaptación o reajuste del derecho a la libre determinación de los pueblos propio del derecho internacional, en consonancia con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a los que el Perú está suscrito, aunque no se puede negar que el derecho a la consulta previa no reconoce el derecho a veto, es decir, en caso la comunidad decida, por ejemplo, no aprobar un proyecto de inversión dentro de su propiedad territorial, finalmente el Estado tiene toda la potestad de decidir llevarlo incluso con oposición del pueblo originario, vemos aquí el motivo de la gran conflictividad que existe en el Perú respecto a los proyectos extractivos que se han concedido dentro del territorio nacional; tal complejidad y conflictividad



necesita ser encausada con un diálogo que permita la participación de los pueblos indígenas y los representantes del Estado, recordemos que el Convenio Internacional de la 169 de la OIT reconoce en su artículo 6° que los pueblos originarios tienen derecho a definir su política de desarrollo, motivo por el cual los acuerdos luego del diálogo deben buscar conciliar la posición auténtica de la comunidad y que la consulta previa no se convierta en un mero procedimiento formal o requisito legal para finalmente, llevar adelante algún proyecto de inversión en contra de la determinación indígena.

En ese orden de ideas, se puede apreciar que nuestro axioma de la igual dignidad no es nada compatible con un parámetro rígido y limitado de sujeto de derecho y tampoco con un contexto de falta de libertad sistémica que impide el amplio margen de ejercicio de los derechos con miras no solo de autonomía, sino también agencia que está referida a no solo tener la facultad reconocida teóricamente, sino también las condiciones y posibilidades de ejercer tal facultad efectivamente en la realidad; por el contrario, tal constructo exige que se deba tener la amplitud y consistencia necesarias para que ingresen todos los seres humanos sin distinción ni restricción alguna. El sujeto de derecho plural basando en el enfoque de derechos humanos exige reconocer también mínimas condiciones y protección reforzada con adaptaciones especiales para aquellos a quienes históricamente se les ha excluido y no “encajan” en el molde configurado por el derecho contemporáneo.

Para plantear un consistente paradigma de sujeto de derecho plural se debe extender la mirada a todas aquellas luchas por el reconocimiento de derechos y mejora de condiciones de vida enfrentan los grupos vulnerables, que principalmente significaron un tratamiento inapropiado de la diferencia:

*“[l]as diferencias –sean naturales o culturales- no son otra cosa que rasgos específicos que diferencian y, al mismo tiempo, individualizan a las personas [identidades de cada persona] y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales. Las desigualdades –sean económicas o sociales- son en cambio las disparidades entre los sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción [diversas esferas jurídicas]” (Ferrajoli 2005: 18).*

Al respecto, concebimos que la diferencia es un rasgo de identidad que nos viene dado y el cual es susceptible de protección jurídica; pero la desigualdad es una condición social directamente relacionada a condiciones de disparidad económica que el ordenamiento jurídico debe erradicar para avanzar a sociedades más igualitarias.

Esta situación de desigualdad económica y jurídica durante el proceso histórico se ha traducido e institucionalizado en estructuras de poder en perjuicio de los grupos vulnerables, así vemos que sus derechos civiles y políticos estuvieron limitados durante gran parte de la república y actualmente su posibilidad participación política en igualdad de condiciones es incipiente; por ejemplo, tenemos que si bien con el constitucionalismo liberal pregonó que todos nacen iguales en dignidad y derechos; sin embargo, las mujeres no pudieron votar recién a partir de 1956, teniendo en consideración incluso que ellas no representaban una minoría pero fueron tratadas como tal, más aún se normalizó la falta de presencia de éstas en cargos de dirección o poder dentro de ámbitos públicos, un rol importante para esta situación la cumplió: *“la teoría complementaria de los sexos constituye el más amplio y desarrollado discurso sobre la inferioridad de las mujeres que hace fortuna en el siglo XVIII y subsiste en la actualidad”* (Esquembre Valdez 2006: 35). Frente a esta posición de desventaja el enfoque (crítico) de género visibiliza cuáles son los patrones históricos y culturales que han perennizado relaciones de dominación patriarcal y las han sumido en una violencia estructural dentro del ámbito privado doméstico, lo cual permite visibilizar y hacer entender que: *“...sólo cuando la visión femenina es igual a la masculina, percibimos las verdaderas relaciones existentes en el todo y la conexión entre sus partes”* (Lerner, Gerda 1990: 07-08); por eso resulta necesario que el aspecto normativo y social confluyan para entender *“que erradicar la violencia de género es inseparable de la reforma misma de los afectos constitutivos de las relaciones de género tal como las conocemos y en su aspecto percibido como ‘normal’”* (Segato 2003: 04); eso que se dice normal, es en realidad una forma de control que impone pautas de conducta que moldean la realidad a fin de fortalecer el sistema asimétrico. En ese sentido, podemos apreciar que tal posición refiere que el patriarcado es un orden institucionalizado y hegemónico de dominación (Diccionario de la transgresión feminista s/f: 16) y el machismo latinoamericano es una estrategia o un tipo de patriarcado que no se responsabiliza por su prole, es una práctica muy extendida que instaura una

forma de pensar que justifica la violencia contra la mujer, en todas sus formas (física, psicológica, moral, epistemológica).

En este escenario, se puede afirmar que el proceso histórico y el acomodamiento de las relaciones de poder y dominación permitieron forjar el patriarcado, como institucionalidad que establece una prevalencia de lo masculino sobre lo femenino en términos generales; y el machismo es una manifestación del patriarcado o mecanismo específico de dominación masculino (Gutman 1999: 20) que es propio de América Latina y establece estereotipos de género que remarcan la violencia contra la mujer, el desentendimiento de su prole y el descontrol inconsciente que puede llevar atrozmente al feminicidio o perpetuidad del círculo de la violencia; aspectos latinoamericanos fundamentales que son puestos en evidencia de modo esclarecedor con el enfoque de género que da mayores luces sobre la complejidad de los atavismos como violencia de género, racismo, colonialidad, etc., que configuran las relaciones de desigualdad de nuestra sociedad.

También tenemos que el enfoque crítico impulsado por el colectivo de las personas con discapacidad o diversidad funcional, ha conseguido el reconocimiento de sus derechos conforme a sus necesidades específicas a partir de un cuestionamiento a los modelos de la prescindencia y el rehabilitador, para arribar al modelo social de la discapacidad, pues el racionalismo ilustrado liberal (capacidad jurídica) y la postura contractualista de Rawls (basada en el consenso y la productividad social) dejaban fuera a aquellos seres humanos con discapacidades o deficiencias graves; sin embargo, resulta razonable con claridad meridiana que “...las personas con discapacidad, cualquiera que sea el tipo y gravedad de su diversidad funcional, [...] son merecedoras de consideración y de respeto, esto es, es reconocer su dignidad” (Cuenca 2012: 126); desde este punto de vista no es admisible de ninguna manera que hubieran sido excluidos ni tenido mínima representación, pese a ser un grupo sumamente vulnerable; por ese motivo este discurso se postula:

*“...potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros. Parte de la premisa de que la*

*discapacidad es en parte una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad” (Palacios: 2008: 26-27).*

De tal manera que la autonomía de éstas reclaman, no se vea sobrepasada por alguna acción paternalista del Estado que pueda reducir su ámbito de decisión; por el contrario, corresponde implementar medidas de accesibilidad, ajustes razonables y apoyos *-agencia-* a fin de que construyan autonomía, para que las personas con diversidad funcional sean sujetos de derechos “*...plenos y activos sujetos de derechos capaces de ejercer por sí mismos todas las libertades de las que son titulares*” (Cuenca 2012: 132); pero ello no se puede conseguir si no se remueve “*las barreras que restringen su desarrollo moral autónomo, sino también habilitarles, apoyarles y asistirles para que puedan tomar sus propias decisiones*” (Cuenca 2012: 130). Vemos que resulta enriquecedor cómo el modelo social cuestiona a los modelos de la prescindencia y el rehabilitador de la discapacidad, porque éstos han configurado tratamientos discriminatorios y excluyentes del citado colectivo; por lo que aquél resulta más compatible y coherente con un enfoque de derechos humanos que no solo debe preocuparse en remover las barreras sociales, sino también entender que la deficiencia es una rasgo de diferente identidad con el que las personas con diversidad funcional viven, a fin de evitar restricciones arbitrarias en el ejercicio plenos de sus derechos; razones por las cuales, el derecho debe promover medidas de accesibilidad, ajustes razonables y apoyos como exigencias para optimizar el mandato de igualdad y no discriminación.

Además el colectivo categorizado por motivos de edad o de orden generacional, donde encontramos al grupo de los niños, niñas, adolescentes ha cuestionado la terminología de “menores”; en ese sentido, “*...el “paradigma de la minoridad”, base de la doctrina de la situación irregular, está integrado por un conjunto de creencias y prácticas dirigidas a la infancia sobre la base de la distinción entre menor y mayor de edad. El menor de edad es considerado como incapaz, pero con el simple paso a la mayoría de edad cambia radicalmente su situación jurídica hacia la capacidad plena*” (Gonzales Contró 2011: 42), lo que nos podría llevar a la reflexión que los niños, niñas y adolescentes no poseen ningún grado de autonomía; sin embargo, en contraposición aparece el modelo de la protección integral resulta fundamental para un tratamiento más igualitario de este grupo etario porque está basado en “*...el principio de*

*autonomía progresiva, que a partir de la firma de la Convención se ha venido elaborando tanto en la teoría como en la praxis, reconoce el desarrollo continuo de habilidades y establece la necesidad de ir concediendo capacidad en el ejercicio autónomo de los derechos de acuerdo con éste”* (Gonzales Contró 2011: 43); en consecuencia, también se puede apreciar que el modelo de la protección integral con argumentos igualitarios sólidos ha planteado un paradigma más acorde a la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes para que puedan ejercer su autonomía progresivamente en función a su edad.

El grupo de personas LGBTIQ+ también ha gestado luchas para el reconocimiento de derechos específicos a su favor como el matrimonio igualitario (Murray 2018: 828) o políticas públicas y privadas para la acepción de uniones no tradicionales, que permiten allanar barreras y evitar discriminación de este colectivo (Murray 2018: 842); asimismo, a través del enfoque crítico que proponen se puede desenmascarar prácticas discriminatorias en las relaciones de consumo que suelen encubrirse bajo el manto del derecho a la objeción de conciencia ocurrió en el caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Comisión de Derechos Civiles de Colorado* “*(y otras reclamaciones de exención religiosa como el que aparece) [que] se ha caracterizado casi uniformemente como una colisión entre los valores de la Primera Enmienda [de EE.UU] por un lado y LGBTQ derechos sobre el otro: la yuxtaposición clásica de libertad e igualdad”* (Murray 2018: 861-862); pues en este caso, so pretexto del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia el panadero se negó a vender un pastel de bodas a la pareja homosexual, y finalmente la Corte Suprema de la República terminó dándole la razón al primero; ahora bien, entendemos que el fuero interno o consciencia, que nadie lo puede cambiar; sin embargo, se debe replantear tal problema a fin de evitar violencia interpersonal por perjuicio, pues en el caso citado nos encontrábamos en una relación económica privada de consumo que se encuentra regulada por el marco constitucional e impide cualquier trato discriminatorio sean relaciones públicas o privadas; la interpretación a través del principio de proporcionalidad y específicamente el sub test de proporcionalidad en sentido estricto, nos puede llevar a entender que el hecho de que el panadero preparare el pastel para la pareja homosexual, si bien podía generar un desacuerdo en el fuero interno de éste, pero de ningún modo anulaba el ejercicio de su libertad religiosa porque podía seguir creyendo en su convicción, lo que no ocurrió con la pareja ya que finalmente no obtuvo nada y se exteriorizó la exclusión hacia ellos, circunstancia que evidencia un trato desproporcionado y, por tanto, una discriminación en los hechos que afecta el principio liberal de

no daño; lo cual no puede ser admitido en un Estado constitucional por constituir una violación de derechos.

En este panorama expuesto se puede visibilizar que cada grupo vulnerable enfrenta la “...falta de libertad sistémica [...] no solo crea las condiciones fundamentales para que los miembros de la comunidad [...] vean afectados sus derechos individualmente, sino que también disminuye la propia capacidad de la población para defender sus derechos de manera colectiva” (Valencia: 2018: 377); esta falta de libertad sistémica, que en opinión propia es “una falta de igualdad sistémica”, ha impulsado el surgimiento de enfoques críticos que buscan un reconocimiento para alcanzar la igualdad real, para todos aquellos grupos en situación de desventaja fáctica; asimismo resulta fundamental contribuir a la construcción de una mejor comprensión de la diferencia y el proceso de especificación de los derechos humanos debe buscar el tratamiento de la diversidad de manera más apropiada; vemos que inclusive se ha matizado en el análisis y razonamiento constitucional criterios de interpretación favorable (*pro hómine*) y escrutinio estricto (test de igualdad, test de Sherbert, test de Lemon, etc.) para los débiles, clara muestra de estas manifestaciones las encontramos en pronunciamientos de Tribunales nacionales e internacionales que privilegian la protección de rasgos de identidad diferente en el marco de una democracia constitucional.

## **2.2. SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL ENFOQUE INTERCULTURAL.**

Luego de haber realizado un recuento sobre la discusión y replanteamiento de la idea de sujeto de derecho, así como la valía de los enfoques críticos que permiten aclarar el panorama de la presente investigación, podemos apreciar que los pueblos indígenas también siguen impulsando grandes luchas por el reconocimiento de sus derechos colectivos y protección de sus territorios frente a la política económica neoliberal que postulan los Estados. Las causas de la desigualdad en las relaciones sociales y jurídicas incompatibles con los ideales del Estado constitucional y democracia sustantiva, merecen ser evaluadas a través, como se mencionó, de perspectivas críticas que apropiadamente han sido adoptadas como políticas de Estado, y se han materializado de modo normativo en el Perú a través del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, donde se muestra un rico abanico de posturas como el:

**"Enfoque de discapacidad.** A partir del modelo social, las políticas públicas deben adoptar todas las medidas necesarias para eliminar las múltiples barreras que impiden la inclusión de una persona con discapacidad [...]. **Enfoque intercultural** Implica que el Estado valore e incorpore las diferentes visiones culturales, concepciones de bienestar y desarrollo de los diversos grupos étnico-culturales para la generación de servicios con pertinencia cultural, la promoción de una ciudadanía intercultural basada en el diálogo y la atención diferenciada a los pueblos indígenas y la población afroperuana [...]. **Enfoque etario.** La vulneración de derechos humanos impacta a hombres y mujeres de todas las edades en normas diferentes. La distinción de los impactos que afectan a las víctimas, así como la valoración de grupos etarios que realizan violencia, posibilita mejores enfoques en la percepción de riesgos, en los factores protectores y sobre todo en la prevención. (Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 2018: 22). [...]. **Enfoque de género** Considera los roles y las tareas que realizan mujeres y hombres en una sociedad, así como las simetrías y relaciones de poder e inequidades que se producen entre ellas y ellos, conocer y explicar las causas que las producen para formular medidas (políticas, mecanismos, acciones afirmativas, normas, etc.) que contribuyan a superar las brechas sociales producidas por la desigualdad de género [...]. **Enfoque territorial** El fortalecimiento de las relaciones entre los actores de un territorio (gobierno regional/gobierno local) en el marco de las políticas públicas deben promover la creación y desarrollo de mecanismos que posibiliten el intercambio de opiniones y experiencias entre las organizaciones productivas y con los diferentes niveles de gobierno [...]. **Enfoque diferencial.** El enfoque diferencial es un desarrollo progresivo del principio de igualdad y no discriminación. Aunque todas las personas son iguales ante ley, esta afecta de manera diferente a cada una, de acuerdo con su condición de clase, género, grupo étnico, edad, salud física o mental y orientación sexual, por ello, para que la igualdad sea efectiva, el reconocimiento, el respeto, la protección, la garantía de derechos y el trato deben estar acordes con las particularidades propias de cada individuo. Las acciones del Estado para este fin deben atender la diferencia. Inicialmente este enfoque fue acuñado para la atención a víctimas del conflicto armado" [el subrayado y resaltado es mío]. (Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 2018: 22-23).

Por estos motivos, la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas merece ser evaluada desde una visión interdisciplinaria que tenga como orientación descolonizar las relaciones jurídicas de dominación que han sumido en discriminación estructural a los pueblos originarios, para arribar a posiciones compatibles con el principio de igualdad y no discriminación dentro de una democracia constitucional que vela por la especial protección de las minorías, todo con miras a materializar una igualdad real para los pueblos indígenas en el Perú.

Para contextualizar la posición de los pueblos indígenas resulta fundamental entender el proceso histórico que se encuentra detrás de por qué los sistemas normativos y de justicia indígena no han sido reconocidos en el Estado contemporáneo sino recién a finales del siglo XX.

La ausencia de condiciones óptimas para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plenamente y dentro de su autonomía, puede ser entendida como una situación de falta de libertad sistémica (Valencia: 2018: 377) debido a que si bien se ha reconocido derechos de los pueblos indígenas y existe un marco normativo constitucional e internacional que los protege; sin embargo, en la realidad el ejercicio de tales derechos y potestades se encuentran restringidos o limitados a lo que pueda decir el Estado, más aún si no existen criterios de interpretación intercultural sobre las normas y los hechos, que pongan de realce a los principios y valores de los pueblos originarios; esta flagrante falta de posibilidad de ejercicio de derechos culturales y limitación de su autonomía constituye, en nuestras propias palabras una “falta de igualdad sistémica” para los pueblos indígenas que el Estado no ha abordado con propiedad hasta la fecha.

Como expusimos, para entender la realidad latinoamericana resulta fundamental recurrir a posturas interdisciplinarias, una de ellas es el enfoque pluralista o de la diversidad, el cual debe ser complementado con la postura crítica que busque visibilizar los patrones coloniales que perviven en el tratamiento jurídico y político de los pueblos indígenas; para tal fin, resulta indispensable observar a lo largo de la historia cuántos y cuáles han sido las etapas de invasión colonial que han sufrido los pueblos indígenas, porque el marco socioeconómico determina muchas de las condiciones jurídicas sobre las relaciones sociales existentes, lo que nos permite entender cuáles fueron los modelos o políticas del tratamiento de la pluralidad o diversidad.



La primer ciclo de invasión es el colonial y constituye el hecho fundacional de la condición indígena hasta nuestros tiempos, el cual se dio cuando “...los europeos invadieron los pueblos originarios buscando apropiarse de los recursos y esclavizar a las personas” (Yrigoyen Fajardo 2019: 06), por eso se denomina: “1. Primer ciclo histórico de invasión territorial: s. XVI y la instauración colonial. De la autarquía al “mundo al revés” (...) El objetivo de los conquistadores era extraer oro y otras riquezas, para lo cual requerían apropiarse todas las tierras y explotar la mano de obra de la forma más eficiente para su inversión trasatlántica, a través de la esclavitud” (Yrigoyen Fajardo 2016: 04), el sometimiento y la violencia ejercida contra los pueblos implicó diversas formas de dominación según la estructura orgánica e institucional de los pueblos indígenas; asimismo, el factor trascendental del conflicto de intereses entre los invasores y la Corona significó la reconfiguración de la economía para enviar recursos al exterior, esta realidad es explicada con solvencia en el siguiente párrafo:

*“La Corona: el freno a la esclavitud y despojo total de tierras. La esclavitud de los indios no le convenía a la Corona, porque como esclavos no pagaban tributo. Por lo tanto, la Corona dispuso que fueran vasallos libres y que vivieran en tierras reservadas para ellos, bajo el nombre de reducciones o “pueblos de indios”. Como se requería su trabajo en las minas, las Leyes de Indias establecieron que el trabajo de los indios era obligatorio (la mita minera o los obrajes), pero debía ser remunerado por los colonizadores, para que con dicho pago los indios pudiesen, a su vez, pagar el tributo a la Corona. Ahí nació el llamado “pacto fiscal” entre la “república de indios” y la Corona” (Yrigoyen Fajardo 2016: 04).*

De este modo, se reconfiguraron las estructuras institucionales y poblacionales de un gobierno autónomo de los pueblos originarios, a un gobierno indirecto por los curacas en los denominados “pueblos de indios”; aquí vemos que se reconoció el sistema normativo indígena pero con autoridades y jurisdicción subordinada al orden colonial y la religión predominante, es así que los pueblos de indios a través de sus autoridades solo podían impartir justicia dentro de su territorio sobre sus congéneres.

Para Mazal: “...el indigenismo colonial [como] proyecto político [buscó] segregar y “conservar” a las sociedades y culturas indígenas como tales bajo el control (defensa-

*explotación) de la sociedad dominante”* (citado por Yrigoyen Fajardo 2006: 04), este escenario por permite apreciar que los intereses de España representados por la Corona se sobrepusieron a los de los invasores, lo cual generó que el tratamiento político indígena reconozca un pluralismo jurídico subordinado, como expresión de la existencia de la diversidad en esa época:

*“El hecho colonial colocó a los pueblos originarios en una posición subordinada. Sus territorios y recursos fueron objeto de expolio y expropiación por terceros; su mano de obra fue explotada, y hasta su destino como pueblos fue alienado de sus manos. La ideología de la “inferioridad natural de los indios” y la figura jurídica de la tutela indígena permitieron estabilizar a lo largo del tiempo el modelo de subordinación indígena”* (Yrigoyen Fajardo 2017b: 139).

En consecuencia, se puede entender que no existieron planteamientos sobre condiciones de igualdad entre culturas; por el contrario, se postularon desde la religión planteamientos completamente discriminatorios al entender y justificar una desigualdad natural que consolidó las relaciones de subordinación indígena por varios siglos.

Posteriormente, *“2. Segundo ciclo histórico de invasión de los territorios: el S. XIX y la fundación republicana. La crisis de la Corona española a inicios del s. XIX, debido a sus guerras con Francia e Inglaterra, fue una ocasión para la emergencia de los procesos independentistas, liderados los criollos, especialmente por aquellos que querían desarrollar un mercado por fuera del monopolio colonial”* (Yrigoyen Fajardo 2016: 05); efectivamente, luego de la captura del Rey Fernando VII de España de 1808 y la crisis política generada por las Abdicaciones de Bayona, se inició la debacle del dominio español en las colonias de América que desencadenaron en procesos independentistas con miras a la consolidación de nuevas repúblicas, para Mazal: *“...el indigenismo republicano cuyo proyecto político [buscó] “asimilar” a los indígenas a la sociedad nacional para formar una nación mestiza”* (citado por Yrigoyen Fajardo 2006: 04), estuvo orientado a homogenizar a los pueblos originarios con la cultura occidental, de este modo se negó por completo la diversidad lo que en términos prácticos significó un empeoramiento de la condición indígena durante un periodo importante de nuestra vida republicana, esto porque *“...durante la era Colonial la Corona reconocía el fuero indígena y autoridades indígenas como los curacas, así como alcaldes vara, en era republicana se instauró un modelo jurídico monista.*

*No se reconocía ningún tipo de autoridad o fuero indígena” (Yrigoyen Fajardo 2016: 05), como vemos en el periodo republicado se instauró un monismo jurídico compatible con la concepción europea de Estado-nación, tal política del tratamiento de la diversidad buscó homogenizar y asimilar la diversidad de los pueblos originarios a la nación criolla, lo cual constituyó una negación de la diversidad y la consolidación de patrones coloniales que constituyen los principales obstáculos a la hora de plantear la igualdad de culturas; es decir, los “...estados latinoamericanos se organizaron bajo flamantes Constituciones liberales, pero con proyectos neocoloniales de sujeción indígena” (Yrigoyen Fajardo 2017b: 139); este proceso histórico significó un periodo oscuro y negativo para la diversidad de los pueblos, lo cual en sentido jurídico se expresó como la “negación del derecho y la justicia indígenas” (Yrigoyen Fajardo 2019: 14).*

Finalmente, a finales del siglo XX se inicia el:

*“3. Tercer ciclo histórico de invasión de los territorios: s. 1980’s-XXI y políticas del Consenso de Washington. Este ciclo de invasión de los territorios se ha venido dando desde hace unos 40 años, cuando se frena la reforma agraria e inicia el debilitamiento de las protecciones legales a las tierras colectivas que había hecho el constitucionalismo social. Esta tendencia se consolida con el Consenso de Washington en los ochentas del s. XX que orienta las políticas hacia inversión extranjera en actividades extractivas. En efecto, luego de las políticas de nacionalización de la explotación de recursos naturales, las corporaciones transnacionales no se quedaron tranquilas” (Yrigoyen Fajardo 2016: 07).*

Este tercer ciclo de invasión se concretizó con las reformas constitucionales de finales del siglo XX, que incorporaron cláusulas de libre comercio y contratos de estabilidad tributaria para el retorno de las corporaciones transnacionales, lo que junto al reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas, constituyen la principal dicotomía entre el modelo de desarrollo economicista que postula el Estado a través de las concesiones sobre recursos naturales, frente a la resistencia de colonización externa transnacional de los territorios indígenas por los graves problemas socioambientales y culturales a los que se ven expuestos *-que van en contra de su cosmovisión y pensamiento de desarrollo más compatible con lo sostenible-*; todo ello principalmente expresa

una la falta de igualdad de condiciones para los pueblos indígenas que promueva el diálogo intercultural, que constituye una violación de derechos humanos claramente justiciable; esto se hace más evidente porque los Estados a través de la doctrina de la “seguridad nacional” han sacado adelante proyectos de inversiones extranjeras a sangre y fuego en perjuicio de nuestros pueblos originarios, e inclusive se ha criminalizado la protesta para imponer a sangre y fuego tales concesiones, en ese sentido tenemos que:

*“Las políticas del “Consenso de Washington” son las que han dado el marco para facilitar el retorno de las corporaciones transnacionales en territorios indígenas, buscando sacar oro y otros recursos naturales. En el Perú, esto se dio luego del autogolpe de Alberto Fujimori. Si bien en 1992, los agentes del orden detuvieron al líder del grupo terrorista denominado “Sendero Luminoso”, la legislación antiterrorista fue mantenida por otra década más, para evitar levantamientos sociales ante la imposición de las recetas del Consenso de Washington” (Yrigoyen Fajardo 2016: 08).*

De esta descripción y análisis, Mazal considera que *“...el indigenismo moderno, de mediados del siglo XX, que tiene como proyecto político integrar a los indígenas a la sociedad nacional pero conservando ciertas peculiaridades culturales propias”* (citado por Yrigoyen Fajardo 2006: 04); al respecto, se puede apreciar el avance de las concepciones sobre el tratamiento de los pueblos indígenas, pues ya no solo se habla de “incluir” o “asimilar”, sino actualmente se propone integrarlos reconociendo sus diferencias, lo que indiscutiblemente significa un avance, pero se sigue exigiéndose una visión más plural para la construcción de un paradigma de sujeto de derecho lo suficientemente amplio para no dejar fuera a ningún ser humano, y que sea lo suficientemente específico para garantizar la protección de la identidad diferenciada de cada persona dentro de nuestro Estado; para lo cual resulta indispensable insertar una visión crítica de la realidad para la *“...refundación del Estado, para levantar los lastres de la colonialidad en la economía- que nos hace dependientes del extractivismo-, la forma de ejercer el poder –de modo opresivo y violento con los pueblos originarios; y la cultura, que nos impide vislumbrar otros horizontes, donde todos los pueblos tengan igual dignidad y derechos”* (Yrigoyen Fajardo 2016: 11).

Asimismo, se puede apreciar que, como se detalló en los otros enfoques críticos, en América Latina el tratamiento de la diversidad cultural desde el primer ciclo de invasión colonial ha transitado por *“los regímenes especiales del modelo segregacionista de carácter civilizador a los nuevos regímenes constitucionales autonómicos de corte pluralista”* (Yrigoyen Fajardo 2006: 07); este enfoque conceptual nos da luces sobre el cambio de paradigma y el avance de los planteamientos teóricos que se han gestado para la consolidación de Estados más plurales jurídicamente hablando; por eso, resulta relevante exponer que el modelo segregacionista de carácter civilizador constituyó un lastre que sumió a los pueblos originarios en la exclusión y relegación social, que estuvo basado principalmente en responder a favor intereses coloniales de explotación para consolidaron las relaciones de dominación existentes:

*“En síntesis, desde los procesos de invasión europeos, los pueblos originarios perdieron su autarquía y quedaron bajo relaciones de subordinación política, explotación económica y dependencia. Por ello, sus culturas pasaron a ser inferiorizadas, al igual que sus sistemas de normas y valores. La política de reconocimiento colonial de las autoridades, normas y la jurisdicción civil y criminal de los pueblos de indios fue limitada y subordinada a los intereses económicos y valores culturales de los colonizadores, así como a sus necesidades prácticas de gobierno local”* (Yrigoyen Fajardo 2017a: 12).

En este contexto, se deben proponer paradigmas teóricos más igualitarios y apropiados para el tratamiento de la diversidad coherente con una democracia constitucional, en especial para anular y desterrar definitivamente posturas anacrónicas fundadas en nociones de superioridad o inferioridad de unas culturas sobre otras, lo que nos lleva a descartar el pluralismo jurídico subordinado vigente en muchos de nuestros Estados latinoamericanos.

El constitucionalismo crítico resulta imperioso pues *“...es real, deshace la apariencia y contribuye a destruir la falsa conciencia y al desbloqueo de la Razón, de las que antes se hablaba como notas características del pensamiento Crítico y Crítico-Jurídico. [...], es la recuperación y reconstrucción de las categorías constitucionales”* (De Cabo Martín 2018: 714), la esencia epistemológica de cuestionar los enunciados teóricos y paradigmas constitucionales arraigados que no responden a la protección de la generalidad de los seres humanos, sino a

intereses de grupo, exige controvertirlos permanentemente y deconstruir las relaciones de dominación colonial para modificarlos y acercarnos a un constitucionalismo plural, igualitario y más diverso.

Inclusive se debe dejar remarcado que: *“...con esta corriente crítica, la lucha anticapitalista debe llevarse a cabo conjuntamente con la lucha anticolonial. La dominación de clase y la dominación etnocultural se alimentan mutuamente, lo que significa que la lucha por la igualdad no puede separarse de la lucha por el reconocimiento de la diferencia”* (De Sousa Santos 2018: 159); aspectos que nos ponen de relieve que estas exigencias teóricas de postular posturas más igualitarias siempre encontrarán limitaciones a la hora de enfrentar la realidad; sin embargo, la continua persistencia en encontrar fisuras en los postulados de dominación colonial debe ser el rasgo característico para arribar a soluciones óptimas constitucionalmente frente a la desigualdad.

### **2.3 PLURALIDAD Y EL PLURALISMO JURÍDICO.**

Como se mencionó *ut supra*, la pluralidad es la diversidad existente como criterio descriptivo sociológico de la coexistencia de muchas culturas o naciones dentro de un territorio, que se puede expresar en idiomas, etnias, religión, etc.; de otro lado, el pluralismo jurídico *“...es una teoría o una política que reconoce o admite la coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, como señala Boaventura de Sousa Santos. Ello supone una política de reconocimiento de sistemas normativos de pueblos o colectivos, diferentes al Estado, con sus propias fuentes de producción de normas, valores, instituciones y procedimientos”* (Yrigoyen Fajardo 2017a: 12); es decir, la forma cómo se enfrenta la diversidad dentro del ámbito jurídico tiene que ver con las políticas o teorías que demarcan el tratamiento de la pluralidad, por ejemplo tenemos los siguientes modelos: el pluralismo jurídico subordinado de la época colonial, el monismo jurídico de la república y el horizonte del pluralismo jurídico igualitario más contemporáneo, tales han entendido de manera diferente el tratamiento del o los sistemas jurídicos existentes en cada Estado.

El pluralismo jurídico subordinado de raigambre colonial, reconoció lo siguiente:

*“a) **Autoridades indígenas, con funciones y títulos definidos por la Corona.** Así, los/as curacas o caciques indígenas, para que pudieran regir dentro de los pueblos de indios tenían que tener títulos reconocidos por la Corona. [...]. Por supuesto, también tenían funciones propias, pero dentro de un marco colonial. b) **Normas propias limitadas.** La Ley de Carlos V de 1555 reconoció y estableció que ‘se guarden y executen [Sic.] las leyes que, antiguamente, tenían los indios para su buen gobierno y policía’. Sin embargo, después de ser cristianos —esto es, después de ser colonizados—, ya no les reconoce ‘leyes’, sino tan solo ‘usos y costumbres’ que ‘no se encuentren con la sagrada religión ni con las leyes de este libro’. Es decir, si bien la Corona reconoce el sistema normativo indígena, este queda limitado por la religión y leyes coloniales. c) **Jurisdicción civil y criminal de caciques o curacas.** Las Leyes de Indias reconocieron ‘la jurisdicción de los caciques en los indios de sus pueblos’, la cual no se podía entender en causas que tenían penas graves, quedando estas reservadas para las audiencias. Es decir, en cuanto a la competencia personal, la jurisdicción o fuero indígena solo era competente respecto de indios del común, pero no podía alcanzar a españoles, así estos entrasen a los pueblos de indios a hacer fechorías, pues eran los colonizadores. En cuanto a la competencia material, la jurisdicción indígena podía resolver causas civiles y criminales, pero solo de baja monta o casos que ameritaban penas leves, respectivamente. La potestad de aplicar penas graves quedaba reservada al poder colonial. Y la desobediencia de estas reglas era severamente punida” [el resaltado y subrayado es mío]. (Yrigoyen Fajardo 2017a: 12).*

Este pluralismo jurídico subordinado fue una respuesta que la política económica colonial encontró para que las relaciones entre la corona y América pudieran responder a sus intereses del Reino de España, de este modo se utilizaron las estructuras sociales de los pueblos originarios para tener el control sobre los territorios, recursos y fuerza de trabajo de los indígenas; es decir, era conveniente reconocer algunos grados de autonomía reducida para que ejercieran un gobierno indirecto dentro de los pueblos de indios a fin que la corona se pueda beneficiar económicamente.

En este orden de ideas, resulta fundamental preferir el pluralismo jurídico *–frente al monismo jurídico–* como estrategia óptima para el tratamiento jurídico de la diversidad de

sistemas jurídicos no estatales que coexisten en nuestro espacio geopolítico peruano; debido a que, varios “...autores consideran que todas las sociedades humanas tienen sistemas de normas de acuerdo a sus necesidades sociales y marco cultural, pues sino, no podrían organizarse ni regularse. Esta perspectiva es más amplia y permite reconocer sistemas normativos aun donde no hay Estado o varios sistemas dentro de un Estado. Esta es la perspectiva del pluralismo jurídico” (Yrigoyen Fajardo 2017a: 11). Sin embargo, aquí cabe una crítica negativa al pluralismo jurídico subordinado, debido a que no es suficiente para garantizar la igual dignidad de los pueblos indígenas, en virtud a que parte equivocadamente de la inferioridad de éstos últimos con relación al colectivo hegemónico, circunstancia que refuerza los patrones de dominación colonial inadmisibles dentro de una democracia sustantiva; por el contrario, lo que se debe propender es consolidar un pluralismo jurídico igualitario como ideal regulativo para el reconocimiento no solo de la justicia indígena sino de toda la pluralidad que merece una protección reforzada y tratamiento diferenciado a fin de garantizar su existencia en condiciones dignas.

El pluralismo jurídico igualitario se inserta en la corriente del constitucionalismo pluralista que está reconocido en países latinoamericanos como Bolivia y Ecuador.

Así tenemos que los ciclos del constitucionalismo pluralista se manifiestan del siguiente modo: “I. Primer ciclo (1982-88) La emergencia del multiculturalismo (derecho a la diversidad cultural) y los derechos indígenas. II. Segundo ciclo (1989-2005) De la nación Multicultural al Estado Pluricultural, reconocimiento del pluralismo jurídico interno. III. Tercer ciclo (2006-9) El Estado Plurinacional, nuevos derechos” (Yrigoyen Fajardo 2019: 22); es decir, se puede apreciar que la gesta del tercer indigenismo frente a la tercera invasión colonial, ha impulsado importantes reconocimientos constitucionales diferenciados de la diversidad cultural, lo que desde ya constituye un avance esencial hacia un pluralismo jurídico más igualitario, esto significa entender que los pueblos indígenas tienen sistemas normativos equivalentes al estatal y no meros “usos y costumbres” sin eficacia vinculante; estos ciclos del constitucionalismo pluralista “...tienen la virtud de cuestionar, progresivamente, los elementos centrales de la configuración y definición de los estados republicanos latinoamericanos diseñados en el siglo XIX, y la herencia de la tutela colonial indígena, planteando de este modo un proyecto descolonizador de largo aliento (Yrigoyen Fajardo 2017b: 141-142).



Aunque su lucha no solo está orientada a un mero reconocimiento de autonomía interna, sino autonomía externa y amplia capacidad de autodeterminación, aspecto que muy bien descrito por Roger Merino en el siguiente párrafo: "*...el proyecto decolonial, como en el caso de Bolivia, significa el reconocimiento de los pueblos indígenas no como comunidades sino como naciones, y el reconocimiento de sus espacios vitales no como "derechos sobre la tierra", sino como "derechos territoriales"*" (Merino 2018: 121), en este sentido, la pugna de los pueblos indígenas - andinos y amazónicos- es que se les reconozca autonomía territorial o externa que está ligada fuertemente el derecho a la autodeterminación territorial, pues solo no les basta con una autonomía interna.

La pretensión del constitucionalismo pluralista latinoamericano es cambiar nuestro paradigma de Estado-nación al Estado plurinacional, esto implica superar los planteamientos liberales vigentes *-de inclusión/exclusión y de acomodación (tolerancia)-* para instaurar el pluralismo intercultural basado en la autonomía indígena y el diálogo intercultural horizontal para solucionar los conflictos sociales.

El pluralismo jurídico igualitario como ideal regulativo y piedra angular teórica de la presente investigación, constituye el punto de partida necesario para entender la diversidad del Estado peruano, que en esencia posee una diversidad de culturas en su seno, las cuales merecen igual reconocimiento y protección jurídica de autonomía que les permitirá reforzar y proteger su propia identidad cultural, como expresión de una especial diferencia constitucionalmente resguardada; es decir, el pluralismo jurídico de este corte exige la coexistencia y el igual reconocimiento de los sistemas normativos estatales y no estatales dentro de un mismo espacio geopolítico, los cuáles deben armonizarse o compatibilizarse en igualdad de condiciones para resolver sus conflictos, es por ese motivo que se exige una "coordinación" –que se da entre iguales- y no una imposición vertical que tiene raigambre autoritaria y jerárquica; en ese sentido, la coordinación es el presupuesto para un mejor entendimiento entre iguales para arribar a decisiones consensuadas.

En este contexto, tenemos que el modelo de tratamiento de la diversidad denominado monismo jurídico es descartado porque no toma en cuenta la diversidad, pues "*...la ideología del*

*Estado-nación y el monismo legal, las constituciones sancionan un solo idioma, cultura, religión y ley para todos los ciudadanos, buscando la asimilación de los indígenas a dicho patrón general. Quedan proscritos el fuero, autoridades, y normas indígenas, así como sus idiomas y cultura" (Yrigoyen Fajardo 2006: 11), lo que no es compatible con la diversidad latinoamericana al negar de entrada la pluralidad como hecho fáctico o sociológico de nuestra realidad, y con ello, negarles igual dignidad a los seres humanos que conforman diversas culturas y etnias; este planteamiento teórico reconocía solo "...la existencia de un único sistema jurídico dentro de un Estado y una ley general para todos los ciudadanos" (Yrigoyen Fajardo 2017b: 139), cuando lo que existe es una multiplicidad de sistemas normativos que resuelven sus propios conflictos aunque el Estado de hecho no les reconozca autonomía amplia.*

El pluralismo jurídico igualitario:

*"a) En primer lugar, se basa en el principio de la igual dignidad de pueblos y culturas. Es decir, que no hay pueblos o culturas superiores ni inferiores, ni sometidas a una relación de subordinación o dominación, como acontecía en era colonial [...]; b) El Pluralismo jurídico igualitario lleva, necesariamente, a procesos de descolonización de las relaciones de superioridad/inferioridad entre pueblos y culturas, y entre el Estado y los pueblos originarios.[...]; c) **El Pluralismo Jurídico Igualitario supone que los pueblos tienen 'control sobre sus formas de vida e instituciones', como reconoce el Convenio 169 de la OIT, por lo que son quienes: (1) establecen sus instituciones o sistemas de autoridades sin injerencia externa; (2) establecen sus normas propias o derecho consuetudinario; (3) ejercen de forma autónoma sus funciones jurisdiccionales;** d) En cuanto a las competencias de la jurisdicción indígena, las mismas están en función de su propio derecho y necesidades sociales y culturales, por lo que no pueden tener límites neocoloniales que ni siquiera están en la Constitución o el derecho constitucional [...]; e) El Pluralismo Jurídico Igualitario se basa en un Pacto entre Pueblos y en el dialogo intercultural para definir los derechos humanos y otros (como los de la Madre Tierra) que deben respetar todos los pueblos y el Estado..." [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2017a: 13).*

El horizonte pluralista puesto en marcha por el pluralismo jurídico igualitario nos pone parámetros claros sobre la igualdad entre culturas o naciones, entendiendo que cada una de ellas posee estructuras sociales y normativas que no pueden ser menospreciadas, pues contribuyen al control social dentro de su entorno con una cosmovisión cultural propia; el factor de dominación colonial constituye uno de los problemas fundamentales que enfrenta este pluralismo jurídico porque se minimiza y subordina el Derecho Indígena bajo la excusa que responde a sociedades atrasadas que necesitan modernizarse; sin embargo, muchas veces resuelven sus conflictos con mayor eficiencia que el derecho estatal y tienen mecanismos que están más orientados al resarcimiento de la víctima y que las personas no vuelva a cometer actos delictivos; el modelo justicia indígena no se estanca en “...*el modelo de agresor-víctima-sanción*” (Valencia 2018: 384), sino busca una reparación integral para la víctima y el entorno comunitario con medidas culturales propias que están orientadas a que el perpetrador del ilícito no vuelva a cometer una acción lesiva contra cualquier miembro de la comunidad, claro está en caso que pueda existir excesos o arbitrariedades de la justicia indígena, la justicia constitucional es el mecanismo idóneo para su revisión y corrección, pues su función es la de controlar cualquier abuso del poder sea público o privado.

Asimismo, el constitucionalismo crítico con enfoque del pluralismo jurídico igualitario debe partir del diagnóstico de la realidad y las relaciones de dominación colonial existentes, a fin que éstas sean visibilizadas para ser revertidas a partir del principio-derecho igualdad que es transversal al Derecho y envuelve toda relación asimétrica que genera abuso y no es compatible en democracias sustantivas; también el grado de autonomía que se debe reconocer permitirá que los pueblos indígenas puedan tener un manejo y control de sus asuntos internos como elegir a sus autoridades, establecer sus normas propias y ejercer funciones jurisdiccionales de forma autónoma dentro de límite al respecto de los derechos fundamentales, sin que exista injerencia de parte del Estado o se pretenda imponer verticalmente asuntos con lo que los pueblos indígenas no están de acuerdo o no han sido previamente consultados; esto solo se conseguirá con el empoderamiento del colectivo de los pueblos indígenas a nivel nacional e internacional, que están articulando convenientemente el derecho internacional para la defensa de sus derechos y protección de su territorio.

El reconocimiento del sistema normativo y justicia indígena debe respetar los mínimos constitucionales de protección de los derechos fundamentales, que en caso se presente un conflicto por posible afectación a éstos, corresponde establecer los mecanismos de coordinación a fin de resolver si existe violación de derechos humanos por la justicia indígena, para lo cual también se debe garantizar que el órgano o Tribunal facultado *–que generalmente es de naturaleza constitucional–* pueda realizar no solo una interpretación intercultural de las normas, sino también de los hechos a través de apoyos especializados de antropólogos o sociólogos como ocurre en Colombia, o de los propios magistrados en caso de trate de una representación indígena dentro del Tribunal como ocurre en Bolivia; a fin que se pueda tener una mejor comprensión de los principios y valores que cada cultura pregona y practica, todo con la finalidad de “...*salvar los principios pluralistas y el objetivo descolonizador de la Constitución será necesario hacer una interpretación pluralista del texto constitucional*” (Yrigoyen Fajardo 2017b: 150), tales lineamientos o directrices dentro de la discusión de la justicia indígena, deben estar concretizados en pautas claras sobre los límites competenciales -por razón del territorio, persona y materia- y materiales -derechos fundamentales y humanos que merezcan una definición consensuada a través de un diálogo intercultural (Instituto Interamericano de Derechos Humanos 2010), pero no cualquier diálogo, sino uno de carácter horizontal (Grández Castro 2015: 09), como una precondition indispensable para la participación de los interlocutores en igualdad de condiciones, sin que pueda permitirse alguna relación de asimetría entre los participantes, y respetando siempre la necesaria intervención del interlocutor al que la decisión podría potencialmente afectar sus intereses, donde “...*todos los hablantes tienen los mismos derechos; no existe coacción*” (Alexy 2017: 175).

#### **2.4 SOBRE EL DIÁLOGO INTERCULTURAL Y LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.**

El diálogo intercultural horizontal como segunda variable de la investigación, tiene una importante influencia de lo que conocemos como constitucionalismo dialógico que prioriza las “...*la promoción del diálogo constitucional, es decir, la discusión pública, abierta, plural e inclusiva como mejor método para resolver conflictos o tomar decisiones*” (Sosa Sacio 2017: 86), esta perspectiva nos permite abrir el panorama sobre los aspectos conflictivos y opciones de solución que pueden existir entre las culturas, donde el elemento preponderante exige como condición previa información completa para debate público con plena participación de los sujetos

para arribar a decisiones legítimas que armonicen y concilien estas diferentes perspectivas del mundo.

Este planteamiento de diálogo intercultural, se enmarca dentro de un debate aún más general y problemático que tiene que ver con la tensión teórica entre democracia y constitucionalismo, que apropiadamente ha sido diluida por el paradigma de la democracia deliberativa que:

*“...promueve la máxima inclusión y participación de los ciudadanos que se verían afectados por las decisiones que se vayan a tomar, así sea potencialmente. En cuanto al elemento deliberativo, la democracia deliberativa requiere que las decisiones públicas ‘sean adoptadas luego de un amplio proceso de discusión colectiva’. Esto implica, desde luego, que debe existir espacios y procedimientos que permitan discutir, de manera abierta y transparente, sobre las cuestiones públicas, contando con la participación activa de los integrantes de la comunidad política” (Sosa Sacio 2017: 87).*

Un aspecto sumamente importante es que el elemento deliberativo exige la discusión necesariamente de aquellos que podrían ver afectados sus intereses con la decisión, lo cual significa una exigencia de participación que se erige como criterio determinante a la hora de revisar si se ha tomado una decisión válida constitucionalmente, *“...la legitimación del proceso de toma de decisiones públicas no se basa tan solo en participar (en hablar o votar), sino sobre todo en el intercambio abierto, sincero y plural de razones” (Sosa Sacio 2017: 87)*, que resulta esencial para el tratamiento de los conflictos que puedan presentarse entre justicia indígena y justicia estatal.

En la teoría deliberativa *“...sobresale una corriente que, además de sostener que la legitimidad de las leyes depende en parte en el carácter democrático y deliberativo del proceso de toma de decisiones, defiende asimismo la existencia de parámetros sustantivos de justicia externos al proceso y afirma que la deliberación democrática ostenta un valor epistémico distintivo a la hora de discernir cuáles son esos parámetros de justicia” (Linares 2015: 1961)*; en este sentido, lo deliberativo dentro de la democracia constitucional constituye un elemento

trascendental a la hora de evaluar la legitimidad de cualquier decisión, en especial porque la información oportuna y completa como la participación auténtica en igualdad de condiciones permiten arribar a soluciones epistémicamente más justas, ya que “[l]a transmisión de la información inherente a la discusión contribuirá a incrementar la competencia epistémica de los participantes” (Linares 2015: 1965).

La teoría democrática de la democracia se centra en que “...la legitimidad de las leyes encuentra su justificación en el hecho de que el proceso democrático de toma de decisiones, precedido de una adecuada deliberación pública, respeta el derecho de participación en pie de igualdad al mismo tiempo que tiene un valor instrumental epistémico, es decir, muestra una tendencia (aunque modesta y siempre falible) a discernir lo que es justo y tomar decisiones correctas en el largo plazo” (Linares 2015: 1962), por esto para la presente investigación tal elemento constituye una pieza fundamental para los pueblos indígenas que permitirá participar y plantear su punto de vista dentro del diálogo heterogéneo que debe darse en igualdad de condiciones.

En el caso peruano, la falta de leyes de coordinación y jurisprudencia uniforme para el tratamiento de los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal ha generado que en nuestra región los Tribunales Constitucionales tengan un rol protagónico y resuelvan estas controversias teniendo como faro guía a:

*“la justicia dialógica [que] aparece como una forma de ejercer la jurisdicción no enfrentada con los poderes políticos (es decir, que la función jurisdiccional no es concebida como un poder “contramayoritario”), sino que **más bien busca ser deferente con los procesos y ámbitos en los que pueda darse discusiones públicas, plurales e inclusivas** (o cuando menos representativas). Asimismo, esta forma de justicia evita incurrir en elitismo (o decisionismo inclusive), que es de lo que muchas veces se les acusa a los jueces, y en especial a los tribunales constitucionales” [el resaltado es propio] (Sosa Sacio 2017: 88).*

En este escenario, la jurisdicción constitucional frente a la coexistencia de diversos sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, debe conceder amplios espacios

para la deliberación democrática, previendo la participación obligatoria de actores sociales, institucionales y políticos relevantes que puedan verse afectados con la decisión, a tomar a fin que se puedan tomar decisiones que *“...fijen alcances políticamente posibles, socialmente aceptables y técnicamente ejecutables, que redundará en el mayor prestigio y legitimidad e institucional de los Tribunales constitucionales”* (Sosa Sacio 2017: 88-89). Por ello, lo ideal para la solución de controversias entre la justicia indígena y la justicia estatal, no debería ser que el Tribunal se apropie de la decisión sino que articule todos los canales para permitir que los participantes puedan arribar a mejores soluciones, así en esta línea de pensamiento, las Cortes *“...pueden promover el diálogo entre actores institucionales para involucrarlos en, o ‘para delegarles, la solución del caso’”* (Colombia, Argentina y en algún caso Perú)” (Sosa Sacio 2017: 90), lo cual constituye una práctica deferente con el principio democrático que es la base de nuestros Estados constitucionales.

Asimismo, en el marco de la jurisdicción constitucional el Tribunal Constitucional debe observar que se cumpla con un diálogo auténtico entre la justicia indígena y la justicia, caso contrario debe proceder con:

*“El castigo de la ausencia o déficit de diálogo público o institucional: las cortes constitucionales pueden, como de hecho ocurre ya en nuestra región, declarar la inconstitucionalidad de normas legales debido, no (solo) a vicios formales o sustantivos, sino específicamente por la falta de deliberación pública o institucional. En este sentido, por ejemplo, se podría declarar la inconstitucionalidad de una ley porque esta no fue suficientemente debatida en el Parlamento (como ocurre en Colombia) o porque no fue consultada con la población que se vería directamente afectada (en Argentina, por ejemplo)”* [el resaltado es propio] (Sosa Sacio 2017: 88-89).

Este elemento deliberativo se erige como un elemento material relevante para el análisis constitucional que en caso de ausencia o vicios durante el procedimiento, generan la inconstitucionalidad de la medida al no haberse promovido un auténtico diálogo público o institucional entre los participantes que pueden verse afectados con la medida. Tal posición ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 0006-2018-PI/TC

(Caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete), donde a partir del artículo 43° de la Constitución expone que la forma de gobierno se organiza según el principio de separación de poderes que está sustentado en varios principios, entre los cuales menciona:

*“56. [...] Principio de solución democrática: Este principio pone de relieve que frente a un entrapamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos.*

*De esta manera, la forma de gobierno, así como las relaciones entre los poderes públicos, deben tender a establecer y preferir mecanismos de diálogo que permitan resolver las controversias”* [el resaltado es propio] (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del expediente N° 0006-2018-PI/TC, 2018: 56).

En este caso, la falta de deliberación podría generar la afectación del principio de solución democrática, que incluso de verificarse puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad por el máximo intérprete de nuestra constitución, por eso en casos de consulta previa con déficit democrático deliberativo podrían ser declarados inconstitucionales al haberse afectado este criterio sustantivo.

Ahora, si bien se puede *“...defender la deliberación entre iguales y la autonomía privada de las personas”* (Linares 2015: 1973) y los pueblos indígenas, para que sirvan como criterios sustantivos para enfrentar el conflicto entre la justicia indígena y la justicia estatal; sin embargo, *per se*, la igual consideración de los sistemas jurídicos de las naciones o culturas y el diálogo intercultural en igualdad de condiciones dentro del Estado peruano, no aseguran criterios constitucionalmente válidos y acabados que optimicen los valores en juego y, sobre todo que se considere la desventaja de origen que poseen los pueblos indígenas por su vulnerabilidad histórica, pues siempre habrá posibilidad y de hecho ocurre tradicionalmente en muchos casos, que la justicia estatal prime sobre la indígena, por eso un *“...reto reside en la necesidad de fortalecer internamente los sistemas jurídicos indígenas y de mejorar la capacidad de todos los actores para participar en auténticos procesos de diálogo intercultural que permitan construir*



*espacios plurinacionales efectivos. No es corto el horizonte, ni poca la tarea*” [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2017b: 154).

En ese sentido, resulta necesario entender que “[u]na teoría que contemple los derechos de las minorías culturales debe ser compatible con las justas reivindicaciones de estos grupos sociales que se encuentran en situación de desventaja” (Kymlicka, Will 1996: 36); para arribar a este objetivo es indispensable postular dentro del razonamiento constitucional una postura teórica que permita optimizar la autonomía jurisdiccional indígena y todo aquello que pueda, en general, estar relacionado con el elemento cultural de los pueblos indígenas que representa la diversidad de un país y merece protección reforzada a fin que pueda seguir subsistiendo y no desaparezca.

El principio pro indígena debe ser entendido como una norma jurídica rectora en clave de principio que busca optimizar la autonomía jurisdiccional indígena dentro del conflicto con la justicia estatal; esto debido a que el principio democrático constitucional de protección de las minorías que postula un especial resguardo de los pueblos indígenas en relación con las mayorías, busca evitar se perennice la continua discriminación estructural que padecen como grupos vulnerables, lo que exige implementar un abanico de “...derechos diferenciados en función del grupo se otorgan en virtud de la pertenencia cultural” (Kymlicka, Will 1996: 36); la caracterización que tendrá este principio será de constituir un criterio de interpretación favorable, un criterio de asignación de peso abstracto en la fórmula del peso, y criterio de desempate en el test de proporcionalidad, este último significa que estará orientado a que sirva como una variable de solución en el empate ponderativo (Sotomayor, J. E. y Ancí, N. C. 2017) para favorecer interpretativamente lo indígena o en última instancia inclinar la balanza preferentemente hacia la autonomía jurisdiccional indígena, de este modo, el principio pro indígena será una carga de argumentación que, finalmente, tendrá un tratamiento jurídico similar al principio de interés superior del niño desarrollado en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño:

“6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en

*cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.*

*b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.*

*c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos” (Comité de los Derechos del Niño 2013: 03).*

En esta línea de pensamiento, en el tercer capítulo se abordará a partir del artículo 149 de la Constitución, la justificación del principio pro indígena como un derecho, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento, en este camino con mayor precisión también se evaluarán las posibilidades que este principio constituya una carga de asignación de peso abstracto en el sub test de proporcionalidad en sentido estricto y pueda considerarse un

criterio de desempate ponderativo; todo esto con la finalidad que al final los Tribunales puedan tener insumos teóricos y prácticos para resolver controversias entre la justicia indígena y la justicia estatal con criterios y posturas favorables en pro de la autonomía jurisdiccional indígena, los cuales tomarán en consideración el desarrollo normativo nacional e internacional del artículo 149° de la constitución.

## **2.5- CONCLUSIONES.**

Si bien el constitucionalismo liberal reconoció que todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos; sin embargo, en la realidad la noción del sujeto de derecho fue restringido al concepto de ciudadanía (varón, blanco, propietario, entre otros) y se configuraron exclusiones de origen que relegaron a los grupos vulnerables (mujeres, pueblos indígenas, niños, niñas y adolescentes, etc.) a una falta de igualdad sistémica que se ha consolidado en la agobiante discriminación estructural que padecen actualmente, lo que significa que el grueso de la población no pudiera tener reconocidos y ejercer plenamente sus derechos en condiciones dignas; en ese sentido, frente a esta indolencia las posturas críticas -como el enfoque intercultural- exigen ampliar la mirada y postular una noción de sujeto de derecho plural basando en el enfoque de derechos humanos para garantizar mínimas condiciones y protección reforzada con adaptaciones especiales para aquellos a quienes históricamente se les ha excluido y no “encajan” en el molde configurado por el derecho contemporáneo. El marco teórico del sujeto de derecho plural debe ser lo suficientemente amplio para no dejar fuera a ningún ser humano, pero también especialmente preciso para resguardar la identidad cultural diferenciada de cada persona dentro de nuestro Estado

Por estos motivos, la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas merece ser evaluada desde una visión interdisciplinaria que tenga como orientación descolonizar las relaciones jurídicas de dominación que han sumido en una discriminación estructural, para arribar a posiciones compatibles con el principio de igualdad y no discriminación dentro de una democracia constitucional que vela por la especial protección de las minorías, todo con miras a materializar una igualdad real para los pueblos indígenas en el Perú; para lo cual resulta indispensable que nuestro Tribunal Constitucional desarrolle jurisprudencialmente criterios de interpretación intercultural sobre las normas y los hechos, que pongan de realce a los principios y

valores de los pueblos originarios, que deben ser encausados en el razonamiento constitucional con criterios de interpretación favorable que privilegian la protección de rasgos de identidad diferente en el marco de una democracia constitucional.

La pluralidad es la diversidad existente como criterio descriptivo sociológico de la coexistencia de muchas culturas o naciones dentro de un territorio, que se puede expresar en idiomas, etnias, religión, etc.; de otro lado, el pluralismo jurídico es una teoría o política que reconoce o admite la coexistencia de varios sistemas normativos en un mismo espacio geopolítico (Sousa); en cambio, el monismo jurídico niega la pluralidad jurídica y busca homogenizar y dar un tratamiento normativo en función de un solo sistema jurídico, generalmente el estatal hegemónico, desconociendo a los otros. En el Perú durante gran parte de nuestra historia republicana se adoptó un modelo de monismo jurídico que fue matizando con el reconocimiento de algunos derechos y esferas de decisión dentro del ámbito indígena, lo que podríamos denominar un avance hacia pluralismo jurídico subordinado; sin embargo, este último modelo debe ser modificado para consolidar un pluralismo jurídico igualitario como ideal regulativo para el reconocimiento en igualdad de condiciones, no solo de la justicia indígena, sino de toda la pluralidad que merece una protección reforzada y tratamiento diferenciado a fin de garantizar su existencia en condiciones dignas. El pluralismo jurídico igualitario exige la coexistencia y el igual reconocimiento de los sistemas normativos estatales y no estatales dentro de un mismo espacio geopolítico, los cuáles deben armonizarse o compatibilizarse en igualdad de condiciones para resolver sus conflictos, es por ese motivo que se exige una “coordinación” –que se da entre iguales- y no una imposición vertical que tiene raigambre autoritaria y jerárquica; en ese sentido, la coordinación es el presupuesto para un mejor entendimiento entre iguales para arribar a decisiones consensuadas.

El constitucionalismo crítico con enfoque del pluralismo jurídico igualitario debe partir del diagnóstico de la realidad y las relaciones de dominación colonial existentes, a fin que éstas sean visibilizadas para ser revertidas a partir del principio-derecho igualdad que es transversal al Derecho y envuelve toda relación asimétrica que genera abuso y no es compatible en democracias sustantivas; también el grado de autonomía que se debe reconocer permitirá que los pueblos indígenas puedan tener un manejo y control de sus asuntos internos como elegir a sus autoridades, establecer sus normas propias y ejercer funciones jurisdiccionales de forma

autónoma dentro de límite al respecto de los derechos fundamentales, sin que exista injerencia de parte del Estado o se pretenda imponer verticalmente asuntos con lo que los pueblos indígenas no están de acuerdo o no han sido previamente consultados; esto solo se conseguirá con el empoderamiento del colectivo de los pueblos indígenas a nivel nacional e internacional, que están articulando convenientemente el derecho internacional para la defensa de sus derechos y protección de su territorio. En cuanto a la justicia indígena es importante considerar que se encuentra orientado hacia la reparación integral para la víctima y el entorno comunitario con medidas culturales propias que están orientadas a que el perpetrador del ilícito no vuelva a cometer una acción lesiva contra cualquier miembro de la comunidad, y no está tan arraigada en el modelo de agresor-víctima-sanción, claro está en caso que pueda existir excesos o arbitrariedades de la justicia indígena, la justicia constitucional es el mecanismo idóneo para su revisión y corrección, pues su función es la de controlar cualquier abuso del poder sea público o privado.

El diálogo intercultural horizontal debe ser uno de carácter constitucional, donde la discusión pública plural en igualdad de condiciones constituya un diálogo heterogéneo sobre las posibles soluciones en relación a los aspectos conflictivos y opciones de solución que pueden existir entre las justicia indígena y la justicia estatal; para lo cual se requiere como condición previa la información completa para debate público y abierto como expresión de la democracia deliberativa con plena y obligatoria participación de los sujetos que puedan verse afectados con la decisión, para arribar a decisiones legítimas que armonicen y concilien estas diferentes perspectivas sobre sus mecanismos de control social.

Este elemento deliberativo se erige como un criterio material relevante para el análisis constitucional que en caso de ausencia o vicios durante el procedimiento, generan la inconstitucionalidad de la medida al no haberse promovido un auténtico diálogo público o institucional entre los participantes que pueden verse afectados con la medida (STC N° 0006-2018-PI/TC (Caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete)).

Las variables de pluralismo jurídico igualitario y diálogo intercultural horizontal, si bien son necesarios para el adecuado tratamiento de las relaciones de coordinación entre la justicia estatal y la justicia indígena; sin embargo, no resultan suficientes para determinar finalmente que

criterio material debe primar; en ese sentido, resulta indispensable desarrollar el principio *hómīne* especialmente enfocado en lo indígena, el cual denominaremos principio pro indígena que deberá tener un tratamiento como un derecho, principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento, similar al principio de interés superior del niño, el cual será abordado con mayor detalle en el capítulo tres de la presente investigación.



### **CAPITULO III: EL PRINCIPIO PRO INDÍGENA COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS DE COORDINACIÓN ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA Y LA JUSTICIA ESTATAL EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN.**

#### **3.1- CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS Y LA GLOBALIZACIÓN.**

Nuestro modelo constitucional se rige por el principio democrático donde:

*“Los hombres nacen libres e iguales –valores libertad e igualdad- por lo que ninguno tiene derecho a la dominación sobre los demás y prácticamente nunca todos los integrantes de una comunidad son unánimes en las decisiones que éstas deban de adoptar; más bien sucede lo contrario, cada uno tiene una propia –pluralismo político-; luego es necesario adoptar entre hombres libres e iguales el principio democrático como método de adoptar decisiones de la comunidad y más concretamente, en palabras de Kelsen: la regla de la mayoría y la minoría”*(García Guerrero 2013: 20).

Es decir, las decisiones se adoptan por la voluntad de la mayoría, pero ello no implica desconocer la garantía de la libre participación e intervención de la minoría en igualdad de condiciones sobre asuntos que les atañen, que de ser el caso, inclusive podría llegar a ser mayoría; porque el principio democrático entraña la obligación de la protección de las minorías por parte del Estado, *“...quien asume un deber de tutela por su posición privilegiada de garante frente a los grupos vulnerables”* (Paredes Mejía 2017: 05). Esta postura teórica tiene especial conexión con la igualdad material o sustantiva *“...que se comienza a consolidar en la etapa actual del fin de las transiciones a la democracia, cuando la temática de la discriminación estructural se presenta con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH. (...) se desplaza hacia la noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales...”* (Abramovich 2009: 18); es decir, la noción de igualdad material dentro de la democracia constitucional es un objetivo sustancial al que nuestros Estados deben orientar sus acciones en pro de la persona humana y la defensa de su dignidad.

El contexto de discriminación estructural exige encontrar formas de arribar a la igualdad material de los grupos vulnerables dentro de nuestro Estado constitucional, el camino es difícil y requiere de la vigencia de principios jurídicos que permitan mejorar las condiciones de desigualdad que afrontan estos colectivos. En tal contexto, resulta fundamental entender que la vulnerabilidad fáctica que padecen los pueblos indígenas debe ser abordada desde la perspectiva del principio democrático constitucional de protección de las minorías, que en opinión del autor tiene su basamento en el principio *pro hómine* como máxima de interpretación sobre los derechos humanos en el marco normativo internacional; es por este motivo que esta investigación pretende justificar que el principio pro indígena es una expresión del proceso de especificación de los derechos humanos (Bobbio 1991: 01-257); asimismo, no debemos olvidar que los pueblos indígenas en esta fase buscan el reconocimiento de derechos diferenciados en función al grupo y a su pertenencia cultural (Kymlicka 1996: 72-75), por tanto exigen un auténtico reconocimiento de su cosmovisión dentro de la heterogeneidad de perspectivas del mundo y un espacio en el razonamiento constitucional, así como la necesidad de un trato preferente hacia la optimización de su sistema jurídico y prácticas culturales, dentro del respeto del “...*principio de daño, de equidad, políétnico y de autogobierno*” (Cornejo Amoretti 2019c: 21). Tales postulados son esenciales “...*para avanzar en la creación de sociedades más equitativas y democráticas*” (Dulitzky 2007: 15), en de países donde existe una gama variada de diversidad como el Perú.

El Estado social y democrático de derecho “...*ha favorecido dos fenómenos: i) una nueva construcción del principio de igualdad (real o material), y ii) el reconocimiento de un nuevo catálogo de derechos fundamentales que demandan efectivas prestaciones por parte del Estado*” (Pazo Pineda 2014: 33), por tanto el Estado asume un rol protagónico respecto a la protección de los derechos e impone límites a los poderes públicos y privados, es decir, ya no se habla propiamente de un Estado mínimo de corte liberal, sino de uno de carácter social que tiene por finalidad “...***garantizar la calidad de vida y, coherente con ello, proteger a la parte más débil de la relación social.*** Esto implica que en el moderno Estado de bienestar es imposible una separación estricta entre Derecho y moral. Justicia, razonabilidad, equidad son conceptos claves del sistema del Estado del bienestar y, por tanto, necesariamente también son criterios para las decisiones jurídicas” [el resaltado es propio] (Aulis 1990: 26), en este sentido, el derecho debe ser entendido como una herramienta de cambio social para “...*contribuir estratégicamente a la*



*construcción de sociedades más equitativas siempre que prestemos atención en descifrar y evidenciar los mecanismos y las relaciones de poder” (Salgado 2009: 176).*

En términos jurídicos, como se anota en el párrafo anterior, la cuestión parece sencilla; sin embargo, la tensión entre democracia, soberanía y globalización plantea un escenario sumamente complejo, por un lado tenemos que la democracia sustancialmente reconoce que:

*“...nadie tiene per se un derecho preferente a la dominación [colonialidad] y en el que el horizonte de los gobernantes no es la permanencia in aeternum en los cargos sino antes bien su sustitución y recambio [...]. La teoría constitucional en su interés por caracterizar el sistema democrático determina las siguientes exigencias: a) la legitimación democrática del poder – ‘...el poder corresponde al pueblo del que se recibe la delegación o mandato de autoridad, sin que exista derecho a la dominación propia por parte de ningún órgano del Estado’-, b) acceso a posiciones de autoridad – ‘por elección -parlamento o gobierno- o en los términos establecidos en las normas democráticamente elaboradas -jueces, administración’-, c) se ejerce con las limitaciones competenciales –competencias tazadas y concretas- y temporales –‘no existe legitimación permanente o ad aeternum, sino periódica y necesaria de renovación constante’-, y d) se ejerce en condiciones de publicidad y transparencia – ‘sometido a responsabilidad, control y crítica’-” (García Guerrero s/f: 101-102).*

Sin embargo, aparece el problema de entre democracia, soberanía y globalización como expone García Guerrero:

*“Hay también un bloque de problemas gravísimos en relación con el principio democrático, así en el libro ‘Paradoja de la globalización: Democracia y el futuro de la economía mundial’, Dani Rodrik que es constitucionalista y es quien más ha hecho por el derecho constitucional al advertir en su famoso trilema que los términos soberanía introducido libremente, principio democrático y globalización son incompatibles de tal forma que no se puede lograr un incremento de los tres factores, si se incrementa la soberanía disminuye la democracia, si se implementa la globalización disminuye la soberanía y la democracia, es una relación*

*interdependiente que uno de los tres factores puede generar un decrecimiento de los otros dos, y eso lo dijo en su famoso libro que es la paradoja de la globalización que está traducido al español y hay por tanto luego también habló del problema de la constitución económica” (García Guerrero 2017: 09).*

La realidad latinoamericana enfrenta problemas estructurales auténticos que tienen una interconexión con el modelo económico mundial predominante:

*“La globalización ha proporcionado una ventaja crucial a las empresas multinacionales en dos cuestiones muy importantes. Por un lado, en la pugna por distribuir la renta generada y negociar salarios y condiciones de trabajo, limitando las posibilidades del diálogo social y la negociación colectiva. Por otro, al debilitar sustancialmente el poder de los Estados para imponer reglas y aplicarlas a los grandes grupos empresariales que, en sentido contrario, refuerzan su influencia en terrenos tan importantes como impulsar reformas del mercado de trabajo, desregular mercados y operaciones financieras, recortar gasto público o privatizar la actividad económica rentable que realiza el sector público. Supone, en consecuencia, una reducción de las opciones que puede elegir la ciudadanía y, por tanto, el debilitamiento de la democracia. No puede extrañar que la globalización haya generado propuestas y corrientes antiglobalizadoras, tanto a diestra como a siniestra” [el subrayado es propio] (Flores s/f: 01).*

La relación antagónica entre globalización y democracia necesita encontrar un punto de equilibrio, donde se pueda priorizar la necesidad de la ciudadanía a través del diálogo y la negociación colectiva, “[s]u objetivo sería mantener una economía global razonablemente abierta que permita socializar y repartir con más equidad que ahora las ventajas que supone el comercio internacional, sin condicionar o forzar la voluntad de Estados y ciudadanía. Los fallos o errores que acompañan a los procesos de deliberación y decisión nacionales en materia de política económica no se deben intentar corregir imponiendo soluciones tecnocráticas globales, sino mejorando el debate público y la toma democrática de decisiones en cada país” (Flores s/f: 02), en este contexto, resulta importante considerar una real consolidación del “Estado de bienestar como concepto del humanismo [...] si el Estado interviene, el mercado puede

*ordenarse en favor de los pequeños [...] del mercado [...] el neoliberalismo está reñido por completo con la democracia porque el neoliberalismo es una política económica [...] para que los grandes sean cada vez más ricos y los chicos sean cada vez más pobres, los grandes cada vez son menos y los pobres cada vez son más, y esto no es democracia, la democracia no es para pocos”* (Feinmann 2014). Por eso resulta indispensable que el Estado constitucional cumpla imparcialmente su labor de limitación del todo tipo de poder constituye la esencia de las relaciones jurídico-políticas del Estado en nuestra época, para lo cual es necesario realizar constantemente elaboraciones teóricas que se contrasten con la realidad y superen el análisis de constitucionalidad/convencionalidad, mecanismos que no solo que permitan controlar los abusos que pueden presentarse en las relaciones sujeto-Estado, sino también sujeto-sujeto, es especial cuando se tratan de relaciones asimétricas.

El pluralismo jurídico surgió en un contexto donde confluyeron factores como: *“...la demanda indígena de reconocimiento del derecho propio, el desarrollo del derecho internacional sobre los derechos indígenas, la expansión del discurso del multiculturalismo y las reformas estructurales del Estado y la justicia”* (Yrigoyen Fajardo 2017b: 144), un contexto lleno de complejidades relacionados a la exigencia y reconocimiento de los derechos de los pueblos a nivel normativo y el fenómeno de la globalización que penetra en los Estados a partir de la década de los ochenta junto con las reformas constitucionales.

Por eso se debe considerar que el pluralismo jurídico *“...encuentra su justificación y fundamento, en la teoría de los hechos normativos es decir, en la teoría que ubica el poder jurídico en todas las comunidades que en un solo y mismo acto generan el derecho y fundan su existencia sobre el derecho, en las comunidades que, en otros términos, crean su ser generando el derecho que le sirve de fundamento”* (Díaz Ocampo 2015: 15), es decir, las condiciones sociales e históricas y la realidad fáctica deben ser el punto de partida a la hora de analizar la situación de los pueblos indígenas.

El marco conceptual desarrollado nos permite apreciar el alto grado de vulnerabilidad de los pueblos indígenas respecto del Estado peruano y el modelo económico vigente, donde predominantemente existen relaciones verticales de subordinación que los ubica en una posición de desventaja y los posiciona como un grupo de especial protección, dentro de un marco

económico global que busca reducir su autonomía al pretender ingresar a sus territorios para explotar recursos naturales. A partir de haber desentrañado la posición de vulnerabilidad en la realidad, el sistema constitucional tiene la directriz para que se pueda compensar ese desequilibrio en las relaciones jurídicas utilizando herramientas fundamentales como el principio pro indígena que contiene un enfoque de derechos humanos con visión de interculturalidad.

### **3.2- EL MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL PARA EL TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA INDÍGENA.**

El marco normativo constitucional que nos permite ingresar al análisis y tratamiento de la jurisdicción indígena se encuentra centralmente en el artículo 149° de la Constitución Política del Perú: “149°.- *Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y las demás instancias del Poder Judicial*” (Taboada Pilco 2014: 920). Este dispositivo normativo reconoce expresamente la autonomía jurisdiccional indígena sujeto al límite concreto del respecto irrestricto a los derechos fundamentales, y la necesidad establecer mecanismos de coordinación para resolver controversias entre la justicia indígena y la justicia estatal; sin embargo, por decisión del legislador hasta la fecha no se ha emitido la ley de coordinación, aspecto que ha sido abordado de modo no unánime por el Tribunal Constitucional sin que exista un criterio jurisdiccional vinculante sobre la materia.

Asimismo, el inciso 19 del artículo 2° de la Constitución prescribe: “*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...] 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad*” [el resaltado es propio]. Este articulado nos muestra que la identidad cultural diferenciada y la pluralidad se encuentran protegidas constitucionalmente y merecen ser optimizadas preferentemente en los conflictos que se puedan presentar con otros derechos o bienes constitucionales.

Entonces se puede señalar que los tratados internacionales, a los cuales alude la cuarta disposición final y transitoria, exigen la interpretación de los derechos fundamentales por parte de los órganos judiciales nacionales, ya sea directamente o a través de las sentencias, opiniones y reconocimientos internacionales que la justicia constitucional haya establecido para la tutela de los derechos humanos. De esta forma se cumple con los artículos 26° “*PACTA SUNT SERVANDA*’ *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” y 27° “*EL DERECHO INTERNO Y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46*” de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados de 1969, según los cuales un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado, y que todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes *-pacta sunt servanda-* y exige sea cumplido de buena fe (Landa Arroyo 2018: 334).

En este sentido, el marco normativo sobre los pueblos indígenas no se reduce a los artículos 2°.19 y 149° de la Constitución, sino además tenemos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha interpretado a partir del artículo 55°: “*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*” y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado: “*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*”, complementadas legalmente con el artículo V del título preliminar y 79 del Código Procesal Constitucional (Torres Zúñiga 2013: 27), que se puede aplicar en sede interna la normatividad internacional siempre que haya sido firmada y ratificada por el Estado peruano, lo que permite ampliar la visión o proyección de la interpretación para la mejor protección de los derechos de los pueblos indígenas, esto ha sido afirmado por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 2730-2006-PHC-TC en los siguientes términos: “*El Estado peruano no sólo ha ratificado la CADH (12 de julio 1978), sino que, en observancia de su art. 62.1 mediante instrumento de aceptación de fecha 21 de enero de 1981, ha reconocido como **obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la CIDH**, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido (art. 62.3) [FJ. 11]*” [el resaltado es propio]; es decir, es perfectamente aplicable la Convención Americana

sobre Derechos Humanos y cualquier otro tratado internacional sobre derechos humanos que es obligatorio por su carácter normativo y efecto vinculante:

*“Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (art. 55 de la Const.), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Const. –en cuanto dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos sobre derechos humanos ratificados por el Perú- exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder”* [el resaltado es propio] (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del expediente N° 2730-2006-PHC-TC, 2006: 09).

Asimismo, la sentencia del expediente N° 45-2004-PI/TC del Caso PROFA II, declara que los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado peruano tienen fuerza normativa y efecto vinculante directo, así como las decisiones emitidas por Tribunales Internacionales sobre derechos humanos. Así también el Tribunal Constitucional ha establecido:

*“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación, conforme a los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los*

*derechos de la Región (sentencia del Exp. 217-2002-PA/TC, fundamento 2)” [el resaltado es propio] (Landa Arroyo 2018: 193).*

En tal sentido, se puede apreciar que existe un abanico de normas nacionales e internacionales del sistema interamericano y universal que amplían favorablemente el marco normativo para que el ordenamiento nacional sea armonizado conforme a disposiciones e interpretaciones internacionales sobre derechos humanos, lo cual constituye un avance fundamental para la mejor protección de los derechos humanos indígenas en sede nacional; este planteamiento ha sido ratificado y postulado en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021:

*"Así, el artículo 55 de la Constitución Política del Perú establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Entre tales tratados se encuentra la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Ella instituye, en su artículo 27, que un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, incluyendo los convenios en materia de derechos humanos. Por su parte, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política establece que las normas relativas a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución se interpretan de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales que sobre la materia ha ratificado el Perú" (Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 2018: 18).*

Por tanto, el marco normativo constitucional e internacional configura lo que los internacionalistas han denominado el *corpus iuris internacional*. Asimismo, resulta sumamente relevante que nuestro Estado peruano ha emprendido una política nacional de derechos humanos, que está consolidado en un plan que identifica como uno de los grupos de especial protección a los pueblos indígenas:

*“Eso hace imprescindible priorizar los objetivos del plan en la atención de los grupos considerados de especial protección: población afrodescendiente y otros grupos étnicos; niños, niñas y adolescentes; personas adultas mayores; personas con*

*VIH/SIDA y TBC; personas privadas de libertad; **pueblos indígenas**; mujeres; personas con discapacidad; víctimas de la violencia entre 1980 y el año 2000; personas en situación de movilidad que incluye a migrantes, víctimas de trata y desplazados; personas LGBTI; trabajadoras y trabajadores del hogar y, finalmente, defensores y defensoras de derechos humanos [el resaltado es propio] (Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 2018: 20).*

Para los pueblos indígenas, también se ha especificado objetivos estratégicos orientados a la protección y respeto de sus derechos, uno de los cuales es:

*"OBJETIVO ESTRATÉGICO 1: Asegurar, con la implementación estatal de mecanismos legislativos y administrativos indispensables en el marco de la normativa y jurisprudencia nacional e internacional, el ejercicio de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas y sus integrantes. **Los pueblos indígenas son titulares de derechos individuales y colectivos reconocidos en normas internacionales y constitucionales. En consecuencia, el Estado peruano está obligado a la adopción de medidas legales y administrativas para hacerlos efectivos. Su concreción permite a estas personas gozar de una forma de vida asumida libremente, basada en la diversidad cultural y en la igual dignidad"** [el subrayado y resaltado es propio] (Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021: 2018: 130).*

En este sentido, podemos apreciar que existen variados marcos normativos nacionales e internacionales que pueden permitirnos evaluar mejores parámetros de protección de los derechos de los pueblos indígenas por ser considerados:

*“Un grupo de especial protección [...] constituye un colectivo de personas que no necesariamente han entablado relaciones directas entre sí pero están vinculadas por su situación de potencial o real afectación a sus derechos, lo que puede conllevar: i) su sometimiento a un estado de vulnerabilidad temporal o permanente, ii) una necesidad de que se asegure su existencia o la preservación inmediata e su integridad física y mental a través de medidas institucionales o iii) la sujeción a*



*condiciones de trato desigual y discriminatorio que es resultado del ejercicio de un fenómeno de abuso de poder que puede llegar a considerarse "normalizado" socialmente"* (Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 2018: 20).

Los cuales están siendo complementados de manera importante por los objetivos de desarrollo sostenible a través de políticas transversales y articulación multisectorial, que resultan esenciales pero no serán ahondados en el presente trabajo por razones obvias.

Volviendo al artículo 149° de la Constitución, al tratarse de un dispositivo normativo constitucional posee fuerza normativa vinculante para los poderes públicos y privados, por tanto la jurisdicción indígena es un valor constitucional que se debe proteger en nuestra democracia constitucional como exigencia del principio de protección de las minorías. Así este articulado:

*"...incorpora con mucha audacia el derecho consuetudinario para una justicia eminentemente legalista como la peruana. Como se sabe, en nuestro ordenamiento legal el uso del derecho consuetudinario es permitido solamente como fuente accesoria de aplicación. El paso que da la Constitución, en el sentido de permitir a [...] organizaciones comunales ejercer funciones jurisdiccionales mediante el derecho consuetudinario, es innovador [...]. No obstante, es el reconocimiento a una modalidad de justicia que en muchos aspectos ha funcionado bien en las comunidades y otras formas de organización correspondientes a la diversidad cultural del Perú"* (Bernaes Ballesteros 2012: 716).

Si bien, pueden existir posturas como las del precitado autor orientadas a que constituiría un peligro dar tanta amplitud al reconocimiento de la jurisdicción indígena; sin embargo, pese a no compartir este punto de vista, sí resulta notable el reconocimiento jurídico que se hace de la diversidad para un mejor tratamiento acorde a los derechos humanos, además este enunciado normativo nos plantea el cambio de paradigma que reconoce a la costumbre como fuente de derecho principal y no subsidiaria para el tratamiento de la justicia indígena.

La presente investigación sí considera apropiado el reconocimiento amplio de las funciones jurisdiccionales a los pueblos indígenas porque constituye garantía de su igual dignidad

colectiva y la exigencia de la garantía de representación democrática intercultural auténtica, ya que: “...el reconocimiento constitucional de la existencia de hecho de varios sistemas jurídicos al interior de un Estado es el primer paso para posibilitar una articulación democrática de la diversidad” (Yrigoyen Fajardo 2007: 380).

En Perú el artículo 149° “...de la Constitución reconoce la llamada ‘jurisdicción especial’, ejercida por los pueblos originarios, a la par que la ‘jurisdicción ordinaria’, ejercida por el Poder Judicial. Ello legitima constitucionalmente las ‘funciones jurisdiccionales’ de las autoridades de pueblos originarios (comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas), dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su propio derecho consuetudinario, con el único límite de no violar los derechos de la persona” (Yrigoyen Fajardo 2017a: 14); este marco normativo establece mínimos materiales que se deben respetar, los cuales han sido acogidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tomando la misma de la Corte Constitucional Colombiana que están referidos a: “...**no matar, no esclavizar, no torturar y que haya una cierta previsibilidad de la pena, siguiendo su propio derecho.** Este es un claro ejemplo de cómo la interpretación de los jueces puede salvar las deficiencias de textos constitucionales cuya interpretación restrictiva negaría el propósito constitucional de reconocer el pluralismo legal” [el subrayado y resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2007: 385). Así vemos que tales mínimos sustantivos han sido considerados en función a la comparación con otras sociedades en función a qué es lo que no está permitido dentro de nuestras sociedades contemporáneas.

La Constitución de 1993:

“[S]i bien reconoció por un lado el carácter pluricultural del Estado y el pluralismo jurídico, por otro eliminó las garantías de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que tenían las tierras indígenas desde las Constituciones de 1920 y 1930. En la práctica, esto posibilitó que un gran número de corporaciones transnacionales se instalaran en los territorios indígenas para realizar actividades extractivas, dando lugar a nuevas formas de despojo territorial bastante similares a las del siglo XIX. Es decir que la simultánea adopción de planteamientos neoliberales y derechos indígenas en las Constituciones, entre otros factores, tuvo

*como consecuencia práctica la neutralización de los nuevos derechos conquistados. Súmense a esto otros factores como violencia interna, las acciones de poderes materiales locales, el narcotráfico, los paramilitares, etc.” (Yrigoyen Fajardo 2017b: 143).*

Aspecto que nos permiten vislumbrar el punto nodal de la dificultad del reconocimiento pleno de la justicia indígena como una jurisdicción especial al igual que la justicia ordinaria, es un problema complejo y de mayor escala porque tal posicionamiento constitucional de los pueblos indígenas y la política económica neoliberal, ha generado que preferentemente las actividades extractivas sean adoptadas por el Estado sin o con deficiente consulta previa, lo cual genera un efecto negativo a nivel interno en los pueblos indígenas que los condiciona cada vez más y les reduce grados de autonomía considerables, por ese motivo el camino a seguir nos exige consolidar “...procesos de coordinación o compatibilización entre ambos sistemas, desde una perspectiva de diálogo democrático y no de represión” (Yrigoyen Fajardo 1999: 10), como estrategia para arribar a una protección intercultural refozada a través de

Por estos motivos, los artículos precitados constituyen dispositivos normativos que deben permitir enfrentar la interpretación sobre asuntos de justicia indígena en el Perú, siempre con una orientación hacia la protección de los pueblos indígenas en mérito al principio *pro hómine* por la garantía del:

*“[d]erecho a la diversidad cultural, a la propia identidad, al uso del propio idioma, a la práctica de la propia vida cultural y de la propia religión, también es un derecho consagrado universalmente, entre otros, (artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU). El derecho a la igualdad evita la discriminación y permite el acceso de todos a las mismas oportunidades y derechos económicos y políticos, para el desarrollo personal y colectivo, pero no impide ni menos puede reprimir el derecho a la diferencia cultural” (Yrigoyen Fajardo 1999: 08).*

El principio *pro hómine* o *pro persona* tiene su reconocimiento normativo en el artículo 29° de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe:

*“Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.*

A través del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se positiviza el principio *pro homine* que debe ser aplicado:

*“...en caso de duda sobre qué norma que regula o reconoce derechos humanos deba aplicarse, ya sea de derecho constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno; debe preferirse aquella que mejor proteja a la persona y que le permita gozar de una mejor manera, su derecho, en una aplicación coherente con los valores y principios que conforman la base de todo ordenamiento jurídico (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-251/97 de 28 de mayo de 1997)”* (citado por Aguirre Arango s/f: 76).

Es decir, vemos que este principio tiene como fundamento la igual dignidad y se erige como una norma jurídica en clave de principio que busca dar una preferencia interpretativa a favor de la protección de los derechos humanos, por ese motivo tiene carácter vinculante, ***“[d]e esta manera si el objeto y fin de los tratados internaciones es preservar la dignidad humana, cualquier aplicación de sus normas debe orientarse a esto en desmedro de cualquier medida que pretenda restringir o limitar, sin justificación válida, de sus derechos”*** [el resaltado es propio] (Salmón 2019: 214).

Para la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “...*el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema*” (Salmón 2019: 214), es decir, de la multiplicidad de interpretaciones que se pueda dar de un dispositivo normativo, siempre se debe elegir la más protectora para la persona o el grupo vulnerable como lo pueden ser los pueblos indígenas, es decir, “...*debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana (OC 5/85)*” (García Roca y Dalla Vía 2015: 248).

Ahora bien, el principio pro indígena como expresión concreta del principio *pro hómīne* debería “[apuntar] a una interpretación restrictiva de cualquiera disposición que restinga derechos [...]. **Estos tratados apuestan, en consecuencia, por la interpretación más favorable al individuo, incluso cuando hacerlo implique elegir la norma interna frente a la internacional.** Esta característica, que se conduce con el carácter siempre mínimo de los tratados de derechos humanos, representa el punto de partida y consagración convencional de la exigencia de interpretación *pro persona* de las normas de derechos humanos” [el resaltado es propio] (Salmón 2019: 214-215); de este modo, se puede afirmar que debe primar la interpretación más protectora de los derechos de los pueblos indígenas en un conflicto entre la justicia indígena y la justicia estatal.

En este escenario, ajustar el marco normativo nacional sobre la jurisdicción indígena, a partir del parámetro convencional existente en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y criterios jurisprudenciales nacionales a estándares internacionales sobre la protección de los derechos de los pueblos originarios; en mérito a que se trata del sistema de fuentes de carácter obligatorio, que no solo están regidas por argumentos de autoridad, sino en especial, por las sustentan razones sustantivas que protegen a los pueblos originarios frente a cualquier discriminación fáctica. Resulta “...*necesario ser lo más tolerante posible para alcanzar un alto grado de comprensión de tal contexto y promover el respeto de su diversidad, aplicando criterios o técnicas flexibles y creativas que ayuden a convencer o convencernos de que la concepción de los derechos fundamentales puede cambiar en nuestros respectivos grupos humanos*” (Peña Jumpa 2009: 285).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 1° prescribe: “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”, este artículo es la piedra angular que respalda las exigencias de autonomía que los pueblos indígenas exigen para resolver sus propios conflictos sociales al interior de su propiedad territorial bajo criterios de competencia, asimismo, en este mismo cuerpo normativo en el artículo 27° se expone: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”, el cual sin duda constituye el marco jurídico que refuerza a la autonomía de la justicia indígena.

Una interpretación convencional permite ampliar el ámbito normativo de acción también al Convenio Internacional 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual como fuente normativa principal contribuirá a configurar criterios materiales y procedimentales que junto con los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la autonomía jurisdiccional indígena, aportarán para complementar y enriquecer la discusión nacional sobre el asunto; en mérito a la ausencia de una ley de coordinación y la uniformidad de criterios jurisdiccionales sobre el asunto investigado.

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 (número 169):

*“...es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989. El Convenio refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados-nación en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos. **El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo. El objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas.** Por lo tanto,*

*los principios fundamentales de consulta y participación constituyen la piedra angular del Convenio*” [el subrayado y resaltado es propio] (Organización Internacional del Trabajo 2013:11).

El Estado peruano se firmó el “...*Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, [y fue] ratificado mediante Resolución Legislativa 26253 el 2 de febrero de 1994, como el más importante instrumento internacional de reconocimiento y vigencia de derechos como individuos y como colectivos culturalmente diferenciadas de sus respectivas sociedades nacionales. Al haber sido ratificado por el Estado, tiene carácter vinculante y por consecuencia la obligatoriedad de adecuar las normas internas al convenio en concordancia con la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política del Estado*” (Chuecas Cabrera s/f: 10), lo cual hace que sus disposiciones normativas sean directamente aplicables a nuestro país.

El Convenio 169 de la OIT reconoce: “...*el derecho de los pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los derechos humanos y fundamentales (artículo 8.2). La Constitución peruana es la única que guarda consistencia con el Convenio al establecer que la jurisdicción especial no debe vulnerar los derechos de la persona (artículo 149), mientras que las demás Constituciones andinas son más restrictivas: limitan el reconocimiento de la jurisdicción o justicia indígena a no contradecir “la Constitución y las leyes”. Y Venezuela va más allá al incluir el orden público*” [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2017b: 147-148). Este convenio supera la “...*restricción establecida por el Convenio 107 de 1957. Esto es, que el derecho consuetudinario indígena no debía afectar las políticas de integración que los Estados podían imponer a los pueblos indígenas*” (Yrigoyen Fajardo 2017b: 144). Aspecto fundamental que constituye una ventaja para encontrar mejores estrategias para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la OIT para identificar a los pueblos indígenas establece criterios objetivos o subjetivos que permitan acreditar su titularidad:

*“En cuanto a los criterios objetivos, a) Se trata de pueblos que descienden de poblaciones que existían en la época de la Conquista, colonización o antes de la demarcación de las fronteras nacionales actuales. (Es decir, de pueblos que pre-*

*existen a los estados actuales) b) Y que conservan, en todo o en parte, sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas. (Por ejemplo, ciertas formas de organización, idiomas, etc.) c) Cualquiera que sea su situación jurídica (reconocidos, registrados, titulados o no)” (Yrigoyen Fajardo 2009: 02).*

Es decir, para poder ser identificado como pueblo indígena y gozar de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, no solo exige que como hecho histórico se descienda de pueblos originarios y se conserven instituciones propias como hecho actual, sino también el criterio subjetivo permite que éstos “...se autoidentifiquen como indígenas. Es decir, que ellos mismos consideren que: (a) descienden de pueblos originarios y (b) que tienen una identidad e instituciones propias, al margen del nombre o estatuto jurídico que tengan” (Yrigoyen Fajardo 2009: 02), lo cual favorece que estos colectivos no sean excluidos por normas estatales que les imponen nomenclaturas diversas como ha ocurrido en el Perú: comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas, etc.

Entre los derechos relevantes para esta investigación que reconoce el Convenio 169 de la OIT tenemos:

*“Derecho al control de sus propias instituciones, a su propio derecho consuetudinario, instituciones, sistema de justicia y métodos de persecución de delitos, respetando derechos humanos (art. 8 y 9).*

*Derechos ante la justicia ordinaria y procedimientos legales: consideración de la cultura, aplicación de sanciones alternativas al encarcelamiento, defensa legal y protección contra violaciones de derechos, y uso de idiomas indígenas mediante intérpretes u otros medios (justicia bilingüe) (art. 10 y 12)” (Yrigoyen Fajardo 2009: 04).*

Otro instrumento internacional específico sobre el derecho de los pueblos indígenas es:

*“La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP) fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2007, después de más de 20 años de negociaciones entre los pueblos indígenas y los Estados. La UNDRIP es la más reciente y más plena expresión de las aspiraciones de los pueblos indígenas. En tanto que declaración, la UNDRIP no tiene la fuerza vinculante de un*



*tratado. Sin embargo, la UNDRIP fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y debe ser considerada de buena fe por todos los Estados Miembros de la ONU. La UNDRIP no establece nuevos derechos, sino que más bien refleja la articulación de derechos existentes en el contexto de los pueblos indígenas. Las disposiciones de la UNDRIP y del Convenio núm. 169 se complementan mutuamente. Sin embargo, la UNDRIP aborda otros temas que no fueron incluidos en el Convenio núm. 169, tales como la militarización de las tierras indígenas y la protección de los conocimientos tradicionales. **La UNDRIP afirma explícitamente el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación, mientras que el Convenio núm. 169 no incluye una disposición de tal tenor. El Convenio núm. 169 establece explícitamente los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta y la autogestión**".*

El grado de control reconocido a los pueblos indígenas de sus propias instituciones les permite amplios marcos de autonomía para definir cómo resolver los conflictos dentro de la comunidad, y en caso exista un procedimiento legal de un miembro indígena dentro de la justicia estatal, se deberá tener en consideración su cultura para que se garantice su derecho a la defensa y se interprete interculturalmente las normas y hechos a su favor.

En este sentido, a partir de la norma nacional, y la norma y jurisprudencia internacional se puede concluir que el pluralismo jurídico igualitario, entendido como la igualdad entre sistemas jurídicos estatales y no estatales; y la necesidad de un diálogo e interpretación intercultural de la norma y los hechos, exigen una participación de los pueblos indígenas en igualdad de condiciones en el debate público, en especial sobre los asuntos que les son relevantes o les afectan, por tal motivo no se puede reducir al punto de desaparecer su autonomía jurisdiccional, o asignarles casos que solo son sencillos o simples, tampoco es posición del trabajo se pueda utilizar los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como por ejemplo el arbitraje pues no nos encontramos frente a partes que se encuentren en la misma posición, es decir, la desigualdad estructural que padecen los pueblos indígenas no podría ser traducida en esta, debido a que, la premisa de la que parte el arbitraje es que los participantes se encuentran en la misma situación jurídica sin que existan asimetría en las relaciones entre ambos, lo que no ocurre en situaciones donde existe conflicto entre justicia indígena y justicia estatal, dado que persisten

relaciones de dominación colonial que no podrían ser atendidas de modo equitativo por este mecanismo de solución de conflictos; en tal contexto, el reconocimiento de la justicia indígena como jurisdicción especial sometida al control del control constitucional de los tribunales constituye el lineamiento que se refuerza con lo desarrollado.

También se puede mencionar que cualquier conducta que interfiera en el ejercicio de la jurisdicción especial indígena debe como mínimo ser consultados y tener la preferencia sobre asuntos de su justicia, esto es necesario en una democracia constitucional para arribar a una democracia sustantiva que pueda maximizar el valor constitucional de la autonomía de la justicia de los pueblos indígenas. Por eso, las variables de estudio referidas al pluralismo jurídico del horizonte igualitario y diálogo intercultural horizontal son necesarias, pero no suficientes porque debe haber pautas claras o por lo menos directrices que orienten las decisiones; sin embargo, no se puede negar que partir de planteamientos igualitarios y preferentes permiten un tratamiento y abordaje apropiado de la diversidad cultural en nuestro país, que finalmente debe desencadenar en un principio jurídico que proteja la diferencia cultural colectiva e incline la balanza a favor de su protección, se está hablando del principio pro indígena.

### **3.3- EL PRINCIPIO PRO INDÍGENA COMO UNA ESPECIFICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO HOMINE PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS.**

El artículo 35° del Convenio 169 de la OIT prescribe: “*Artículo 35. La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales*”, del contenido de esta disposición se puede entrever que la fórmula es parecida a la establecida en el artículo 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que regula el principio *pro hómine*. En este sentido, para la autora Raquel Yrigoyen Fajardo:

*“...cabe nuevamente subrayar la necesidad de hacer una interpretación sistemática, teleológica y progresiva. Aquí cabe añadir que, en caso de duda o problemas de interpretación entre normas aplicables a pueblos indígenas, el propio Convenio 169 de la OIT ofrece un principio de interpretación que podemos llamar pro indígena.*”

***El artículo 35 del Convenio establece que, en su aplicación, priman las normas que otorgan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, sin importar la jerarquía de la fuente***” [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2007: 387).

Este principio pro indígena ha sido desarrollado por la autora María Elena Attard quien considera que la interpretación se debe dar a favor de los pueblos originarios cuando se enfrentan aspectos problemáticos entre la justicia indígena y la justicia estatal, así lo ha remarcado la jurisprudencia del Tribunal Plurinacional boliviano.

*“Aplicación de la norma más favorable. Por el principio de progresividad de los derechos humanos, siempre rigen las normas que otorgan más derechos y ventajas a las personas y colectivos protegidos por dichas normas. Este es el llamado principio pro-hóminis. El Convenio 169, recoge este principio en su artículo 35 en virtud del cual se deben aplicar las normas (ya sea internacionales o nacionales) o incluso las costumbres, recomendaciones, laudos o acuerdos nacionales que otorguen más derechos y ventajas a los pueblos indígenas”* [el subrayado y resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2009: 05).

El principio pro indígena reconocido en el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT:

*“...se pone en el supuesto de que normas de inferior jerarquía al Convenio puedan otorgar más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, por lo cual primarían dichas normas o, incluso, acuerdos nacionales o costumbres, con lo que sienta un principio pro-indígena en la interpretación de normas. Es decir, más allá de la jerarquía de la fuente, lo que prima es la norma, acuerdo o, incluso, costumbre por su contenido material, en tanto otorgue más derecho y ventajas a dichos pueblos”* [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2007: 387-388).

El principio pro indígena debe ser entendido como una norma jurídica rectora en clave de principio que busca optimizar la autonomía jurisdiccional indígena dentro del conflicto con la justicia estatal; esto debido a que tiene el respaldo convencional del principio democrático constitucional de protección de las minorías (Art. 27° PIDCP) postula un especial resguardo de

los pueblos indígenas en relación con las mayorías, el cual busca evitar se perpetúe la continua discriminación estructural que padecen como grupos vulnerables, esto exige implementar un abanico de “...derechos diferenciados en función del grupo [que] se otorgan en virtud de la pertenencia cultural” (Kymlicka, Will 1996: 36); por este motivo el Convenio 169 de la OIT exige que en sede nacional los jueces cumplan con:

*“Respetar y garantizar que los pueblos indígenas puedan aplicar su derecho consuetudinario y sus métodos propios de control de delitos. En consecuencia, no cabe que las cortes criminalicen a indígenas sólo por aplicar su justicia o sus normas. Y, en caso de haber conflicto entre el derecho consuetudinario indígena y algún derecho humano o derecho fundamental, deberán establecerse procedimientos adecuados para resolver tales conflictos. Aquí, por ejemplo, podría acordarse con los pueblos indígenas mecanismos mixtos interculturales de coordinación que busquen atender los derechos individuales, sin vulnerar la integridad y derechos colectivos de los pueblos indígenas ni los derechos humanos a los que se refiere el artículo 8 del Convenio”.*

En este dispositivo convencional vemos que la regulación está orientada a que se respete la jurisdicción indígena y sus mecanismos para resolver sus conflictos, sin que el Estado criminalice a las autoridades indígenas; sin embargo, en el Perú existen investigaciones múltiples a autoridades y miembros de los pueblos indígenas por delitos de abuso de autoridad, secuestro, usurpación de funciones, etc., pese a que éstos solo se encontraban ejerciendo funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, lo cual demuestra que todavía no se logra entender la cosmovisión que guía los procedimientos y métodos en la justicia indígena, así como se hace evidente que existe una la justicia estatal que busca controlar y fiscalizar lo resuelto por la justicia indígena, lo que constituye una muestra clara de un pluralismo jurídico subordinado en los hechos que este trabajo no considera apropiado.

Un argumento que refuerza la autonomía de la jurisdicción indígena la encontramos en un pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana:

*“Teniendo en cuenta esta definición (que no pretende ser sino una aproximación a lo que puede entenderse por ‘etnia’), el desarrollo del principio de la diversidad*

*cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de **la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas** y, por lo tanto, la de la **minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía**” [el resaltado es propio] (Corte Constitucional Colombiana en el Expediente T-83456 1996: 06).*

En materia penal existen los mecanismos de defensa que pueden accionarse para atacar interferencias en el ejercicio de la jurisdicción indígena por otras autoridades, las cuales excluirán cualquier presunta responsabilidad de las autoridades indígenas:

*“...el artículo 15 del Código Penal, cabe recordar que este se dio antes de la reforma constitucional de 1993 como una forma de descriminalizar las prácticas culturales indígenas, que tenían un tratamiento etnocéntrico y peyorativo por el Código Penal de 1924. Dicho artículo permite eximir de pena a quienes, por su cultura o costumbres, no pueden comprender el carácter delictuoso de sus actos o determinarse de acuerdo a dicha comprensión. Este artículo permitía paliar la falta de reconocimiento del pluralismo de culturas y sistemas legales que de hecho existían en el país, con lo que se evitaba su descriminalización. Con la reforma constitucional de 1993, lo que antes era delito ha dejado de serlo en lo que respecta a las prácticas culturales y jurídicas de los pueblos, comunidades indígenas o campesinas, y rondas” (Yrigoyen Fajardo 2007: 401).*

En caso se presente en un caso concreto la detención o investigación de autoridades que ejercieron función jurisdiccional indígena:

*“En el plano penal, cabría la interposición de varios tipos de acciones. Una de ellas, en el caso de procesamiento de autoridades de la jurisdicción especial por presunto delito de secuestro, es la **«excepción de naturaleza de la acción»**, como explico más adelante. Otra es **la justificación por ejercicio legítimo de un derecho** (anotado antes y sostenido por la Corte Suprema). No cabe descartar tampoco, en caso conveniente, la aplicación del **artículo 15 del Código Penal para la exoneración de***

*pena por costumbre o cultura*” [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2007: 392).

Con el Código Procesal Penal de 2004 se ha avanzado sobre la determinación de las competencias entre la justicia penal ordinaria y la justicia indígena, en el: “*Artículo 18°.- La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer: [...] 3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución*”, por tanto, existe respaldo normativo constitucional y legal que refuerza la competencia de la jurisdicción especial indígena para resolver sus propios asuntos.

Asimismo, “...*cabría interponer acciones de hábeas corpus a favor de las personas procesadas, encarceladas, condenadas o requisitorizadas por ejercer tales funciones jurisdiccionales, pues queda claro que la acción penal en su contra carece de base legal y es, a todas, luces arbitraria. El ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las rondas se basa en un derecho constitucional y el procesamiento penal por tal motivo deviene arbitrario*” (Yrigoyen Fajardo 2007: 392), como vemos el ejercicio de la función jurisdiccional tiene sustento y respaldo constitucional que puede ser declarado por la justicia ordinaria en lo penal o justicia constitucional, según sea el caso esta última a través del Tribunal Constitucional cumple roles importantes como el de inclusión social de los pueblos indígenas y reconciliación de nuestro legado indígena (Sosa Sacio 2017: 80)

La identidad cultural colectiva de los pueblos indígenas debe ser entendida como un derecho diferenciado que debe ser abordada como una cuestión de "ciudadanía diferenciada" (Kymlicka 1996: 59) protegida y valorada conforme exige el principio de igualdad y no discriminación que tiene su fundamento en la dignidad. Así se reconoce “...*el igual valor de todas las diferencias personales, comenzando por las diferencias culturales, que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras*” (Ferrajoli 2008: 38), en especial diferencias culturales colectivas que “...*son leyes del más débil que tutelan a la persona también contra la propia cultura*” (Ferrajoli 2008: 41-42), la diferencia cultural individual y colectiva debe merecer una reforzada protección constitucional por constituir una característica o rasgo homogéneo entre quienes lo comparten, y “...*exigen el reconocimiento de su identidad y a la acomodación de sus diferencias culturales*” (Kymlicka

1996: 29), estos grupos minoritarios buscan que las instituciones y leyes de la sociedad sean más permeables a sus diferencias culturales.

Uno de los aspectos relevantes de los estudios jurídicos culturales que puede permitir entender de mejor modo el tema de investigación tiene que ver con el reconocimiento de derechos diferenciados en función al grupo, para lo cual es necesario remitirnos a conceptos de protecciones externas y restricciones internas, “[las] primeras exigencias tienen el propósito de mantener los derechos, liberales y las instituciones democráticas [conformar el jurado o votar] y las segundas restringir estos derechos en nombre de la tradición cultural o en la ortodoxia religiosa [ir a una determinada iglesia o seguir los roles de género] (Kymlicka 1996: 59), esto nos permite evidenciar que en la interrelación entre culturas cada una de ellas crea mecanismos de protección para evitar injerencias externas y que en su interior puedan pervivir tradiciones propias del pueblo indígena como una estrategia de supervivencia de la comunidad.

Las protecciones externas tienen por finalidad “...asegurar que la gente pueda mantener su forma de vida si así lo desea, así como que las decisiones de las personas ajenas a la comunidad no les permitan hacerlo” (Kymlicka 1996: 67), es decir, se debe concebirlas como medidas que fomentan la libertad, contribuyen a la equidad entre grupos y reducen la vulnerabilidad de los colectivos indígenas, tales protecciones externas entendidas como derechos que “...no tienen que ver con la primacía de las comunidades sobre los individuos, **sino más bien se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes**” [el resaltado es propio] (Kymlicka 1996: 76).

De otro lado, tenemos que el objetivo de las restricciones internas “...es forzar a la gente a mantener su forma de vida tradicional, aun cuando no opten por ella voluntariamente porque consideran más atractivo otro tipo de vida. En ambos casos, podría decirse que el objetivo es limitar las ‘influencias externas’” (Kymlicka 1996: 67), al respecto, debemos entender que muchas de las prácticas tradicionales indígenas pueden constituir intervenciones importantes en la libertad de los miembros de la comunidad, para lo cual se deberá evaluar en cada caso concreto cual es la connotación de esa exigencia cultural dentro del pueblo indígena, para que finalmente puedan ponderarse otorgando escrutinios estrictos a su favor como una forma de reforzar derechos culturales de la comunidad, pues lo que estos grupos pretenden “...es

*asegurarse de que el conjunto de la sociedad no les privará de las condiciones necesarias para su supervivencia, no controlar la medida en que sus propios miembros se adhieren a prácticas poco tradicionales u ortodoxas" (Kymlicka 1996: 61).*

Estas restricciones internas *"...implican relaciones intragrupales: el grupo y nacional puede pretender usar el poder del Estado, para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad del grupo"* (Kymlicka 1996: 58), por ese motivo, debemos establecer un escrutinio estricto:

***"El escrutinio estricto, que proviene de la jurisprudencia norteamericana sobre el principio de la igualdad gestada en la década de los años sesenta del siglo pasado se desarrolló a partir de la constatación de que el racional basis-test no era adecuado para el escrutinio de los tratos diferenciados que afectaban a grupos que habían sido tradicionalmente discriminados y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial de parte del estado norteamericano. El escrutinio estricto se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos como la raza, la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía. La Corte Colombiana aplicó el escrutinio estricto a los criterios potencialmente discriminatorios, considerando tales los que aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados constitucionalmente, los que restringen derechos fundamentales y los que afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en debilidad manifiesta, con especial deber de protección de parte del Estado, a ellos se han agregado, aquellas diferenciaciones que se fundan en rasgos permanentes de las personas de las cuales ellas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad, las que afectan a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias, y aquellos que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales"*** [el resaltado es propio] (Nogueira Alcalá 2006: 87).

Un escrutinio más riguroso resulta indispensable para garantizar la igualdad material de los grupos vulnerables en contextos de interculturalidad, porque *"las cláusulas específicas de igualdad, y en especial las que establecen categorías sospechosas, tienden a asociarse a un escrutinio judicial más estricto que el aplicable a cláusulas generales de igualdad. En otras*



*palabras, debido a que la Constitución demuestra una preocupación especial frente al empleo de estas ‘categorías sospechosas’ para hacer distinciones, aquel debe ser particularmente bien justificado”* [el resaltado es propio] (Díaz de Valdés J. 2015: 167) a favor de la optimización de las prácticas culturales de los pueblos indígenas siempre que sean razonables y proporcionales, así como compatibles con el respeto de los demás derechos fundamentales que los limitan, pues el enfoque de derechos humanos resulta indispensable para romper relaciones asimétricas que generan abuso de poder entre los grupos, todo en virtud al “...*principio de igualdad, tal como suele estar establecido en las normas constitucionales, es precisamente una norma, o sea una convención, estipulada justamente para valorar todas las diferencias de identidad*” (Ferrajoli 2018: 38), cuyo principal aporte está referido al reconocimiento del “...*igual valor de las diferencias personales, comenzando por las diferencias culturales*” (Ferrajoli 2018: 38), el cual permite superar la noción de igualdad formal para arribar a la igualdad material que constitucionalmente reconoce y protege la diferencia cultural.

Una muestra clara de un escrutinio estricto ha sido desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T-349/96, donde se postula el principio de maximización de la autonomía indígena, la cual exige la optimización favorable y su restricción en lo mínimo posible, cuando:

*“Estas restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, según lo expuesto anteriormente, porque: a) se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y b) se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”* (Corte Constitucional Colombiana en el Expediente T-83456 1996: 09).

En este contexto, tanto las protecciones externas como las restricciones internas contribuyen a la supervivencia del grupo minoritario porque facilitan que conserven las tradiciones culturales propias y se armonicen con el respeto al ordenamiento jurídico. Resulta fundamental entender que la vulnerabilidad fáctica que padecen las minorías por la discriminación histórica y estructural, busca ser compensada con el principio democrático

constitucional de protección de las minorías, que exige el establecimiento de derechos diferenciados en función al grupo en virtud de la pertenencia cultural (Kymlicka 1996: 72-75) y, por tanto, exigen un trato preferente hacia la optimización de los derechos y prácticas culturales de estos grupos.

Así los pocos mecanismos para reivindicar sus diferencias culturales son el reconocimiento de los derechos poliétnicos:

*“Estas medidas en función del grupo de pertenencia, que denomino ‘derechos poliétnicos’, tienen como objetivos ayudar a los grupos étnicos y a las minorías religiosas a que expresen su particularidad y su orgullo cultural sin que ello obstaculice su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante. Al igual que los derechos de autogobierno, los derechos poliétnicos no se consideran temporales, puesto que las diferencias culturales que se protegen, no son algo que se pretenda eliminar”* (Kymlicka, Will 1996: 53).

En especial porque subsisten rasgos de relaciones de colonialidad en nuestro ámbito latinoamericano que representa:

*“...un proceso arraigado de dominación cultural y de trasplante acrítico de doctrinas e instituciones jurídicas foráneas, se hace evidente la tensión existente entre la dogmática que hemos heredado o reformulado, los derechos fundamentales (y sobre todo los sociales) como reivindicaciones sociales y políticas, y las carencias sociohistóricas de gran parte de la población de nuestra región, que vive en situación de precariedad o con muchas de sus necesidades básicas insatisfechas”* (SOSA SACIO, Juan Manuel 2017: 67).

Por esta razón, necesitamos pensar nuestra realidad ya que *“...es precisamente la total heterogeneidad y la natural conflictividad entre culturas y valores distintos, lo que conforma el fundamento racional, hobbesiano, del constitucionalismo de los derechos, así como de la recíproca garantía de las diferencias, como condiciones para la convivencia pacífica y como alternativas a la guerra”* (Ferrajoli 2008: 44), así la diferencia es sumamente valorada por el

constitucionalismo debido a que es una expresión de la diversidad que exige el reconocimiento y protección plena a partir de la igualdad constitucional.

También los jueces en: “...*procedimientos legales de indígenas, [deben] garantizar que comprendan los mismos y se hagan comprender, si fuera necesario mediante intérpretes o funcionarios bilingües. En caso de juzgamiento de indígenas por la jurisdicción ordinaria se debe garantizar defensa idónea e intérpretes, considerar la cultura y condiciones socio-económicas, y preferir penas alternativas a la prisión*” (Yrigoyen Fajardo 2009: 07), aquí vemos la necesidad que la justicia estatal supere las barreras del lenguaje y la diversidad cultural cuando se procede a miembros de los pueblos indígenas, incluso buscando se prefiera penas diferentes a la privación de libertad, que sean compatible con la perspectiva indígena o que se pueda disminuir las sanciones conforme al Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116. En este sentido, es necesario hacer entender a los jueces de la jurisdicción ordinaria y funcionarios públicos que:

*“La jurisdicción especial comprende todas las potestades que tiene cualquier jurisdicción: notio, iudicium, imperium o coercio. Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (notio); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (iudicium), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos, tales como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (coercio o imperium)”* (Yrigoyen Fajardo 2004: 176)

En ese punto, se debe desterrar el “...*temor al principio “pro jurisdicción indígena”, que indica que la justicia indígena prevalecerá sobre lo ordinario. Espero no ver llegar el día en que un delincuente sea aprehendido por algún delito que cause profunda alarma social, y durante su proceso penal, presente alguna prueba o certificación de “juzgamiento” previo mediante justicia indígena, y las autoridades se vean en la obligación de liberarlo por aplicación de este principio*” (Díaz Ocampo 2015: 13); al respecto, esta línea de pensamiento expresa una postura colonial que refuerzan el pluralismo jurídico subordinado el cual desmerece y niega la posibilidad que los sistemas jurídicos indígenas resuelvan sus conflictos sin distinción si se tratan de casos menores o graves, esto niega el principio de igual dignidad de los pueblos y su libre

determinación reconocida en el artículo 1° del PIDCP. Por el contrario, se debe reforzar la legitimidad de los sistemas de control indígenas: *“La pervivencia y legitimidad de los sistemas de control indígena, revela que tales sistemas son necesarios para la población, tanto en términos materiales como simbólicos o culturales. Esto significa: a) que el sistema de justicia estatal no les es eficiente y culturalmente adecuado y, b) que los sistemas indígenas responden mejor a sus necesidades sociales y a su mundo cultural”* (Yrigoyen Fajardo 1999: 24).

Del marco normativo desarrollado se puede entrever que la configuración de las normas sobre los pueblos indígenas y sus derechos, están construidas en clave de principio que impone criterios de interpretación favorable y optimización a su favor; por este motivo, no resulta improbable que también se pueda plantear que el principio pro indígena puede ingresar como un criterio de desempate en el test de proporcionalidad, orientado a que sirva como una variable de solución en el empate ponderativo (Sotomayor, J. E. y Ancí, N. C. 2017) para favorecer interpretativamente lo indígena o en última instancia inclinar la balanza preferentemente hacia la autonomía jurisdiccional indígena como un elemento democrático constitucional.

A continuación se abordará a partir del artículo 149° de la Constitución, la justificación del principio pro indígena como un derecho, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento, así como un criterio de desempate ponderativo, y se evaluará las posibilidades que este principio constituya una carga de asignación de peso abstracto en el sub test de proporcionalidad en sentido estricto; todo esto con la finalidad que al final los Tribunales puedan tener insumos teóricos y prácticos para resolver controversias entre la justicia indígena y la justicia estatal con criterios y posturas favorables en pro de la autonomía jurisdiccional indígena, los cuales tomarán en consideración el desarrollo normativo nacional e internacional del artículo 149° de la constitución.

#### **A. El principio pro indígena como un derecho sustantivo.**

El principio pro indígena como un *“...derecho sustantivo...”* (Comité de los Derechos del Niño 2013: 03) debe velar por el interés superior de los pueblos indígenas, que su consideración primordial sea evaluado y sopesado con los distintos intereses a la hora de tomar una decisión sobre la cuestión debatida, la garantía de este derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga

que tomar una decisión que afecte a un pueblo indígena, asimismo al ser un derecho es de aplicación directa y justiciable a través de los tribunales.

Resulta relevante mencionar que constitucionalmente el pluralismo jurídico interno de las constituciones andinas reconoce que:

*“...las autoridades de las comunidades/ pueblos indígenas/campesinos pueden ejercer funciones jurisdiccionales/resolver conflictos de acuerdo a sus propias normas y procedimientos o derecho consuetudinario. Es decir, estas cartas reconocen a los colectivos indígenas y campesinos (comunidades/pueblos) las siguientes **potestades: a) la potestad de darse sus autoridades e instituciones (autoridades propias/legítimas/naturales); b) la potestad normativa de darse sus propias normas y procedimientos, o su derecho consuetudinario o costumbres; y c) la potestad de administrar justicia o de ejercer funciones jurisdiccionales (jurisdicción especial)/función judicial/solución alternativa de conflictos/instancias de justicia”***

[el subrayado y resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2017b: 146).

Potestades que deben ser consideradas como marcos referenciales para el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos de los pueblos indígenas, a partir de las cuáles se debe elaborar planteamientos propios del principio pro indígena.

En este sentido, se debe considerar que *“...los derechos fundamentales tienen un carácter dual: ya no sólo es posible concebir en ellos una dimensión subjetiva como derechos de defensa que se erigen como garantías para su titular frente a las acciones del Estado y de su entorno social (Vargas, 2003: 207)”* (Salem Gesell 2017: 108), sino se debe concebir también que tienen una dimensión objetiva; así tenemos que para la teoría institucional de los derechos fundamentales estos *“...gozan junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo, **requieren de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así el doble carácter de los derechos fundamentales”*** [el resaltado es propio] (Landa Arroyo 2002: 52). Esta dimensión objetiva es el resultado de una evolución teórico jurídica que combina la teoría liberal y la teoría de los valores, para dar solución a problemas que independientemente tenían cada uno.

El concepto de derecho subjetivo resulta muy discutido en la teoría del derecho, sin embargo, tenemos que la concepción liberal lo concibe como una “...vinculación negativa del legislador a los mismos; entendido como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado. De ello, se desprende la noción de límite de la injerencia de la ley sobre la libertad, descuidando los presupuestos sociales y valorativos que dan lugar a la realización de los derechos fundamentales” (Landa Arroyo 2002: 59), es decir, según la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. 00027-2006-PI/TC en su fundamento jurídico cuarto puede entenderse como una garantía que posee el titular del derecho que puede oponer al Estado o terceros (citado por Quiroga León 2014: 516) ante una vulneración; en ese sentido, el derecho subjetivo resguarda la esfera de libertad ante injerencias o intervenciones ilegítimas, lo que significa una perspectiva individualista entre el titular del derecho y el Estado –eficacia vertical- o terceros –eficacia horizontal-. En un sentido más contemporáneo y analítico tenemos que un derecho subjetivo es entendido como posiciones y relaciones jurídicas donde se confiere un poder jurídico al individuo, por el orden jurídico para la satisfacción de sus necesidades humanas (Alexy 1997: 178-179), lo cual sin ningún obstáculo puede ser extendido a los pueblos indígenas como titulares de la dimensión subjetiva de derechos con una visión colectiva por su propia naturaleza.

Además, tenemos que:

*"[l]a dimensión objetiva de los derechos fundamentales significa concebir tales derechos como un orden objetivo de principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico y que se encuentran consagrados en la parte dogmática de la Constitución (...) Al ser esta norma suprema y directamente vinculante tanto para los órganos del Estado, como para toda persona o grupo, se ha erigido como el parámetro de legitimidad material en el Estado constitucional de derecho" (Salem Gesell 2017: 105 y 114).*

En ese sentido, esta dimensión objetiva de los derechos fundamentales debe ser entendida “...en tres sentidos: a) como un límite al legislador; b) como un argumento a favor del necesario

*control de la justicia constitucional; y c) como límite de eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales, pues obliga a los particulares y a todos los órganos del Estado"* (Salem Gesell 2017: 114); es decir como un orden de valores y principios que deben ser respetados por el Estado y los particulares, el cual puede ser controlado por la justicia constitucional ante su vulneración o amenaza. Los derechos de los pueblos indígenas deben ser protegidos como tales, esto implica que en su unidad corresponde sean comprendidos como un derecho continente – como el debido proceso- que alberga otros de carácter más específicos que están relacionados con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, los cuales exigen autonomía para elegir sus autoridades, establecer sus normas de procedimiento e impartir justicia dentro de su espacio territorial, entre otros.

En este orden de ideas, se puede decir que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales para los pueblos indígenas representa la materialización axiológica de su sistema jurídico que impone respeto y límites tanto al Estado como a los particulares, para que no vayan en contra de sus derechos, atribuciones y competencias reconocidas constitucionalmente, siempre que respeten los derechos fundamentales en su jurisdicción; por eso los derechos fundamentales son concebidos como “...*las principales barreras a los excesos o prácticas autoritarias de los poderes públicos y privados*” (Landa Arroyo 2002: 53), por tal motivo, la jurisdicción indígena debe respetar plenamente los derechos fundamentales toda vez que al ser una jurisdicción estatal corresponde actuar con razonabilidad y proporcionalidad –eficacia vertical- y que sus miembros también respeten los mismos –eficacia horizontal- conforme a lo establecido en el fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N°1124-2001-AA/TC (citado por Pérez Casaverde 2003: 703), estos se erigen como límites materiales a las actuaciones de poderes públicos y privados para alcanzar un “...*control del poder (incluyendo el privado)*” (Sosa Sacio s/f: 176) efectivo; es decir, la actividad jurisdiccional indígena también debe enfocarse desde una perspectiva de derechos humanos que permita la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional con perspectiva intercultural.

Así podemos mencionar que las diferencias entre la dimensión objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales radican en que ambas fueron concebidas por concepciones jurídicas diferentes y momentos históricos distintos; la dimensión subjetiva tiene una naturaleza individualista pues el titular del derecho afectado puede oponer garantías judiciales para la

protección de su derecho, en cambio, en la dimensión objetiva los derechos fundamentales al ser valores y principios fundamentales constituyen una barrera infranqueable directa que por su naturaleza jurídica tiene eficacia vertical y horizontal; finalmente, la dimensión subjetiva se presenta como un límite individual en la relación jurídica individuo-Estado, pero la dimensión objetiva es más compleja al abarcar las relaciones jurídicas entre el individuo-Estado e individuo-individuo, lo que otorga mayor garantía de control del poder y mejor protección de los derechos fundamentales (Salem Gesell 2017: 112-114) de los pueblos indígenas; sin perjuicio de lo indicado, debemos mencionar que ambas dimensiones conforman la estructura de los derechos fundamentales ocupándose de asuntos diferentes pero complementarios al fin.

Como se mencionó, la:

*“...jurisdicción indígena originaria campesina es una de las formas de ejercicio de la función judicial, se hace necesario garantizar la misma por medio de mecanismos instrumentados para evitar que sea desconocida o exceda sus límites, razón por la cual el constituyente ha previsto la existencia de conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental [en el caso peruano jurisdicción especial indígena]; instrumento que en esencia, no es solo un conflicto inter jurisdiccional , sino y sobre todo, es un mecanismo de protección del ejercicio material del derecho de los pueblo indígena originario campesinos a la autodeterminación, por lo que a diferencia de los conflictos entre Jurisdicciones a ser resuelto por vías ordinarias, tienen una evidente trascendencia constitucional. **En definitiva, este tipo de conflictos son la garantía jurisdiccional para el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina y del derecho de estos pueblos a su autodeterminación, identidad cultural, al ejercicio de sus sistemas político, jurídico y a que sus instituciones sean parte del Estado;** por medio de la preservación de su ámbito de acción de indebidas invasiones por parte de las autoridades jurisdiccional es ordinarias o agroambientales (SCP 0363/2014)” [el subrayado y resaltado es propio] (citado por Attard Bellido 2014: 462).*

Es decir, al ejercer la función jurisdiccional indígena los pueblos originarios despliegan el ejercicio de su derecho que contiene un complejo de aristas que se asientan en la



autodeterminación y su identidad cultural, el cual merece protección para que no desaparezca o sea asimilado por la justicia estatal, sino se garantice su independencia respetando su identidad diferenciada, por estas razones:

*“...De los instrumentos internacionales precedentes se desprende el reconocimiento: i) De la calidad de sujeto colectivo de derechos a los pueblos indígenas, entre ellos de identidad propia y diferenciada, ii) De dos contenidos esenciales del pluralismo jurídico: a) El reconocimiento del sistema de normas o derecho indígena, es decir, la potestad normativa y reguladora que tienen los pueblos indígenas; y, b) La potestad de ejercer funciones jurisdiccionales o resolver sus conflictos a través de sus autoridades, procedimientos propios y en aplicación de sus normas; c) El derecho de los pueblos indígenas a la jurisdicción indígena y el deber de respeto y garantía a su ejercicio por parte de los Estados, lo que permite comprender que cuando las autoridades indígenas ejercen funciones jurisdiccionales los tribunales ordinarios no pueden intervenir y deben inhibirse de cualquier acto que implique intromisión en su ejercicio; d) Los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena derivan de los derechos fundamentales y los derechos humanos reconocidos internacionalmente, bajo cuya delimitación la facultad de los pueblos indígenas (en el caso nuestro de los pueblos indígenas originario campesinos) de resolver sus conflictos y sancionarlos conforme a sus métodos tradicionales resultan válidos en la medida que sean compatibles con los derechos fundamentales reconocidos por el orden interno y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, esto implica que no existe más límite para su ejercicio que el derivado de los derechos humanos, límite que impulsa, bajo el reconocimiento de la diversidad cultural, realizar una interpretación intercultural de los derechos humanos (DCP 0037/2012)” (citado por Attard Bellido 2014: 473).*

Por un lado, tenemos que los pueblos indígenas tienen derechos diferenciados reconocidos por el marco normativo nacional e internacional, los cuales deben garantizarse en su ejercicio; sin embargo, también el ordenamiento jurídico resguarda otros derechos fundamentales y bienes jurídico constitucionales; en este contexto, para encontrar decisiones razonables resulta necesario utilizar el principio de proporcionalidad a fin de evaluar qué derecho o bien constitucional debe

prevalecer en cada caso concreto, lo que nos lleva a una aplicación de “...la ponderación de derechos o la ponderación intercultural, en el marco de un sistema jurídico que no está compuesto únicamente por reglas jurídicas, sino también por principios y valores plurales supremos” (Attard Bellido, 2014: 48).

Respecto al principio pro indígena entendido como derecho se debe priorizar su aplicación en la mayor medida posible a fin de optimizar su contenido:

*“Así, la SCP 0450/2012 de 29 de junio, sostuvo que ‘Esta jurisdicción constitucional, en su función específica de proteger los derechos fundamentales de las personas, se encuentra impregnada de los principios informadores de la teoría de los derechos fundamentales, lo que implica, entre otros, **aplicar los principios de prevalencia del derecho material o sustantivo sobre las formalidades, así como los de indubio pro homine, favorabilidad y pro actione; en virtud de los cuales, en casos de dudas respecto a la aplicación de una norma restrictiva de la acción tutelar, no se la debe obviar, dando preeminencia en todos los casos, al derecho sustantivo, es decir, a la acción y a la vigencia de los derechos fundamentales de las personas**’” [el subrayado y resaltado es propio] (Attard Bellido 2014: 77).*

Los derechos de los pueblos indígenas deben ser entendidos principios jurídicos a optimizar en la mayor medida posible, labor que recae estrictamente en el “...Estado [que debe garantizar] la protección a través de instrumentos internacionales de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente de sus costumbres, tradiciones y leyes consuetudinarias dentro del ordenamiento jurídico nacional” (Díaz Ocampo 2015: 20), más aún si el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir del artículo 29° de la Convención Americana sobre Derechos humanos nos ubica en un modelo contramayoritario que privilegia la protección de los derechos fundamentales sobre los principios formales de fuente democrática que tienen más respaldo en el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

También se debe tener presente que en nuestra región latinoamericana “...las identidades étnicas han comenzado a expresarse como identidades de carácter político. Por tanto, los derechos ciudadanos ya no se pueden seguir definiendo solamente respecto a la entidad política

*de Estado Nación. El reconocimiento real y activo de los derechos fundamentales y los derechos colectivos de los ciudadanos indígenas es una forma de entender la interculturalidad y el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática de nuestros países*” [el resaltado es propio] (Chuecas Cabrera s/f: 11), aspectos que permiten reforzar la protección del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas desde una perspectiva colectiva como expresión de identidad diferenciada protegida constitucionalmente. Esto porque los pueblos indígenas “...si bien a futuro pretenden obtener un mayor reconocimiento de su identidad étnica [mayor autonomía], su objetivo no es convertirse en una nación separada y autogobernada paralela a la sociedad de la que forman parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a las diferencias culturales” [el resaltado es propio] (Kymlicka, Will 1996: 26).

## **B. El principio pro indígena como un principio jurídico fundamental de interpretación.**

El principio pro indígena debe ser tomado como un “...principio jurídico de interpretación fundamental...” (Comité de los Derechos del Niño 2013: 03), es decir, debe ser considerado como una disposición jurídica que en caso exista más de una interpretación, deba elegirse la que satisfaga de manera más efectiva los derechos de los pueblos indígenas, conforme a lo desarrollado en la parte pertinente sobre el marco jurídico que sostiene el principio pro *hómine* o pro persona.

El principio pro indígena exige una la interpretación intercultural de los derechos humanos:

*“...Por tanto, la definición e interpretación de los derechos humanos no puede quedar en manos de una sola orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violentar el derecho a la diversidad. Los derechos humanos deben ser definidos e interpretados con base en el diálogo intercultural. En primera instancia, cualquier presunta vulneración de los mismos debe ser tratada al interior de la jurisdicción especial. En ningún caso puede considerarse que el mero ejercicio de la jurisdicción especial, cuando ella corresponda, constituye una violación de los derechos humanos –dado que su ejercicio constituye un derecho constitucional–”* (Yrigoyen Fajardo 2004: 188).

El ejercicio de la jurisdicción especial indígena constituye la materialización de un derecho constitucional ligado a la identidad cultural de naturaleza colectiva, en su seno la aplicación de su sistema jurídico por sus operadores es muestra de una interpretación intercultural porque acoge elementos, tradiciones y cosmovisiones diferentes a las que el mundo occidental posee, lo importante resulta reconocer oficialmente en igualdad de condiciones su validez jurídica y, en caso de conflicto con la jurisdicción estatal, entablar un diálogo plural para que la coordinación contribuya a gestionar adecuadamente y resolverlo.

Esta interpretación intercultural debe ser tanto de los hechos como del derecho para garantizar la diversidad:

*“Una propuesta podría ser la conformación de tribunales mixtos o escabinados compuestos por jueces estatales y autoridades indígenas/comunitarias que resuelvan mediante reglas de equidad los presuntos conflictos entre la jurisdicción especial y los derechos humanos (y no con base en un solo derecho: el estatal o el derecho consuetudinario), tratando de entender las diferentes posiciones (desde su propio marco cultural) y promover arreglos para prevenir la violencia o violación de derechos (atendiendo las demandas y necesidades de todas las partes)”* (Yrigoyen Fajardo 2004: 188-189).

Tal interpretación heterogénea de la diversidad necesita que la sala de máquinas se encuentre acorde con el reconocimiento de los derechos interculturales (Gargarella 2011: 87-108), pues de nada servirá que en teoría se reconozca constitucionalmente el derecho a la diversidad, sin que esto se traduzca en la estructura e instituciones orgánicas del Estado:

*“La incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas, así como la ratificación de tratados de derechos humanos que pasaron a integrar el bloque de constitucionalidad, generaron, de alguna manera, **una inflación de los derechos sin correspondencia con mecanismos institucionales aptos para hacerlos efectivos.** Esos cambios constitucionales dejaron pendiente la tarea aún incompleta de revisión de todo el derecho constitucional, administrativo, civil, penal, etc., **para poder dar***

**cuenta de los nuevos derechos y atribuciones públicas reconocidos a los pueblos indígenas y otros colectivos**” (Yrigoyen Fajardo 2017b: 143).

En contexto, se necesita una implementación institucional que permita reducir al mínimo el déficit de representación que los pueblos indígenas padecen dentro de la estructura orgánica del Estado, así podremos encontrar más miembros representantes de los pueblos indígenas en entidades trascendentales para la impartición de justicia como el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional, por ejemplo: “[e]n cuanto a la composición de los tribunales constitucionales, el ideal es que exprese el propio pluralismo jurídico cuya existencia se reconoce a nivel infraconstitucional. En otras palabras, es importante que su composición esté formada por expertos en ambas justicias. En el caso de la justicia indígena, los mejores expertos serán, en principio, autoridades indígenas con experiencia en administración de justicia” (Sousa Santos 2012: 39); pero no solo en estos, sino en general en todas las instituciones públicas, lo cual es indispensable para una mayor innovación institucional, integración política y social, e igualdad proporcional en términos democráticos.

Por ejemplo, en Bolivia: “La creación de instituciones mixtas plurinacionales (como el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia) permite resolver posibles alegaciones de violación de derechos humanos por la jurisdicción indígena con base en el diálogo intercultural, en la cual los pueblos tienen poder de definición institucional” (Yrigoyen Fajardo 2017b: 154), aquí podemos ver que la presencia de un integrante del pueblo indígena al interior de un Tribunal de justicia representa un avance importante en términos de democracia intercultural proporcional, lo cual permitirá tener un diálogo sin intermediarios con otras posturas y visiones del mundo para resolver conflictos o declarar el derecho a través de un diálogo plural.

El ejercicio de derechos fundamentales en entornos interculturales indígenas debe ser interpretados interculturalmente, para lo cual resulta necesaria una traducción intercultural que:

“...está relacionada con la anterior y establece que es necesario desarrollar mecanismos de traducción intercultural que permitan interpretar la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en términos interculturales. En otros términos, los propios derechos fundamentales deben ser sometidos a

*interpretación intercultural. Los valores plasmados en esos derechos deben ser respetados, pero las actuaciones concretas que los respetan o que los violan, no siendo éticamente neutras, pueden ser objeto de interpretaciones opuestas conforme a las normas culturales de las que se parta”.* (De Sousa Santos 2012: 39).

El marco de principios y valores indígenas es diferente al que el mundo occidental posee, pues tenemos por ejemplo que: *“...las formas de complementariedad propias de las cosmovisiones indígenas, por otro. Y ver de manera concreta qué prácticas los promueven y qué otras los violan. Esto mismo es sugerido por muchas luchas de las mujeres indígenas”* (De Sousa Santos 2012: 40), lo cual requiere que el intérprete utilice herramientas interculturales para comprender las conductas realizadas en entornos no occidentales.

De Sousa Santos nos da un ejemplo de interpretación intercultural de los hechos a partir de lo resuelto por la Corte Constitucional Colombiana:

*“Otro posible ejemplo de traducción intercultural es el ‘debido proceso’. Desde una perspectiva intercultural es forzoso admitir que cada sistema de justicia tiene maneras distintas y propias de garantizar el valor constitucional del debido proceso. Para citar un caso, entre muchos, la Corte Constitucional de Colombia resolvió que el “debido proceso” debe entenderse interculturalmente: por ejemplo, la ausencia de un abogado que represente a las partes puede no ser una violación del debido proceso si las partes están acompañadas por los compadres, la familia, o sea, por personas que, al igual que el abogado, respaldan, ayudan y hablan en su nombre”* (Sousa Santos 2012: 41).

En este contexto, se puede mencionar que el ejercicio del derecho de defensa dentro de una comunidad recae en los familiares quienes conocen las tradiciones, normas y sanciones tradicionales del pueblo indígena, es decir, cumplen el mismo rol que un abogado defensor dentro de la justicia estatal, por tal motivo, el derecho de defensa de un infractor en sede indígena recae en sus familiares o personas de confianza, sin que pueda alegarse indefensión o afectación al debido proceso:

*“[El] derecho de defensa, que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual sólo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma. Fue la necesidad de ese acuerdo, justamente, la que determinó que se realizara el segundo juzgamiento por parte de toda la comunidad, pues en el juicio realizado en el Cabildo se había omitido ese requisito esencial. Hay que asumir, entonces, que **los intereses del sindicato están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal (que informa nuestra Carta) se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales**” [el subrayado y resaltado es propio] (Corte Constitucional Colombiana en el Expediente T-83456 1996: 14).*

Como se mencionó el marco normativo aplicable para hacer una interpretación pro indígena parte del derecho internacional de los derechos humanos:

*“Dado que los países andinos han ratificado el Convenio 169 de la OIT, tal Convenio debe interpretarse conjuntamente con el texto constitucional. Cabe anotar que como criterio interpretativo debe utilizarse el art. 35 del Convenio, el cual establece que priman las normas (o incluso acuerdos nacionales –políticos–) que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas (PI). El análisis que sigue puede aplicarse también, en gran medida, a los Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT aunque no hayan incluido reformas constitucionales expresas para reconocer el derecho indígena” (Yrigoyen Fajardo 2004: 175).*

La aplicación de una favorabilidad interpretativa debe buscar priorizar elementos culturales indígenas propios para que el derecho estatal no se inmiscuya ni tenga injerencias en espacios donde no es competente.

En los casos de competencia de la jurisdicción ordinaria “...cuando los hechos ocurren fuera del ámbito territorial indígena y afectan bienes o derechos de terceros la misma está obligada a considerar el condicionamiento cultural de los indígenas al momento del juzgamiento y la sanción. Esto podría dar lugar incluso a la exención o atenuación de la pena cuando los hechos no son considerados reprobables dentro de la cultura indígena que se trate” (Yrigoyen Fajardo 2004: 187), esta es una manifestación de la interpretación favorable que se encuentra expresada en el Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 13 de noviembre de 2009, como se ha detallado en esta investigación.

En la interpretación plural del derecho:

*“...la justicia constitucional y las diferentes jurisdicciones del Órgano Judicial, en el marco del pluralismo, están obligadas a interpretar el derecho a partir del propio contexto de la nación y pueblo indígena originario correspondiente. **La interpretación plural del derecho puede ser comprendida desde una perspectiva general, vinculada a la consideración de los principios, valores, normas, procedimientos de los pueblos indígenas cuando se encuentren como demandantes, demandados, recurrentes, recurridos, etc., ante las diferentes autoridades administrativas o judiciales de las diferentes jurisdicciones previstas en la Constitución Política del Estado y también ante la justicia constitucional, lo que supone, conforme se ha señalado, flexibilizar requisitos de admisión y ritualismos procesales, tomando en cuenta sus procedimientos y normas propias, y también en el ámbito sustantivo, considerar la forma en que dichas naciones y pueblos indígena originario campesinos, conciben el hecho o acto que está siendo sometido a controversia, para en su caso, establecer los correctivos necesarios en la aplicación del derecho (SCP 0572/2014)**” [el resaltado es propio] (citado por Attard Bellido 2014: 460).*

En este sentido, el deber hermenéutico favorable a los derechos de los pueblos indígenas, en especial de su autonomía jurisdiccional impone al intérprete elegir en la mayor medida posible lo que más favorezca los intereses de este grupo vulnerable.



En el Recurso de Nulidad N° 975-2004-SAN MARTIN de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, se puede apreciar como supuesto de hecho que:

*“Segundo.- Que en el presente caso los procesados en su condición de integrantes de las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa jurisdicción de la Provincia de Moyobamba en el departamento de San Martín, teniendo conocimiento que los presuntos agraviados Segundo Sánchez Avellaneda, Abel Olivera Vega, Blanco Uribe Olivera Vega y Segundo Félix Cubas Alcántara, admitieron a fojas cuatrocientos treinta y uno, cuatrocientos treintidós, cuatrocientos treintitrés y cuatrocientos treinta y cuatro, ser los autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato que se habrían cometido en sus territorios, decidieron sancionarlos de acuerdo a sus costumbres condenándolos, a “cadena ronderil”, esto es pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades” (R.N. N° 975-2004-SAN MARTIN de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República 2004: 07).*

Ante este supuesto de hecho la Corte Suprema evaluó que:

*“Tercero.- Que en tal sentido la conducta de los procesados no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución Política del Perú [...] **no habiéndose advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres.** Cuarto.- Que el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal, señala que está exento de responsabilidad penal, “el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”; por lo que, si los procesados en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados; sin embargo su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado en el artículo ciento cuarenta y nueve de nuestra Carta Magna. Quinto.- **Que al haber concurrido la causa de justificación ‘el actuar por disposición de la ley’ en el presente proceso;***

*en consecuencia si bien la acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable, resultando de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales”* [el resaltado es propio] (R.N. N° 975-2004-SAN MARTIN de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República 2004: 07-08).

Raquel Yrigoyen Fajardo respecto a esta decisión judicial comenta lo siguiente:

*“RN. No 975-04, SAN MARTÍN. Lima, nueve de junio de dos mil cuatro. Esta sentencia es muy importante porque sienta una interpretación progresiva en varios puntos controvertidos del artículo 149° de la Constitución de 1993, que reconoce la jurisdicción especial. A más de una década de la reforma constitucional de 1993 y de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante, Convenio 169 OIT), la Corte Suprema se pone a la altura de los avances en el pluralismo en la región y abre paso a lo que puede ser el inicio de una «jurisprudencia pluralista» en el país. Esta sentencia supera la mentalidad monista que había marcado la mayor parte de decisiones judiciales en esta materia. Analizaré algunos de los aportes pluralistas de esta sentencia”* [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2007: 380).

En esta ejecutoria podemos apreciar que la Corte Suprema realiza un análisis interesante sobre las competencias de las rondas campesinas para quienes les reconoce facultades constitucionales de función jurisdiccional conforme a su sistema jurídico interno, pues ya en el año dos mil cuatro se pone a tono con los planteamientos pluralistas del convenio 169 de la OIT en concordancia con el marco constitucional del artículo 149° de la constitución y el marco normativo penal, al establecer con criterio interpretativo favorable que las rondas campesinas por sí mismas pueden ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio y no meramente como un “apoyo” de las comunidades campesinas y nativas; en ese sentido, se puede concluir que este desarrollo hermenéutico ha interpretado favorablemente las competencias jurisdiccionales de las rondas campesinas ampliando el marco literal del artículo 149° de la constitución, lo cual para opinión del autor debe ser considerado como una expresión del principio pro indígena en acción.

Asimismo, se debe considerar que las normas de procedimiento de naturaleza indígena no se asemejan mucho al ritual procedimental de la justicia ordinaria, por eso:

*“...el debido proceso no debe ser entendido en términos occidentales cuando se analiza la tramitación de un proceso sustanciado en la jurisdicción indígena originaria campesina; pues si bien el debido proceso en occidente tiene un contenido cultural construido a partir de la vivencia y experiencia de distintos sistemas jurídicos, se debe establecer que éste no tiene los mismos componentes que el debido proceso en términos indígena originario campesinos, pues obedece legítimamente a tradiciones jurídicas diferentes, ambas constitucionalmente reconocidas, en ese ámbito cuando a esta jurisdicción se le presentan denuncias de lesiones al debido proceso en la tramitación de un proceso sometido a la jurisdicción indígena originario campesino, deberá incidir esencialmente en analizar si la persona ha podido asumir defensa en el proceso y si la sanción que se le ha impuesto no afecta sus derechos a la vida, a la dignidad y a la integridad física”. (SCP 0486/2014) [el resaltado es propio] (citado por Attard Bellido 2014: 476).*

Al tratar el debido proceso, este se debe entender con un enfoque intercultural, pues como se señala en la cita precedente, no se puede equiparar el sistema jurídico indígena con el estatal, primero porque no son iguales y constitucionalmente está reconocida su diferencia, y segundo porque hacerlo significaría una clara pretensión de asimilación inadmisibles para efectos de esta investigación; por este motivo, resulta razonable reconocer que la justicia indígena también tiene unos mínimos para que el debido proceso no se afecte. Al respecto resulta fundamental introducir al análisis:

*“...dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: la interpretación pro homine y la interpretación conforme a los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos. En virtud de la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tiene el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión -ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de*

*constitucionalidad- y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos”* [el subrayado y resaltado es propio] (Attard Bellido 2014: 159-160).

La interpretación *pro hómine* y el control de convencionalidad son herramientas esenciales para materializar en los casos concretos la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, pues contribuyen a aplicar hermenéuticamente la interpretación más favorable a la justicia indígena, para lo cual se apoya del parámetro convencional de los derechos humanos que es sumamente rico para su garantía y eficacia, principio *pro hómine* “...que aplicados al ámbito de los pueblos indígenas, **se traduce en el principio pro indígena, y la interpretación conforme a los pactos internacionales sobre Derechos Humanos (SCP 2114/2013)**” (citado por Attard Bellido 2014: 412); lo cual no solo es un mero lineamiento, sino una obligación jurídica que exige:

*“...interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución Política del Estado; “...obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo ha entendido la misma Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, al señalar que: ‘los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas*

*competencias y de sus regulaciones procesales correspondientes (...)*” [el resaltado es propio] (Attard Bellido, 2014: 412).

El pluralismo jurídico exige una “...interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las normas jurídicas” (Díaz Ocampo 2015: 04), lo cual nos lleva a que el intérprete necesariamente considere como punto de partida y premisas nuevas perspectivas interculturales que antes le era ajeno o intrascendente.

El Convenio 169 de la OIT tiene:

*“...como sujeto titular del derecho a los ‘pueblos indígenas’, mientras que en los textos constitucionales de los países andinos se mencionan ‘pueblos’, ‘comunidades’, ‘comunidades campesinas y nativas’ y ‘rondas campesinas’. El texto constitucional y el Convenio deben interpretarse sistemáticamente, bajo el principio de rescatar lo más favorable a los pueblos indígenas. Con base en el Convenio 169, los pueblos indígenas tienen titularidad para aplicar su derecho consuetudinario y ejercer funciones jurisdiccionales, y no sólo las instancias comunales que algunas constituciones mencionan (Perú)”* (Yrigoyen Fajardo 2004: 177)

Por eso resulta importante tomar en consideración no solo el criterio objetivo, sino preferir el criterio subjetivo para identificar cuándo nos encontramos ante un pueblo originario o étnico susceptible de protección constitucional e internacionalmente.

Así por ejemplo tenemos que para la justicia indígena:

*“...el castigo por la violación de la norma tiene un carácter sanador y de purificación, cada castigo físico tiene su significado de purificación, en sentido general, la justicia indígena en la práctica tiene un sentido comunitario muy concreto. Para esto, desde la cosmovisión andina, la armonía con la naturaleza y con los miembros de la comunidad son dos circunstancias fundamentales para el desarrollo normal de la convivencia social. Los conflictos que se susciten dentro de sus comunidades rompen con este equilibrio, de manera que frente a un conflicto las*

*autoridades buscan medidas para restablecer el equilibrio a través de una compensación o resarcimiento del daño además de ser un escarmiento para los demás miembros de la comunidad” (Díaz Ocampo 2015: 05-06).*

Es decir, el entendimiento de la sanción está enfocado en la víctima porque busca resarcir el daño ocasionado como instrumento para restablecer el equilibrio comunitario:

*“Las medidas y sanciones que las rondas adoptan muestran a la sociedad nacional que es posible encarar problemas frecuentes como robos e, incluso, muy graves como homicidios sin abandonar a las víctimas y sin tener que linchar a los delincuentes o someterlos a largos e inútiles años de prisión. Las rondas encararan hechos dañinos sin enviar a los que los han realizado a las cárceles —de donde saldrían peores—, sino obligándoles a reparar, trabajar para la comunidad, y a rondar con otros ronderos en diferentes bases para que las comunidades los conozcan —como dice la sentencia—, pero también para que «[...] los ladrones vean lo que se sufre rondando y no repitan su error» —como explican los ronderos sobre el sentido de la ‘cadena ronderil’” (Yrigoyen Fajardo 2007: 396).*

El castigo desde la cosmovisión indígena sirve como un mecanismo de purificación del perpetrador y a la vez al ser ejecutado de manera público sirve como mecanismo de prevención general en términos penales para que los otros miembros no cometan la misma infracción.

En Guatemala la Corte Constitucional en la sentencia de apelación de amparo del Expediente 1467-2014, estableció:

*“...contrario a lo manifestado por la autoridad reprochada, en el caso sub iudice se observó el debido proceso, pues la autoridad indígena que solventó la problemática aplicó el procedimiento reconocido por la comunidad y avalado por las partes, de conformidad con los principios y valores de la cosmovisión maya, sin que esto signifique que se haya dejado sin protección a la víctima, en tanto no se exculpó al agresor, sino que, por el crimen cometido, fue sancionado moral y socialmente de manera pública, lo que de acuerdo a su cultura restableció la armonía comunitaria;*

*además, las autoridades realizaron las consultas necesarias, según su costumbre, a efecto de establecer el estado de salud de la víctima, y así poder garantizar su integridad y reparar su dignidad por medio de la asistencia psicológica y médica costeadada por el agresor” (Corte Constitucional de Guatemala en el Expediente 1467-2014 2016: 06).*

Tal pronunciamiento nos permite vislumbrar que dentro de cada pueblo existe un debido proceso que debe ser comprendido en términos interculturales para que se optimice la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas, el cual debe ser respetado en mérito al reconocimiento constitucional y los lineamientos siguientes:

*“Ahora bien, partiendo del pleno reconocimiento del derecho indígena, que conlleva la potestad que tienen los pueblos originarios para resolver sus conflictos sociales conforme a su propio derecho, es preciso señalar que ello implica: **i)** la existencia de autoridades propias de los pueblos indígenas que ejercen esa función; **ii)** la potestad que tienen los mismos pueblos y sus autoridades para establecer normas y procedimientos propios; **iii)** la necesaria adecuación del derecho indígena, sus normas y procedimientos a los derechos y garantías que establece la Constitución y las normas que integran el bloque de constitucionalidad; y **iv)** el esfuerzo que debe efectuar el Estado para dictar las pautas de coordinación y cooperación entre el derecho indígena y el sistema de justicia oficial” (Corte Constitucional de Guatemala en el Expediente 1467-2014 2016: 20).*

Toda una gama de protecciones y principios orientadores para la coexistencia armónica entre la justicia indígena y la justicia estatal dentro de un marco de pluralismo jurídico del horizonte igualitario.

El pluralismo, la interculturalidad y la descolonización:

*“...generan un sistema plural de fuentes jurídicas, el cual implica que [...] el sistema jurídico no está compuesto exclusivamente por normas positivas sino también por principios y valores plurales supremos, es evidente que **el garantismo jurisdiccional***

*basado en la eficacia máxima de los derechos fundamentales implica un cambio radical que a partir de la nueva visión del sistema jurídico, genera para el juez la obligación de utilizar pautas de interpretación que aseguren la irradiación del bloque de constitucionalidad en los procesos y decisiones jurisdiccionales, las cuales, no solamente se basan en la interpretación exegética o gramatical, sino que, **para lograr la ansiada eficacia máxima de derechos fundamentales, comprometen el uso de otros parámetros hermenéuticos como ser el pro-homine, el pro-actione, el favoris debilis, el pro-libertatis, el pro-operario u otras pautas interculturales de interpretación de derechos como ser el “paradigma del Vivir Bien”**” [el subrayado y resaltado es propio] (Attard Bellido, 2014:48).*

La orientación de la interpretación favorable a los derechos de los pueblos indígenas es un principio jurídico oponible a los poderes públicos y privados que tiene por finalidad resguardar los derechos especiales o especificados de estos pueblos, porque su subsistencia constituye un elemento fundamental de la democracia constitucional que prioriza la protección de las minorías como una directriz que refuerza la igualdad y la heterogeneidad cultural (diversidad) como expresión de la diferencia constitucionalmente protegida; por eso en el “...constitucionalismo plurinacional y comunitario, [se] introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: la interpretación pro persona (pro homine), que aplicado al ámbito de los pueblos indígenas, se traduce en el principio pro indígena, y la interpretación conforme a los pactos internacionales sobre Derechos Humanos”. (Attard Bellido, 2014: 412).

El principio pro indígena ha tenido un desarrollo jurisprudencial importante en la jurisprudencia del Tribunal Plurinacional de Bolivia, como a continuación se explicita:

*“...en virtud al principio pro homine, explicitado en el art. 256.II de la misma Norma Fundamental, que a su vez establece: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos prevean normas más favorables”; entonces, **la interpretación de dicho precepto constitucional, en lo que siempre favorezca a las naciones y pueblos indígena originario campesinos como colectividades fundantes del Estado Plurinacional de Bolivia, se remite a lo establecido por el art. 1.2 del Convenio 169**”*



*de la OIT, que a su vez establece que: ‘La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio’, razonamiento que ya fue asumido por la jurisprudencia constitucional a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional citada precedentemente [voto disidente a la SCP 0322/2013-L de 15 de mayo, suscrito por Edith Vilma Oros Carrasco]” [el resaltado es propio] (Attard Bellido, 2014:146).*

Sin duda, el paradigma del Estado Plurinacional Boliviano es un modelo a seguir respecto a cómo ha asumido un modelo de pluralismo jurídico del horizonte igualitario, pues es el país que de forma apropiada ha reconocido derechos colectivos desde un enfoque ecocéntrico dejando atrás la tradicional visión antropocéntrica e individualista de corte liberal; lo cual enriquece y amplía el panorama para la protección de derechos en clave intercultural. Por esta razón hay una conexión trascendental entre pluralismo cultural y plurinacionalidad en los cuales existe “...una relación causa-efecto, por lo que se puede afirmar que el pluralismo implica la existencia de varias naciones dentro de un Estado. En un análisis comparado de derecho, no aislado de la realidad boliviana, debe precisarse que existen varios grados de pluralismo: a) el pluralismo subordinado; b) el pluralismo de la tolerancia; c) el pluralismo descolonizante intercultural” (Attard Bellido 2012: 145), cada uno de estos tipos de pluralismo está orientado a que pueda encontrarse la mejor forma para la coexistencia de la diversidad en un mismo espacio geopolítico, para una convivencia que reconozca la heterogeneidad de la sociedad.

Sobre este punto, el autor Peña Jumpa nos trae a colación un caso peruano que exige una interpretación intercultural:

*“Así, llegar a juzgar y sancionar una pareja de “recién casados” en Servinakuy o serviciña de una comunidad andina o el matrimonio semejante en una comunidad amazónica, donde una menor de edad se une sin cumplir con las formalidades del Código Civil, con una persona mayor de edad (considerado delito de violación por las normas penales), sería inconstitucional. Tan inconstitucional como atrevernos a juzgar y sancionar el matrimonio heterosexual de dos adultos en la denominada sociedad ‘mayor’. En el mismo sentido, llegar a juzgar por considerar contrario a la*

*libertad e integridad física la decisión de una comunidad que luego de investigar delitos de abigeato llega a azotar a los que considera culpables, resulta contrario al mismo criterio constitucional antes fundamentado al contradecir el derecho a la identidad étnica o cultural de dicho grupo social” (Peña Jumpa 2009: 285).*

Ahora bien, efectivamente, se debe respetar las tradiciones e identidad cultural de los pueblos indígenas; sin embargo, resulta fundamental que también el enfoque de derechos permita ingresar al sistema jurídico indígena para resolver posiciones de dominación y algunos abusos que puedan presentarse en éstos, un caso relevante lo es que muchas adolescentes menores y mayores de catorce años podrían encontrarse obligadas contra su voluntad por tradiciones a contraer matrimonio o convivencia con personas adultas, si esto es así se debería encontrar mecanismos para que se evalúe críticamente si existe una relación de dominación machista que anula el consentimiento de la adolescente, pues recordemos que los límites al derecho indígena están que no se afecten derechos fundamentales por eso es esencial que este discurso penetre y pueda romper la violencia de género enquistada en tradiciones machistas que el derecho constitucional no admite y busca revertir, esto de conformidad a lo establecido en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre “el derecho niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

. Esto principalmente porque: *“La Constitución peruana, en su art. 149, establece un límite semejante al del Convenio 169 al indicar que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales especiales debe hacerse de conformidad con el derecho consuetudinario ‘siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona’” (Yrigoyen Fajardo 2004: 187).*

Para hacer evidente que la justicia indígena tiene como límite el respeto a los derechos fundamentales, se traerá a colación un caso abordado por Raquel Yrigoyen Fajardo cuyo supuesto de hecho refiere:

*“El caso ocurre en la localidad andina de Acopara, distrito de Huántar, provincia de Huari, departamento de Ancash, donde no hay juez de paz ni gobernador. Ahí, funcionan las rondas campesinas. Según el expediente, el caso se inicia con la huida de la mujer H, quien abandona a su esposo y ocho hijos por los maltratos que aquel*

*le propinaba, y se une a otro hombre, T, en Acopara. A instancias de la denuncia del marido burlado, el 20 de noviembre de 1993, los ronderos de la localidad detienen a la pareja «adúltera», a la cual le brindan «tratos inhumanos y humillantes» y le obligan a pagar una suma de dinero (cien nuevos soles). Además, la mujer es obligada a entregar a su marido la casa que ella heredó de su padre. Los sancionados por las rondas (H y T) denuncian los hechos. A raíz de ello, siete ronderos varones y una mujer son acusados por la fiscalía por delitos contra la libertad personal (coacción), el patrimonio (extorsión) y contra la Administración Pública (usurpación de funciones) en agravio de H y T y del Estado” (Yrigoyen Fajardo 2007: 397).*

La citada autora menciona que: “...en el caso que nos ocupa (sentencia de Acopara de 1997), no está en cuestión la competencia de las rondas para actuar dentro de su ámbito territorial. Lo que está en cuestión es la decisión tomada tanto por el valor y el derecho protegido como por la alegación de abusos en la punición. En cuanto a lo primero, se aprecia un conflicto de intereses, valores, percepciones y derechos. La ponderación de tal conflicto, en primer lugar, en efecto, le toca a la jurisdicción especial” (Yrigoyen Fajardo 2007: 405), al respecto, se puede comentar que si bien en un primer momento la ronda campesina detuvo y aplicó las sanciones anotadas; sin embargo, posteriormente éstas se retractaron al conocer que el motivo por el que la mujer abandonó a su marido, se debió a que éste le agredía constantemente, lo cual produjo que la ronda campesina restituya los bienes y pida disculpa a la mujer que había sufrido violencia de género en su entorno familiar. Esta realidad nos muestra que la justicia indígena tiene parámetros de razonabilidad respaldado en el principio de unidad familiar y propios mecanismos de corrección como la justicia estatal, lo cual redundaría en favor de la protección y respeto de los derechos fundamentales: “...según sostiene el expediente, y a diferencia de muchos otros casos, los ronderos aceptaron que habían cometido excesos y, si bien explicaron el principio jurídico que los llevó a actuar (“la búsqueda del mantenimiento de la unidad familiar”), acabaron pidiendo disculpas y devolviendo los bienes a la mujer. En este sentido, reafirmaron el principio común compartido y se alejaron de la posición polar del marido (Yrigoyen Fajardo 2007: 406).

Finalmente, en caso exista normas contradictorias se deberá realizar una interpretación pluralista como a continuación de detalla:

*“Las reformas constitucionales expresan antiguas y nuevas demandas indígenas, las que a su vez les dan impulso. Sin embargo, las reformas constitucionales también permiten expresar la resistencia proveniente de los antiguos y los nuevos colonialismos. Los contextos complejos donde se gestan las reformas imponen sus tensiones y sus contradicciones (aparentes o reales) a los textos constitucionales, lo que **exige una interpretación pluralista** para salvar sus limitaciones y resolver las tensiones de manera favorable a la realización de los objetivos y principios del proyecto constitucional pluralista. **Ese ejercicio de interpretación es un ejercicio de poder y, por ende, un ejercicio ahora también compartido por los pueblos indígenas en el marco del Estado plurinacional**”* [el subrayado y resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2017b: 141).

Este es el camino hermenéutico que se debe seguir cuando se trate de abordar asuntos indígenas pues:

*“Si hay aparente contradicción entre una norma del derecho interno y los derechos garantizados por un tratado, **el Estado debe optar por los derechos consagrados en el Tratado, pues si no lo hiciese, incurriría en responsabilidad internacional.** En ese sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969, U. N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U. N. T. S. 331, en vigencia desde el 27 de enero de 1980) dice lo siguiente: ‘Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”’* [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2007: 387).

De este modo, el incumplimiento por parte del Estado de aplicar interpretaciones favorables de los derechos de los pueblos indígenas representará el incumplimiento de una obligación internacional que genera responsabilidad del Estado.

### C. El principio pro indígena como una norma de procedimiento.

El principio pro indígena debe ser considerado como una “...norma de procedimiento...” (Comité de los Derechos del Niño 2013: 03) siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a uno o más pueblos indígenas, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones positivas o negativas de la decisión en los pueblos indígenas inmersos. La evaluación y determinación de los derechos de los pueblos indígenas requieren de garantías procesales. Además, la justificación de decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior de los pueblos indígenas, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses de los pueblos indígenas frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

La interpretación de las competencias territoriales, materiales y personal deben ser interpretadas de forma amplia en especial si no existe una limitación expresa razonable en dispositivos normativos nacionales e internacionales:

*“Una reducción externa de las materias que pudiese conocer la jurisdicción especial iría en contra del reconocimiento constitucional y afectaría el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. En todo caso, es la propia jurisdicción especial la que podría, si así lo estimara conveniente, delegar materias o casos para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, o pedir el apoyo de la fuerza pública. La carencia de argumentos jurídicos para fundamentar una posición limitativa de las competencias jurisdiccionales de los pueblos indígenas refleja la pervivencia de la concepción colonial de que los indios sólo son competentes para conocer casos pequeños o marginales, sin afectar la ley” [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2004: 184).*

Las competencias reconocidas a los pueblos indígenas permiten de forma eficiente identificar controversias en sede indígena y proceder a su procesamiento conforme a sus tradiciones, siempre respetando el marco constitucional, haciendo uso del principio “...**pro**

*jurisdicción indígena (en caso de duda prevalecerá la justicia indígena) e interpretación intercultural (interpretación de los derechos de las comunidades en caso de conflicto)” [el resaltado es propio] (Díaz Ocampo 2015: 12).*

El Convenio 169 de la OIT establece en su:

*“Art. 8, 2: dichos pueblos [indígenas] 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”. (Yrigoyen Fajardo 2004: 175).*

A partir de esta normativa el principio pro indígena como una norma de procedimiento no solo debe entenderse en el sentido formal como los mecanismos y fases que tradicionalmente los pueblos indígenas realizan para resolver sus controversias dentro de su competencia, los mismos que muchas veces difieren del proceso estatal; sino también se debe siempre priorizarse las autoridades (asambleas o consejo de ancianos), instituciones y formas indígenas frente a las estatales, con especial énfasis en su sentido material como expresión de su identidad cultural colectiva:

*“Esta amplitud de materias también está contemplada en el Convenio 169, que menciona, de manera ilustrativa, materias referidas a la propiedad y el manejo de la tierra, los métodos de persecución de delitos, la forma de organización social, política y económica. En síntesis, los sistemas jurídicos indígenas tienen competencia para conocer todo tipo de materias y de toda gravedad o cuantía en tanto tengan interés en hacerlo de acuerdo con sus normas y procedimientos” (Yrigoyen Fajardo 2004: 183).*

Tenemos un interesante pronunciamiento del Tribunal Plurinacional de Bolivia:

*“[A] partir del postulado de la descolonización, como fin y función del Estado, las autoridades administrativas, jueces y tribunales de justicia, deben asumir una interpretación de las normas jurídicas, de los derechos y garantías, que atiendan, fundamentalmente a los siguientes aspectos”. i) **La flexibilización de los requisitos formales y la reconducción procesal de acciones.** Se ha señalado que el sistema jurídico ius positivista, como herencia colonial, se ancla en formalismos que, lejos de resolver los conflictos, permite dilatarlos indefinidamente sin obtener justicia, así, en contrapartida, la plurinacionalidad y el pluralismo supone pensar y adoptar medidas que permitan dar soluciones integrales, con celeridad, a los conflictos que se presentan, desterrando toda práctica dilatoria que únicamente se demora en cuestiones formales sin tutelar de manera inmediata los derechos y garantías. Así, esta Sala considera que, a partir del carácter plural de la justicia, se deben materializar de manera oportuna e inmediata los derechos y garantías tanto en su dimensión individual como colectiva, más allá de los ritualismos procesales y la exigencia de requisitos propios de un sistema jurídico colonial, que debe ser redimensionado a partir de los postulados de nuestra Constitución Política del Estado, lo que implica que dichas exigencias formales no pueden constituirse en un obstáculo para un real acceso a la justicia constitucional, cuando efectivamente se constata la lesión de derechos y garantías constitucionales. **Lo señalado encuentra sustento, además, en los principios de prevalencia del derecho sustantivo respecto al formal, justicia material, principio pro actione y el principio de no formalismo; los cuales deben ser aplicados con mayor fuerza en la justicia constitucional y, en especial, tratándose de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cuya tradición jurídica no reconoce las formalidades propias del sistema occidental y, en ese ámbito, deben flexibilizarse los requisitos para materializar su derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva (SCP 0572/2014)**” [el resaltado es propio] (citado por Attard Bellido 2014: 459).*

Por estas razones, se puede apreciar que la cosmovisión del derecho de los pueblos indígenas se enfoca más en un ámbito material más que procedimental, el cual es abordado desde sus autoridades e instituciones, por tanto, se podría afirmar que no tiene una perspectiva tan positivista; así en un conflicto entre la justicia estatal y la justicia indígena corresponde privilegiar los métodos y mecanismos indígenas, en pro de favorecer la mejor protección de estos pueblos indígenas como criterio material predominante y susceptible de ser optimizado en la mayor medida posible dentro del procedimiento de decisión.

En Bolivia: *“El nuevo Estado plurinacional emergente y su componente intercultural no exige simplemente un reconocimiento de la diversidad, sino más bien la celebración de la diversidad cultural y el enriquecimiento recíproco entre las varias culturas en presencia. La dificultad en reconocer y valorar la diversidad intercultural tiene un nombre viejo pero igualmente válido: se llama colonialismo”* (De Sousa Santos 2012: 20), el colonialismo es un problema que atraviesa transversalmente las relaciones políticas y jurídicas en Latinoamérica estableciendo relaciones de dominación que el enfoque derechos humanos busca quebrar para arribar a sociedades más igualitarias.

Según el Convenio 169 de la OIT y los textos constitucionales en países latinoamericanos:

***“La función jurisdiccional especial o la potestad de impartir o administrar justicia. Ello incluye la validez y eficacia de las decisiones de la jurisdicción especial de modo autónomo, y el sistema institucional o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones, incluidos los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de autoridades. Antes de la reforma constitucional, la normativa de los diferentes países andinos sólo permitía la costumbre como una fuente secundaria del derecho, a falta de ella y nunca en contra de ella (contra legem), en cuyo caso podía constituir delito. Al reconocerse funciones de justicia o jurisdiccionales a los pueblos y las comunidades indígenas/campesinas siguiendo su propio derecho y aplicado por sus autoridades, se admite explícitamente la existencia de órganos distintos al poder judicial, legislativo y ejecutivo para la producción del derecho y la violencia legítima. Se admite el llamado derecho consuetudinario no sólo como fuente del derecho (estatal), sino como un derecho***



*propio que se aplica incluso contra la ley*” [el subrayado y resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2004: 175-176).

El pluralismo jurídico del horizonte igualitario ha reconocido el sistema jurídico indígena y comprende que la costumbre ya no es fuente de derecho secundaria, sino principal que permite resolver conflictos en sede indígena.

El Convenio 169 de la OIT señala:

*“...el derecho de los pueblos indígenas de aplicar sus propios métodos para la persecución de delitos cometidos por sus miembros (art. 9,2). Ello establece, de una parte, el derecho de sus miembros ante el Estado, de ser juzgados por los métodos de sus propios pueblos y no por el derecho estatal. Pero al ser una atribución de los pueblos indígenas como colectivos, no es facultativo de las personas en tanto individuos, y por tanto no están en condiciones de huir legalmente de su sistema cuando no les conviene reparar una falta, trabajar o cumplir una sanción”* (Yrigoyen Fajardo 2004: 186).

El elemento material que privilegia el procedimiento de la justicia indígena está en resarcir el derecho de la parte agraviada y reestablecer el orden comunal, por eso *“...la justicia indígena, respetando circunstancias de tiempo y lugar se aplican los principios criminológicos, y en especial los victimológicos, donde las sanciones van orientadas a la reparación de las víctimas, es decir, el ofendido con heridas en su cuerpo tiene derecho a que el responsable pague las curaciones y si por motivo de las mismas heridas no puede trabajar el infractor debe cubrir la manutención de la familia de la víctima”* (Díaz Ocampo 2015: 03-04), es decir no se enfocan mucho en el castigo como en el caso de la justicia estatal, lo que representa una forma diferente de entender la solución a los conflictos sociales desde una visión comunitaria.

Asimismo, las sanciones deben ser entendidas interculturalmente:

*“En ese sentido, las sanciones impuestas en el derecho indígena no pueden ser calificadas prima facie como vulneradoras de derechos humanos, en tanto que para*

*su análisis es indispensable conocer los aspectos sociales y culturales de la comunidad en que se aplican, cuestión que puede obtenerse, verbigracia, por medio de un peritaje cultural o jurídico-antropológico, que permita comprender la cosmovisión indígena y su sistema normativo propio, lo que, incluso, podría variar dependiendo de la comunidad indígena de que se trate; en todo caso, ‘...lo importante es que al momento de evaluar estos hechos y los tipos de sanciones que se aplican, deben ser abordados desde una mirada intercultural y con clave pluralista, no se puede juzgar sólo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario...’ [Regalado, José Antonio. ‘De las sanciones y las penas en la justicia indígena’. En Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico, Manual para Operadores de Justicia. Martínez, Juan Carlos; Steiner, Christian; Uribe Granados, Patricia; Maselli, Claudia, coordinadores. Fundación Konrad Adenauer. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2012, página 104]” [el resaltado es propio] (Corte Constitucional de Guatemala en el Expediente 1467-2014 2016: 25).*

Un instrumento relevante para cumplir esta finalidad sin duda lo es el peritaje antropológico que a partir de conocimientos científico se puede llegar a un mejor entendimiento sobre la cosmovisión indígena y cómo opera su sistema normativo

En este contexto, si se tratara de una decisión adoptada por una asamblea de un pueblo indígena, esta debería ser respetada por la justicia estatal, sin que se quiera cuestionarla en base al “...formalismo, de acuerdo al cual solo deben exigirse las formalidades estrictamente necesarias para la consecución de los fines del proceso (art. 3 del Código Procesal Constitucional CPCo)” (Attard Bellido, 2014:77), pues goza de legitimidad constitucional y le alcanza la garantía de cosa juzgada.

En Colombia se ha establecido a través de la Corte Constitucional Colombiana que:

*“...la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento **deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena,** lo que presupone la*

existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, **la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades**; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse” (Corte Constitucional Colombiana en el Expediente T-83456 1996: 08-09).

Por ejemplo, la constitución de Bolivia reconoce: “...simultáneamente varias formas de participación política, incluyendo la forma clásica representativa (a través del voto y los cupos), pero también otras formas de participación directa (consulta, referéndum) y nuevas formas de participación, como la **democracia comunitaria**, esto es, el reconocimiento de formas de elección y ejercicio de la autoridad indígena de acuerdo a su propio derecho y procedimientos” [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2017b: 151), autoridades que sin duda resuelven de manera eficiente los conflictos que se presentan dentro de su comunidad, así tenemos que:

“...las organizaciones indígenas (comuneras, campesinas, ronderas, nativas) y una parte de la academia, señalan que, **en la vida real, la justicia indígena resuelve todo tipo de problemas, incluyendo casos graves, y respecto de cualquier persona**. Y además, la Constitución no ha puesto límites a las materias o casos que puede conocer la jurisdicción especial o indígena. Por lo tanto, la Ley de Coordinación debe servir para establecer mecanismos, como su nombre lo dice, para ‘coordinar entre jurisdicciones de igual jerarquía’, pero no para imponer a la jurisdicción indígena límites de materia, cuantía o persona, que no están en la Constitución. Al hacerlo, las autoridades indígenas serían perseguidas nuevamente por ‘usurpación de funciones’ y el reconocimiento constitucional se vaciaría de sentido” [el subrayado y resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2017a: 14).

Corresponde desde este planteamiento el reconocimiento y optimización de los mecanismos y procedimientos que los pueblos indígenas utilizan para conseguir paz social intercultural dentro de su comunidad, en concordancia con el principio de igual dignidad de los pueblos, lo cual exige entender que “[l]as funciones jurisdiccionales, comprenden las potestades

de investigación —que incluye la de convocar partes para interrogatorios o averiguaciones—, juzgamiento y toma de decisiones, así como la de aplicación coercitiva de sanciones y medidas diversas” (Yrigoyen Fajardo 2007: 395).

#### **D. El principio pro indígena como un criterio de desempate ponderativo.**

En primer lugar, corresponde mencionar que el principio de proporcionalidad:

*“... está constituido por tres sub-principios: el principio de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Los principios de adecuación y de necesidad están referidos a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible. Por lo tanto, ellos no tienen que ver con la ponderación, sino con evitar posibles intervenciones a derechos fundamentales que generen costos innecesarios para los demás principios. Estos dos principios se refieren, en otras palabras, al ‘Óptimo de Pareto’. Por el contrario, el tercer sub-principio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a una optimización relativa de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas serán determinadas principalmente por los principios opuestos. Este es propiamente el ámbito de acción de la ponderación, ya que la ponderación no consiste sino en la optimización relativa a los principios contrapuestos. La teoría de los principios, por consiguiente, es en esencia una teoría de la ponderación” [el resaltado es propio] (Alexy, Robert 2011: 66).*

El principio de proporcionalidad es un instrumento metodológico para resolver conflictos entre principios, sustancialmente constituye un límite a las limitaciones o prohibición de excesos que proscriben la intervención arbitraria y desproporcionada en los derechos, y nos da un procedimiento racional y operativo que nos permite evaluar la constitucionalidad de dichas intervenciones.

Para Aharon Barak la proporcionalidad es:

*“...es una construcción jurídica. Ella es un instrumento metodológico. La proporcionalidad está compuesta por cuatro componentes: el fin adecuado, la conexión racional, los medios necesarios y la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la vulneración causada al derecho fundamental (este último componente se denomina también ‘proporcionalidad en sentido estricto’). Estos cuatro componentes constituyen el núcleo de la cláusula restrictiva. Ellos son cruciales para la comprensión de la proporcionalidad” (Barak 2017: 159).*

Es necesario precisar que el análisis de proporcionalidad es progresivo y preclusivo, ya que no se puede avanzar al siguiente paso sin antes haber superado el previo.

Así en asuntos de jurisdicción indígena *“...la judicatura y la jurisprudencia están obligadas a adoptar criterios de ponderación y proporcionalidad”* (Corte Constitucional de Guatemala en el Expediente 1467-2014 2016: 06).

Habiendo hecho esta precisión resulta relevante considerar al principio pro indígena como un criterio de desempate ponderativo pues:

*“En cierto tipo de democracia constitucional, los derechos humanos pueden gozar de un estatus especial de forma tal que siempre que la balanza que se encuentre en equilibrio el extremo que soporta el derecho humano debe prevalecer. En caso de duda, la libertad prevalece (indubio pro libertate) [Véase Alexy, nota de pie 61, supra, p. 384. Véase también Kremnitzer, M., “Constitutional Principles and Criminal Law”, 27 Isr. L. Rev. 84, 88 (1993)]. Una democracia constitucional distinta puede determinar que los derechos humanos pueden ser importantes, pero que más aún lo es el interés público. En este tipo de democracia, siempre que la balanza esté en equilibrio el extremo que soporta el interés público prevalece. Cuando los extremos de la balanza se encuentren en equilibrio, prevalece el legislador [Ibid., en 410. Véase De Silva, nota al pie 87]. A la luz del estatus central que ocupa en los derechos humanos en las democracias constitucionales y a la luz de la función especial que desempeñan los jueces en la protección de aquellos derechos,*

*la cuestión que plantea el equilibrio de la balanza se debe resolver en favor de los derechos fundamentales, esto es, en favor de la libertad” (Barak 2017: 403-404).*

Por ese motivo el principio pro indígena también debe ser considerado un criterio de desempate que implica una mixtura entre el *pro libertate* y el principio democrático porque estamos hablando de colectivos culturales vulnerables sometidos a discriminación estructural, donde su posición especialmente desventajosa “...por la inequidad social, la pobreza económica y la exclusión” (Díaz Ocampo 2015: 16), exige se optimice el principio democrático constitucional de protección de las minorías indígenas que constituye una mixtura por tratarse de un derecho fundamental en clave colectiva.

- **Sobre la necesidad de una ley de coordinación o criterios jurisprudenciales vinculantes necesarios para resolver conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal.**

El planteamiento desarrollado en la presente investigación partió del pluralismo jurídico igualitario y el diálogo intercultural horizontal para arribar al principio pro indígena como elemento fundamental para resolver controversias entre la justicia indígena y la justicia estatal; en esa línea de pensamiento, “[l]a Ley de Coordinación debe servir para establecer mecanismos, como su nombre lo dice, para **‘coordinar entre jurisdicciones de igual jerarquía’**, pero no para imponer a la jurisdicción indígena límites de materia, cuantía o persona, que no están en la Constitución” [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2017a: 14), de lo cual se puede apreciar que solo se puede coordinar entre iguales, caso contrario se hablaría de “...subordinación o supervigilancia” (Yrigoyen Fajardo 2007: 407), lo cual resulta compatible con la igual dignidad de los pueblos o culturas.

Resulta indispensable que la ley de coordinación o los criterios jurisprudenciales vinculantes representen:

*“...una adecuación normativa entre la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y el resto de la normativa nacional, así como desarrollar aspectos que no son claros en la constitución. Lo que de ninguna manera puede hacer la ley es recortar o restringir derechos, pero sí puede ampliarlos o desarrollarlos. Esta ley tendría que ser*

*consultada con los pueblos indígenas para tener legalidad (lo ordena el art. 6 del Convenio 169 de la OIT) y legitimidad (consenso), como un primer paso en la construcción del Estado pluricultural” (Yrigoyen Fajardo 2004: 190).*

Es decir, su configuración debería respetar las exigencias constitucionales y convencionales compatibles con el *corpus iuris* internacional sobre derechos indígenas conformado los dispositivos normativos, jurisprudencia, opiniones consultivas, observaciones y recomendaciones generales que desarrollen tratamientos sobre la autonomía jurisdiccional indígena; además de que sean sometidos a consulta previa para que los pueblos indígenas en caso no estén de acuerdo con algunos aspectos, puedan ingresar a un diálogo democrático que sea respetuoso del derecho a la libre determinación que poseen. Desde esta perspectiva el Estado debe garantizar la autonomía de los pueblos indígenas cuyo “...contenido exige el establecimiento de las condiciones jurídicas y políticas que hagan posible y aseguren su ejercicio. Dentro de la institucionalidad de los Estados debe: a) garantizar la representación directa de los pueblos indígenas en las instancias de gobierno; y b) legitimar sus formas propias de autoridad, representación y administración de justicia. c) consistiría en el derecho a mantener y desarrollar su propia identidad, identificarse y ser reconocidos como tales” (Chuecas Cabrera s/f: 14). Tal orientación sería un lineamiento general sobre lo que debería considerar un marco normativo o jurisprudencial para un adecuado tratamiento de la justicia indígena dentro del Estado constitucional peruano que posee una diversidad importante en términos no solo cualitativo, sino cuantitativos.

Para Raquel Yrigoyen Fajardo los criterios y pautas para la coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal deben:

*“...resolver los conflictos de competencia: 1) material, 2) territorial, 3) personal, y 4) temporal entre ambos sistemas; 5) descriminalización del derecho y la justicia indígenas; 6) mecanismos para el respeto de actos jurídicos del derecho indígena; 7) mecanismos para el respeto de decisiones jurisdiccionales de la justicia indígena; 8) remisión de casos o situaciones al derecho indígena; 9) fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con procedimientos para resolver*

*denuncias por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena” (Yrigoyen Fajardo 1999: 52).*

La cuestiones de competencia y cooperación entre la justicia indígena y la justicia estatal son fundamentales para la coexistencia pacífica y democrática entre ambas, pues si se tienen reglas claras sobre estos asuntos como ocurren dentro de la jurisdicción ordinaria, no debería existir mayores complicaciones; lo importante es entender que la jurisdicción especial indígena está reconocida constitucionalmente en igualdad de condiciones y sus decisiones son legítimas y generan efecto de cosa juzgada, salvo que se declare la vulneración de un derecho fundamental por la justicia constitucional.

Para la justicia indígena en el Perú “...*el criterio fundante de la jurisdicción indígena es la competencia territorial. Esto es, que la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario son los que rigen dentro del espacio territorial del pueblo o la comunidad indígena o campesina. En estos países, la constitución y las leyes reconocen un espacio territorial/terras colectivas a los pueblos y/o las comunidades indígenas, campesinas o nativas” (Yrigoyen Fajardo 2004: 180), en ese sentido, el criterio de competencia territorial para la jurisdicción indígena es determinante, por lo que solo pueden conocer sobre hechos que se presenten en su ámbito territorial, fuera del cual no poseen legitimidad constitucional para intervenir. Para una mejor comprensión del concepto:*

*“...“**ámbito territorial**” es importante utilizar el Convenio 169 de la OIT que define el territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera” (art. 13, 2), e incluye dentro de los derechos territoriales inclusive “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (art. 14, 1). El ámbito territorial no equivale entonces a tierras de propiedad del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera” [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2004: 180).*



Como vemos el concepto de ámbito territorial debe ser interpretado en sentido amplio y extendido a todo terreno utilizado por los pueblos indígenas de alguna manera, lo que resulta compatible con los postulados del pluralismo jurídico igualitario y el principio pro indígena.

Sobre la competencia material:

*“La jurisdicción especial indígena tiene competencia para conocer todas las materias que juzgue conveniente, dentro del ámbito territorial propio (del pueblo indígena/comunidad) e, incluso extraterritorialmente, respecto de sus miembros, bajo ciertas circunstancias. Ni los textos constitucionales de los países andinos, ni el Convenio 169 establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de hechos que puede conocer el derecho indígena. Y donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, recortar o reducir. Esta amplitud es coherente con el hecho de que la jurisdicción especial o justicia se imparte de conformidad con [el] “derecho consuetudinario” (C. peruana) [...], es decir, de acuerdo con el sistema jurídico del pueblo o la comunidad indígena que se trate” [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2004: 182).*

Por tanto, la justicia indígena tiene competencia para conocer cualquier materia dentro de su ámbito territorial, sin importar se si se trata de casos graves o leves, como ya se ha desarrollado conforme a lo planteado por el pluralismo jurídico igualitario.

Sobre la competencia personal *“...sólo ha sido mencionada expresamente en una constitución. De la redacción de los textos constitucionales de Colombia y Perú se entendería que la jurisdicción indígena comprende a todas las personas que están dentro del ámbito territorial indígena, pues lo que rige es el criterio de competencia territorial” (Yrigoyen Fajardo 2004: 184), por lo que si cualquier persona interviene en un asunto de los pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial, la jurisdicción competente para resolver cualquier conflicto será la justicia indígena, toda vez que: “...las normas indígenas están destinadas a la regulación ordinaria de la vida social y vida interna de los pueblos indígenas, sus comunidades y sus miembros, como parte del derecho a la propia vida cultural” (Yrigoyen Fajardo 1999: 53). Esta precisión se encuentra en concordancia con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT que*

señala “...entre sus considerandos ‘las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus instituciones’. En esta línea, es consistente que el derecho indígena sea fortalecido afirmando su aplicación sobre el territorio/hábitat indígena tanto respecto de indígenas como no-indígenas, con el objeto de proteger los bienes y derechos indígenas” (Yrigoyen Fajardo 2004: 185). Todo ello nos puede permitir entender que si se tratan de asuntos indígenas la competencia personal puede recaer en indígenas y no indígenas conforme también a criterios territoriales.

Una perspectiva que si bien no es similar pero concuerda mucho lo tenemos a partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional de Guatemala, que precisa:

*“En ese sentido, para viabilizar el ejercicio del derecho indígena, en respeto y coordinación con las diferentes culturas que habitan el país, esta Corte estima necesario, como pauta del pluralismo jurídico, definir los elementos que deben concurrir para su aplicación: **a) personal:** consiste en que los sujetos interesados deben ser miembros, así como poseer y mantener un sentido de pertenencia a su comunidad, esto es, a su cultura, costumbres y tradiciones; **b) territorial:** los hechos deben ocurrir dentro del territorio que pertenece a la comunidad; **c) institucional:** debe existir y ser reconocido un sistema de resolución de conflictos propio, que integre sus usos, costumbres y procedimientos, comúnmente conocidos y aceptados por los miembros de la comunidad; y **d) objetivo:** el conflicto debe afectar los intereses de la comunidad de que se trate, por lesionar un valor protegido por su cultura” [el resaltado es propio] (Corte Constitucional de Guatemala en el Expediente 1467-2014 2016: 20).*

A partir de este desarrollo competencial para encontrar precisión sobre las facultades y legitimidad jurisdiccional indígena, resulta fundamental que estas potestades se encuentren definidas previamente como garantía de previsibilidad, o se definan en un diálogo intercultural con la jurisdicción ordinaria, lo que redundará en la mejor coordinación y cooperación entre ambas.

Respecto a las relaciones de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal a nivel regional tenemos que :

*“Las Constituciones hablan de una ley de coordinación (Colombia, Perú) o compatibilización (Ecuador), dando a entender una relación horizontal entre la jurisdicción ordinaria y la indígena (o especial). Y en lo que atañe a posibles conflictos o violaciones de derechos humanos por la jurisdicción especial, las Constituciones no dicen que esos casos deban pasar automáticamente a jurisdicción ordinaria. Sin embargo, esa es la tendencia práctica. [Aunque debe primar] el principio de la igual dignidad de las culturas y en diálogo intercultural, donde las autoridades indígenas tuvieran igual poder de definición que los jueces ordinarios”* (Yrigoyen Fajardo 2007: 148)

Las necesidades que tener marcos de coordinación apropiados postulan: *“...el establecimiento de reglas que permitan resolver conflictos de competencia, mecanismos de cooperación y auxilio mutuo [...] y dentro de una lógica democrática de diálogo intercultural, la ley también debería establecer los procedimientos para resolver presuntos conflictos entre derechos humanos y jurisdicción especial”* (Yrigoyen Fajardo 2004: 190), los cuales favorecen la coexistencia de la pluralidad, asimismo a nivel jurisprudencial muchas de las razones expuestas en las decisiones judiciales pueden permitir una *“...coordinación desde abajo entre la justicia indígena y la justicia ordinaria [pues] expresa el ritmo y la dirección de la construcción de interlegalidad. Las prácticas concretas de convivencia o de articulación entre las dos justicias llevadas a cabo por las poblaciones son múltiples y revelan la creatividad social y cultural mucho más allá de lo que puede ser legislado”* (Sousa Santos 2012: 47), aspecto que en términos pragmáticos puede favorecer encontrar criterios más precisos para resolver los conflictos jurisdiccionales.

Este tipo de planteamientos no son nuevos pues ya han sido presentadas a entidades del Estado como el Poder Judicial para ir definiendo criterios para una ley de coordinación, como a continuación se presenta:

***“La propuesta de pacto presentada por las organizaciones de pueblos indígenas y afrodescendientes del Perú al poder judicial, con fecha 23/2/2017: ‘pacto interjurisdiccional por el pluralismo jurídico igualitario y la efectividad de los***

*derechos de los pueblos originarios y afrodescendientes? Ejes de una nueva relación:*

*1. Dar cumplimiento pronto y efectivo a los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes; los que constituyen derechos intrínsecos y además están reconocidos en la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, según los más altos estándares.*

*2. Fortalecer la Jurisdicción Originaria o Especial, sus autoridades, derecho propio y potestades jurisdiccionales; así como el respeto y cumplimiento de sus decisiones, las que son legítimas y tienen igual valor, eficacia y obligatoriedad que las decisiones de la jurisdicción ordinaria.*

*3. Instalar Mecanismos de Coordinación Interjurisdiccional, entre la jurisdicción originaria o especial y la jurisdicción ordinaria, bajo el principio de paridad entre jurisdicciones, sin subordinación ni limitaciones no autorizadas por el art. 149° de la Constitución; para facilitar la cooperación entre ambas jurisdicciones, la resolución de conflictos de competencia, y evitar la criminalización arbitraria.*

*4. Identificar y establecer medidas para dar fin a prácticas de persecución arbitraria de autoridades o miembros de pueblos originarios por practicar su cultura o normas propias, ejercer funciones jurisdiccionales o defender sus derechos.*

*5. Fortalecer la interculturalidad y el multilingüismo en la justicia, en los casos de competencia de la jurisdicción ordinaria; así como los espacios de intercambio y formación mixta entre las autoridades de ambas jurisdicciones.*

*Las partes queremos construir un Estado Plural de derecho, que respete, valore y garantice la diversidad; que repare las injusticias históricas y contemporáneas; y termine la exclusión y discriminación que afecta a los pueblos indígenas y afrodescendientes, y sus miembros” (citado por Yrigoyen Fajardo 1999: 15).*

En este contexto, es criterio de esta investigación que estos criterios de: reconocer y aplicar los derechos de los pueblos indígenas, fortalecer la jurisdicción especial indígena, instalar mecanismos de coordinación interjurisdiccional, establecer medidas para evitar la persecución arbitraria de autoridades indígenas, y fortalecer la interculturalidad y multilingüismo en la justicia, son directrices bases para una mejor coexistencia entre la justicia indígena la justicia estatal. Estos lineamientos son expresión de la transvesalización del enfoque de interculturalidad

que favorecerá un tratamiento y relación apropiada de la diversidad de sistemas jurídicos culturales.

En estas disquisiciones Raquel Yrigoyen Fajardo rescata también el “Proyecto de ley de desarrollo constitucional del artículo 149° y adecuación normativa del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, aprobado en el I Encuentro Nacional de Rondas Campesinas, Chocas, 11 de marzo de 2001, para lo cual expone lo siguiente:

*“Para dar unas pistas que permitan arrancar el debate, quiero dejar en la mesa dos propuestas sobre la Ley de Coordinación y el establecimiento de mecanismos para la resolución de conflictos de interlegalidad y presuntas violaciones de derechos individuales por la jurisdicción especial.*

*Una de ellas es la que hicieron las rondas campesinas en su Encuentro de Bambamarca (Cajamarca, 2000), mejorada en el Encuentro de Chocas (Lima, 2001):*

*Proyecto de ley de desarrollo constitucional del Artículo 149° y adecuación normativa del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. I Encuentro Nacional de Rondas Campesinas, Chocas, 11 de marzo de 2001,*

#### ***Justicia Indígena y comunal***

***9. Reconocimiento y respeto del derecho consuetudinario y jurisdicción especial.***  
*Reconózcase la validez y vigencia de las decisiones de las Rondas Campesinas, PI, CC y CN en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y la aplicación de su derecho consuetudinario dentro de su ámbito territorial, sin violación de derechos humanos. Las decisiones de las autoridades comunales constituyen cosa juzgada. Las autoridades del Estado y los particulares deberán respetar y acatar dichas decisiones. Las autoridades registrales están obligadas a la inscripción de actos jurídicos y decisiones tomadas por la jurisdicción especial y el derecho consuetudinario.*

***10. Relaciones de coordinación y apoyo.***  
*Establézcase relaciones de coordinación entre las autoridades de la jurisdicción especial y las autoridades de la jurisdicción ordinaria y otras autoridades del sector público, respetando el derecho de autonomía*

*de aquellas. Las autoridades de la jurisdicción especial pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado.*

*11. Procedimiento especial en caso de presunta violación de derechos humanos. Instáurese procedimientos adecuados para resolver presuntos conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos. En caso de presunta violación de derechos fundamentales de la persona por parte de la jurisdicción especial, deberá conformarse un tribunal mixto compuesto por autoridades de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción especial para resolver el conflicto mediante reglas de equidad. En caso de que no se llegue a un acuerdo en el Tribunal Mixto, el caso pasará al Tribunal Constitucional, el que para estos efectos incluirá un miembro supernumerario que conozca el derecho consuetudinario” (citado por Yrigoyen Fajardo 2007: 413).*

Como vemos existen planteamientos sólidos respecto a los criterios y planteamientos que debe tener una ley de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal, que buscan se reconozca el derecho consuetudinario y jurisdicción especial, relaciones de coordinación y apoyo entre ambas, y procedimientos adecuados para resolver presuntos conflictos de derechos humanos y el derecho consuetudinario, lo cual respalda los planteamientos que resultan compatibles con el pluralismo y diálogo intercultural.

En el Perú, pese a que existe una obligación expresa para que el legislador apruebe la ley de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal, hasta la fecha no se ha materializado:

*“Al no haberse dado la Ley de Coordinación, no se han establecido los procedimientos adecuados para resolver tales conflictos. La normativa existente en el Perú solo prevé procedimientos para cuestionar presuntas violaciones de los derechos humanos en general, sin especificar el caso de la jurisdicción especial. En este supuesto, al tratarse de decisiones de una autoridad jurisdiccional —de la jurisdicción especial—, cabría la interposición de acciones de garantía por presunta vulneración de derechos de la persona contra las decisiones de la jurisdicción especial ante la Corte Superior correspondiente, según la ley de habeas*

*corpus y amparo (ahora, reemplazada por el nuevo Código Procesal Constitucional)” [el resaltado es propio] (Yrigoyen Fajardo 2007: 411).*

En este contexto, se puede afirmar que en la práctica cualquier alegación de vulneración de derechos fundamentales por la jurisdicción especial indígena es controlada por la justicia constitucional, lo cual ya constituye un adecuado relacionamiento entre el ejercicio de la justicia indígena y el control constitucional necesario para garantizar la protección de los derechos fundamentales, como lo establece el artículo 149° de la Constitución; lo que representa un importante criterio que refuerza el pluralismo jurídico igualitario dado que no existen una intervención de la justicia ordinaria en este caso para controlar lo resuelto por la justicia indígena.

La diversidad que existe en el Perú nos puede plantear que:

*“Hay comunidades donde las autoridades indígenas resuelven todos los casos relevantes en la comunidad. Hay otras que dialogan y coordinan con la justicia ordinaria para resolver problemas que, en su criterio, no son de su competencia o generan dificultades, y por tanto resulta mejor recurrir a la justicia ordinaria o estatal para fortalecer la comunidad. En síntesis, tenemos una diversidad tanto en los temas que resuelve la justicia indígena, como en las autoridades, los procedimientos, los casos, las sentencias y las sanciones” (De Sousa Santos 2012: 19).*

La multiplicidad de pueblos indígenas y variedad de sistemas jurídicos plantean dificultades a la hora de establecer regulaciones tipo regla con supuestos de hecho y consecuencias jurídicas cerradas, como se ha explicitado líneas arriba las disposiciones normativas de los proyectos de ley de coordinación planteados por las comunidades indígenas tienen una configuración de tipo principio, considerando que cada lineamiento se pueda optimizar en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible en cada caso concreto; aspecto que se debe considerar adecuado porque la heterogeneidad de los colectivos e imposibilidad de regulación como reglas jurídicas de todos los hechos que se puedan presentar, la salida más adecuada es que cada una de las normas de coordinación se estructuren como principio jurídico.

Asimismo se debe incidir en la *“...descolonización de las instituciones, de las prácticas y de las mentalidades es un proceso que va a durar mucho tiempo porque la realidad es mucho*

*más colonial de lo que podemos imaginar y el colonialismo se manifiesta de muchas formas. El racismo es solamente la más conocida”* (De Sousa Santos 2012: 21), para que estas relaciones de coordinación materializadas en normas no estén plagadas de planteamientos relacionados con posiciones de subordinación colonial incompatibles con el pluralismo igualitario, pues:

*“En el nivel normativo es en donde se recepta la pluralidad. No se crea nada nuevo, sólo se reconoce lo ya existente y en la búsqueda del respeto a la diversidad, es que se integra el Estado con la Nación, encontrando vías de comunicación entre el derecho indígena y el derecho oficial, que no signifique la subordinación de uno a otro, sino por el contrario, **la coexistencia armónica de múltiples sistemas jurídicos en un mismo ámbito, en donde uno de los pilares de genuinas democracias deliberativas sea el diálogo comprometido de los distintos actores que la compone**”* [el resaltado es propio] (Díaz Ocampo 2015: 05)

En el artículo 11° de la Constitución de Bolivia se reconoce *“...tres formas de democracia: la democracia representativa, la democracia participativa y la democracia comunitaria, siendo esta última la forma de democracia que pretende corresponder a las prácticas de organización política de las comunidades indígenas. La complementariedad de estas tres formas de democracia en un horizonte de democracia intercultural constituye uno de los retos principales de la plurinacionalidad”* (Sousa Santos 2012: 27). Por eso, el modelo de democracia que se debe postular desde el pluralismo jurídico, siempre debe permitir promover la representación en igualdad de condiciones, que no se encasille en una sola forma de concebirla (democracia representativa, participativa o comunitaria), pues la teoría del Derecho cada vez va formulando mejores paradigmas para una convivencia social pacífica que garantizar igualdad material de las mayorías y las minorías, que muchas veces muestra la confluencia de las mejores características de cada una para arribar a una teoría mixta que *“...al menos temporalmente, [planté una acción positiva] a favor de la justicia indígena”* (Sousa Santos 2012: 45).

No deja de tener razón que para mejorar las relaciones de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal resulta necesario, además de una reforma legal con lo ya propuesto desde hace muchos años, una importante *“...cultura jurídica de convivencia, compartida por los operadores de las dos justicias en presencia”* (De Sousa Santos 2012: 34), esta exigencia supera



los esquemas eminentemente normativos y necesita desarrollos interdisciplinarios que junto a voluntad política puedan difundir el discurso del pluralismo jurídico; “[p]or esto, antes de hablar del Derecho Indígena, es imprescindible conocer, sobre el pluralismo jurídico. Este permite reconocer la existencia, de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. Entre otros términos, se denomina sistema jurídico al sistema de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social dentro del Estado” (Díaz Ocampo 2015: 09).

El atavismo colonial que ha permeado las relaciones sociales y jurídicas entre la jurisdicción indígena y jurisdicción estatal reafirma “...prejuicios epistemológicos, constituyen uno de los principales obstáculos para una real materialización de la Constitución y sus ejes rectores, es decir el pluralismo descolonizante e intercultural” (Attard Bellido 2012: 159), que necesitan ser superados en pro de un mejor entendimiento intercultural, para generar mecanismos de retroalimentación entre ambos (Attard Bellido 2012: 149). El desarrollo legal intercultural de los derechos humanos de los pueblos indígenas debería estar orientado a que el tránsito a un efectivo Estado plurinacional pueda realizarse sobre bases sólidas, para lo cual es necesaria la implementación de una estructura orgánica y capacitación de asuntos indígenas para operadores del derecho y equipos interdisciplinarios para difundir el discurso.

Finalmente, se debe evitar la criminalización de conductas que en ámbitos culturales indígenas no constituyan infracción a su sistema jurídico, porque “...cuando se trata de hechos que son valorados culturalmente de modo distinto por diversas culturas, la igual dignidad de éstas no justificaría que una orientación cultural criminalice una práctica que es aceptada por otro pueblo. En todo caso, aquí cabe una vasta tarea de diálogo y acuerdo intercultural” (Yrigoyen Fajardo 2004: 187); asimismo, la igual dignidad debe expresar servir para que los pueblos indígenas puedan determinar interpretaciones de derechos humanos en igualdad de condiciones, así como lo hace la justicia estatal, y acercarnos a un diálogo nos lleva a que la deliberación sea más probable (Linares 2015: 1985).

### **3.4- CONCLUSIONES.**

El artículo 149° de la Constitución reconoce expresamente la autonomía jurisdiccional indígena sujeto al límite concreto del respecto irrestricto a los derechos fundamentales, y la

necesidad establecer mecanismos de coordinación para resolver controversias entre la justicia indígena y la justicia estatal, aspecto que es reforzado con el reconocimiento a la identidad cultural diferenciada individual y colectiva prescrita en el artículo 2°.19 de la Constitución; sin embargo, este no es el único marco jurídico aplicable a los pueblos indígenas porque a partir del artículo 55 y IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se amplía la gama de normas jurídico-constitucionales a un parámetro internacional del Sistema Interamericano y Universal de los Derechos Humanos, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el expediente N° 45-2004-PI/TC del Caso PROFA II, a partir del cual establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado peruano tienen fuerza normativa y efecto vinculante directo, así como las decisiones emitidas por Tribunales Internacionales sobre derechos humanos; lo que permite ampliar la proyección de la interpretación para la mejor protección de los derechos de los pueblos indígenas. En este punto, vemos que el sistema de fuentes nacional e internacional tienen carácter obligatorio aunado al hecho que nos encontramos ante razones de autoridad; sin embargo, no debemos perder de vista que en el derecho comparado Latinoamericano existen pronunciamientos con sólidas razones sustantivas que merecen sean consideradas como criterios relevantes en discusiones sobre el asunto estudiado.

El derecho a la libre determinación de los pueblos y el principio democrático constitucional de protección de las minorías (artículo 1° y 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, respectivamente), conceden a los pueblos indígenas garantías para alcanzar igualdad material individual y colectiva en pro de la persona humana y la defensa de su dignidad, lo cual resulta compatible con el sentido de autonomía que reclaman y se ha positivizado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El principio pro indígena establecido en el artículo 35° del Convenio 169 de la OIT, es una concretización del principio matriz *pro homine* del artículo 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, se trata de una manifestación del proceso de especificación de los derechos humanos desarrollado por Norberto Bobbio, el cual exige que en caso el intérprete se encuentre ante varias interpretaciones de un dispositivo normativo, elija aquella que sea más protectora o resulte más favorable a la vigencia y eficacia de los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, el principio pro indígena como uno de carácter jurídico busca

optimizar y equilibrar en la mayor medida posible las relaciones asimétricas de desventaja que enfrentan los pueblos indígenas, debido a su histórica situación de vulnerabilidad que enfrentan actualmente en nuestro contexto global, aspecto que ha sido considerado en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 donde estos colectivos han sido clasificados como un grupo de especial protección.

El principio pro indígena como una elaboración teórica inacabada y susceptible de ser contrastada con la realidad en cada caso concreto, buscar operar por intermedio de un diálogo intercultural horizontal para que se puedan respetar con obligatoriedad de los derechos de los pueblos indígenas; a partir de este principio se considera apropiado el reconocimiento amplio de las funciones jurisdiccionales a los pueblos indígenas porque constituye garantía de su igual dignidad colectiva y constantes reclamos de representación democrática intercultural auténtica.

El principio pro indígena debe ser la directriz jurídica que busque la optimización en la mayor medida posible de lo fáctico y jurídicamente de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas en función del grupo y de su pertenencia cultural, así como la prevalencia de las protecciones externas y restricciones internas de estos colectivos y escrutinios estrictos para la maximización de la autonomía indígena, que son mecanismos para su subsistencia legítima en un Estado constitucional; sobre este último punto, debemos mencionar que muchas de las prácticas tradicionales indígenas si bien facilitan que se conserven las tradiciones culturales propias, a veces pueden constituir intervenciones importantes en la libertad de los miembros de la comunidad, para lo cual deberá evaluarse en cada caso concreto cual es la connotación de esa exigencia cultural dentro del pueblo indígena, para que finalmente puedan ponderarse favorablemente considerando escrutinios estrictos a su favor como una forma de reforzar derechos culturales de la comunidad como exigencia de igualdad material.

El principio pro indígena debe ser considerado como un derecho, un principio jurídico fundamental de interpretación, una norma de procedimiento y un criterio de desempate ponderativo.

El principio pro indígena como un derecho fundamental debe ser la garantía de aplicación directa y justiciable a través de los tribunales, que debe ser concebido no solo en su dimensión subjetiva que les reconoce un poder jurídico a los pueblos indígenas para darse potestativamente

sus propias autoridades e instituciones, establecer su normativa y procedimiento conforme a su derecho consuetudinario, y ejercer funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial; sino debe ser complementada con su dimensión objetiva que representa la materialización axiológica del orden de valores y principios de su sistema jurídico, que irradian el ordenamiento jurídico e impone obligaciones jurídicas al Estado (eficacia vertical) y respeto de los privados (eficacia horizontal) para una actuación que concrete el desarrollo y protección de estos colectivos; todo bajo el control constitucional de los tribunales que deben estar conformados proporcionalmente con miembros de los colectivos indígenas como expresión transparente de una democracia intercultural, lo cual permitirá tener un diálogo plural sin intermediarios con otras posturas y visiones del mundo para resolver conflictos o declarar el derecho conforme corresponda.

El principio pro indígena como principio jurídico de interpretación fundamental establece como obligación hermenéutica intercultural con parámetro convencional que ante la existencia de una pluralidad de interpretaciones de un dispositivo normativo o hecho, se elija aquella que más satisfaga los derechos de los pueblos indígenas o los concretice de manera más óptima el valor de la diversidad cultural dentro de nuestro Estado constitucional. Este camino no es sencillo pues se requiere que el intérprete utilice herramientas interculturales para comprender las conductas realizadas en entornos no occidentales, una pericia antropológica puede contribuir a este fin, por ejemplo, una muestra de interpretación intercultural de los hechos puede permitirnos entender que el ejercicio del derecho de defensa dentro de una comunidad indígena recae en los familiares quienes conocen las tradiciones, normas y sanciones tradicionales, por ese motivo, no se podría concluir que se ha vulnerado el debido proceso en una asamblea, esta es una muestra clara que en cada pueblo existe un debido proceso que debe ser comprendido en términos interculturales para que se optimice la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas. La aplicación de una favorabilidad interpretativa debe buscar priorizar elementos culturales indígenas propios, flexibilizar requisitos de admisión sustantiva y procesal en función a procedimientos y normas propias, para que el derecho estatal no se inmiscuya ni tenga injerencias en espacios donde no es competente. En el Perú en el Recurso de Nulidad N° 975-2004-SAN MARTIN de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, se ha aplicado una interpretación favorable respecto a las competencias de las rondas campesinas que por sí mismas pueden ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio y no meramente como un “apoyo” de las comunidades campesinas y nativas, a partir de una interpretación extensiva del artículo 149° de la

Constitución. En este punto, se debe recalcar que el incumplimiento por parte del Estado de aplicar interpretaciones favorables de los derechos de los pueblos indígenas representará el incumplimiento de una obligación internacional que genera responsabilidad del Estado.

El principio pro indígena entendido como una norma de procedimiento exige prioritariamente se elijan los mecanismos y procedimientos indígenas a la hora de resolver un conflicto entre la justicia indígena y la justicia estatal; asimismo, en caso se tomen decisiones que afecten a uno o más pueblos indígenas, como garantía procesal debe respetarse la consulta previa para que con la información completa evalúen las justificaciones y repercusiones que tendrá en su comunidad, y se ponderen favorablemente los intereses de los pueblos indígenas frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. También se debe considerar que las competencias por razón del territorio, de la materia y de la persona deben ser interpretadas de forma amplia con prevalencia del sentido material sobre el formal y con prioridad de elegir resolver la controversia con el derecho consuetudinario indígena que es fuente principal, sin perjuicio de la colaboración estatal, en especial si no existe una limitación expresa razonable en dispositivos normativos nacionales e internacionales para su ejercicio; más aún si el elemento material que privilegia el procedimiento de la justicia indígena está sustentado en valores como resarcir el derecho de la parte agraviada y reestablecer el orden comunal, lo que representa una forma diferente de entender la solución a los conflictos sociales desde una visión comunitaria.

El principio pro indígena como un criterio de desempate ponderativo que implica que en caso nos encontremos en un empate en el sub test de proporcionalidad en sentido estricto, se opte preferir la posición que optimice los derechos de los pueblos indígenas, que se encuentran respaldados por el principio democrático constitucional de protección de las minorías indígenas que las ubica entre el planteamiento del *pro libertate* y el principio democrático por tratarse de derechos fundamentales colectivos que las democracias constitucionales protegen prioritariamente por la discriminación estructural que históricamente sufren.

El marco conceptual desarrollado nos permite apreciar el alto grado de vulnerabilidad de los pueblos indígenas respecto del Estado peruano y el modelo económico vigente, donde predominantemente existen relaciones verticales de subordinación que los ubica en una posición

de desventaja y los posiciona como un grupo de especial protección, dentro de un marco económico global que busca reducir su autonomía al pretender ingresar a sus territorios para explotar recursos naturales. A partir de haber desentrañado la posición de vulnerabilidad en la realidad, el sistema constitucional tiene la finalidad que se pueda compensar ese desequilibrio en las relaciones jurídicas utilizando herramientas fundamentales como el principio pro indígena que contiene un enfoque de derechos humanos con visión de interculturalidad.

Los pueblos indígenas en el Perú denominados comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas, etc., tienen las competencias reconocidas nacional e internacionalmente para el ejercicio de su autonomía jurisdiccional, para lo cual no solo se deben considerarse los criterios objetivos para la determinación de la titularidad de estos derechos, sino también el criterio subjetivo de autoidentificación, esto en mérito a que se les debe garantizar su identidad cultural diferenciada no solo individual sino colectiva que merece protección constitucional reforzada por su grado de vulnerabilidad al ser grupos minoritarios buscan que las instituciones y leyes de la sociedad sean más permeables a sus diferencias culturales; más aún si se puede identificar que el pluralismo jurídico del horizonte igualitario que pregonan los pueblos indígenas, encuentra importantes puntos de coincidencia que refuerzan la protección del derecho a gozar de un ambiente sano y saludable frente a la contaminación ambiental.

La justicia indígena debe ser tratada como una jurisdicción especial sometida a la justicia constitucional porque los límites impuestos en el artículo 149° de la Constitución están referidos al irrestricto respeto de los derechos fundamentales que son evaluado a través del control constitucional; en ese sentido, no se puede admitir que la jurisdicción ordinaria revise lo decidido por la justicia indígena ya que esto implicaría una muestra clara de pluralismo jurídico subordinado que desconoce la igual dignidad de los pueblos. En este sentido, a partir de la norma nacional, y la norma y jurisprudencia internacional se puede concluir que el pluralismo jurídico igualitario, entendido como la igualdad entre sistemas jurídicos estatales y no estatales; y la necesidad de un diálogo e interpretación intercultural de la norma y los hechos, exigen una participación de los pueblos indígenas en igualdad de condiciones en el debate público, en especial sobre los asuntos que les son relevantes o les afectan, por tal motivo no se puede reducir al punto de desaparecer su autonomía jurisdiccional, o asignarles casos que solo son sencillos o simples, tampoco es posición del trabajo se pueda utilizar los mecanismos alternativos de

solución de conflictos, como por ejemplo el arbitraje pues no nos encontramos frente a partes o intervinientes que se encuentren en la misma posición, es decir, existe desigualdad estructural que padecen los pueblos indígenas; por ello, la premisa de la que parte el arbitraje es que los participantes se encuentran en la misma situación jurídica en igualdad de condiciones, sin que existan asimetría en las relaciones entre ambos, lo que no ocurre en situaciones donde existe conflicto entre justicia indígena y justicia estatal, dado que persisten relaciones de dominación colonial que no podrían ser atendidas de modo equitativo por este mecanismo de solución de conflictos; en tal contexto, el reconocimiento de la justicia indígena como jurisdicción especial sometida al control del control constitucional de los tribunales constituye el lineamiento que se refuerza con lo desarrollado.

En caso exista detenciones o investigaciones penales (secuestro, usurpación de funciones, abuso de autoridad, etc.) a autoridades en el marco del ejercicio de su función jurisdiccional cabe utilizar el mecanismo de defensa denominado excepción de improcedencia de acción en clara alusión al error culturalmente condicionado establecido en el artículo 15° del Código Penal y el artículo 18° del Código Procesal Penal que excluye expresamente de la competencia de la jurisdicción ordinaria a los hechos punibles previstos en el artículo 149° de la Constitución. También puede plantearse un proceso constitucional de hábeas corpus pues no existe base legal para aprehender a una persona legitimada para ejercer funciones jurisdiccionales indígena.

Límites a la justicia indígena son los mínimos de no matar, no torturar, no someter a esclavitud o servidumbre, y no violar el debido proceso ancestral, en caso exista una vulneración de estos se podrá cuestionar vía procesos constitucionales como ocurre en casos donde la justicia estatal se extralimita. Resulta fundamental que el enfoque de derechos ingrese y atraviese transversalmente el sistema jurídico indígena para resolver algunos abusos de poder por posiciones de dominación patriarcal. Un caso relevante y recurrente que debe ser evaluado en la casuística indígena está referido a los matrimonios o convivencia de adolescentes menores y mayores de catorce años podrían encontrarse obligadas contra su voluntad por tradiciones a contraer matrimonio o convivencia con personas adultas, si esto es así, se debería encontrar mecanismos para que se evalúe críticamente si existe una relación de dominación machista que anula el consentimiento de la adolescente, y en consecuencia, se afectan los derechos de las adolescentes indígenas, pues recordemos que los límites al derecho indígena están que no se

afecten derechos fundamentales, por eso es esencial que este discurso penetre y pueda romper la violencia de género enquistada en tradiciones machistas que el derecho constitucional no admite y busca revertir; esto teniendo en consideración lo establecido en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre “el derecho niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

Al posicionar a la justicia indígena en el mismo nivel que la justicia ordinaria el mecanismo de coordinación entre ambas en igualdad de condiciones exige tener un relacionamiento basado en el diálogo intercultural horizontal, donde la palabra clave es “coordinar” porque tal acción se realiza entre jurisdicciones de igual jerarquía que deben relacionarse a fin de conseguir igualdad material y paz social intercultural dentro del Estado constitucional, en concordancia con el principio de igual dignidad de los pueblos.

Una ley de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal o los criterios jurisprudenciales vinculantes sobre el asunto, deben partir de planteamientos propios del pluralismo jurídico igualitario y diálogo intercultural horizontal para arribar a criterios compatibles con lo desarrollado en la presente investigación sobre el principio pro indígena. El concepto de coordinación nos lleva a entender que este solo puede realizar entre pueblos o culturas que se encuentran en una posición equivalente, lo cual resulta compatible con la igual dignidad de los pueblos.

La ley de coordinación debe constituir el desarrollo legal del artículo 149° de la Constitución y la adecuación del ordenamiento jurídico nacional a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y el corpus iuris internacional vinculante para el Estado, que finalmente necesita ser materia de una consulta previa a los pueblos indígenas para su aprobación, como expresión de un diálogo democrático que respete su derecho a la libre determinación y autonomía que poseen.

La cuestiones de competencia y cooperación entre la justicia indígena y la justicia estatal son fundamentales para la coexistencia pacífica y democrática entre ambas, pues si se tienen reglas claras sobre estos asuntos como ocurren dentro de la jurisdicción ordinaria, no debería existir mayores complicaciones; lo importante es entender que la jurisdicción especial indígena está reconocida constitucionalmente en igualdad de condiciones y sus decisiones son legítimas y



generan efecto de cosa juzgada, salvo que se declare la vulneración de un derecho fundamental por la justicia constitucional.

El criterio de competencia territorial para la jurisdicción indígena es determinante, por lo que solo pueden conocer sobre hechos que se presenten en su ámbito territorial, fuera del cual no poseen legitimidad constitucional para intervenir. Asimismo, el concepto de ámbito territorial debe ser interpretado en sentido amplio y extendido a todo terreno utilizado por los pueblos indígenas de alguna manera. El criterio de competencia por razón de la materia habilita a la jurisdicción indígena a conocer cualquier materia dentro de su ámbito territorial, sin importar se si se trata de casos graves o leves, toda vez que ningún dispositivo legal restringe o distingue que no pueda hacerlo. El criterio de competencia por razón de la persona habilita que la jurisdicción indígena intervenga a cualquier persona (indígena o no indígena), siempre que se trate de un asunto relacionado a los pueblos indígenas y dentro de su ámbito territorial. A partir de este desarrollo competencial para encontrar precisión sobre las facultades y legitimidad jurisdiccional indígena, resulta fundamental el establecimiento de reglas que permitan resolver estos conflictos entre ambas jurisdicciones, así como mecanismos de auxilio mutuo, pues existirá mayor garantía y se reducirá considerablemente las tensiones si existen pautas claras previamente aprobadas en un diálogo intercultural, lo que además redundará en la mejor coordinación y cooperación entre ambas.

En este contexto, es criterio de esta investigación que estos criterios de: reconocer y aplicar los derechos de los pueblos indígenas, fortalecer la jurisdicción especial indígena, instalar mecanismos de coordinación interjurisdiccional, establecer medidas para evitar la persecución arbitraria de autoridades indígenas, y fortalecer la interculturalidad y multilingüismo en la justicia, son directrices bases para una mejor coexistencia entre la justicia indígena la justicia estatal. Estos lineamientos son expresión de la transvesalización del enfoque de interculturalidad que favorecerá un tratamiento y relación apropiada de la diversidad de sistemas jurídicos culturales.

Asimismo, la jurisdicción constitucional en la práctica resuelve la vulneración de derechos fundamentales por la jurisdicción especial indígena, lo cual ya constituye un adecuado relacionamiento entre el ejercicio de la justicia indígena y el control constitucional necesario para

garantizar la protección de los derechos fundamentales, como lo establece el artículo 149° de la Constitución; aspecto que refuerza el pluralismo jurídico igualitario dado que no existen una intervención de la justicia ordinaria en este caso para controlar lo resuelto por la justicia indígena.

La diversidad de sistemas jurídicos y las relaciones de dominación colonial presentes en el relacionamiento entre la justicia indígena y la justicia estatal, plantean dificultades a la hora de establecer regulaciones tipo regla con supuestos de hecho y consecuencias jurídicas cerradas, considerando esto resulta necesario que de preferencia los dispositivos normativos que definan la coordinación jurisdiccional sean estructurados como principios jurídicos para que en cada caso concreto se pueda optimizar en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible los derechos de los pueblos indígenas; dado que la heterogeneidad de los colectivos indígenas e imposibilidad de la regulación de todos los supuestos de hecho como reglas jurídicas, hacen que resulte más adecuado este planteamiento.

Finalmente, el desarrollo legal o jurisprudencial intercultural de los derechos humanos de los pueblos indígenas debería estar orientado a que el tránsito a un efectivo Estado plurinacional pueda realizarse sobre bases sólidas, para lo cual es necesaria la implementación de una estructura orgánica y capacitación de asuntos indígenas para operadores del derecho y equipos interdisciplinarios para difundir el discurso.

## CONCLUSIÓN

Es obligatoria la aplicación del pluralismo jurídico igualitario y el uso del diálogo intercultural horizontal, con primacía del principio pro indígena, en el tratamiento jurisdiccional de los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal, con base en el artículo 149° de la Constitución Política del Perú. La justicia indígena es una jurisdicción especial sometida a la justicia constitucional porque los límites impuestos en el artículo 149° de la Constitución están referidos al irrestricto respeto de los derechos fundamentales que son evaluado a través del control constitucional; en ese sentido, no se puede admitir que la jurisdicción ordinaria revise lo decidido por la justicia indígena ya que esto implicaría una muestra clara de pluralismo jurídico subordinado que desconoce la igual dignidad de los pueblos. Asimismo, la jurisdicción constitucional en la práctica resuelve cualquier presunta vulneración de derechos fundamentales por la jurisdicción especial indígena, lo cual ya constituye un adecuado relacionamiento entre el ejercicio de la justicia indígena y el control constitucional necesario para garantizar la protección de los derechos fundamentales, como lo establece el artículo 149° de la Constitución; aspecto que refuerza el pluralismo jurídico igualitario dado que no existen una intervención de la justicia ordinaria en este caso para controlar lo resuelto por la justicia indígena.

La jurisdicción especial indígena es constitucionalmente autónoma y debe ejercerse respetando el límite a los derechos fundamentales, conforme a lo establecido en el artículo 149° de la Constitución Política del Perú. La justicia indígena ejerce un tipo especial de potestad jurisdiccional autónoma que integra y complementa la función jurisdiccional estatal conforme al principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (art. 139.1 de la Constitución); asimismo, se sustenta en postulados filosóficos auténticos que se condensan en la idea de “buen vivir” y riñen con los planteamientos liberales de la justicia estatal hegemónica; esta potestad de impartir justicia es ejercida por las comunidades indígenas dentro del Estado pluricultural peruano, conforme a criterios competenciales (territorial, personal y por materia) y dentro del límite al respeto de los derechos fundamentales, a razón de lo establecido en el artículo 149° de la Constitución Política del Perú. El artículo 149° de la Constitución reconoce expresamente la autonomía jurisdiccional indígena sujeto al límite concreto del respeto irrestricto a los derechos fundamentales, y la necesidad establecer mecanismos de coordinación para resolver controversias entre la justicia indígena y la justicia estatal, aspecto que es reforzado con el reconocimiento a la identidad cultural diferenciada individual y colectiva prescrita en el artículo 2°.19 de la

Constitución; sin embargo, este no es el único marco jurídico aplicable a los pueblos indígenas porque a partir del artículo 55 y IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se amplía la gama de normas jurídico-constitucionales a un parámetro internacional del Sistema Interamericano y Universal de los Derechos Humanos, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el expediente N° 45-2004-PI/TC del Caso PROFA II, a partir del cual establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado peruano tienen fuerza normativa y efecto vinculante directo, así como las decisiones emitidas por Tribunales Internacionales sobre derechos humanos; lo que permite ampliar la proyección de la interpretación para la mejor protección de los derechos de los pueblos indígenas. En este punto, vemos que el sistema de fuentes nacional e internacional tienen carácter obligatorio aunado al hecho que nos encontramos ante razones de autoridad; sin embargo, no debemos perder de vista que en el derecho comparado Latinoamericano existen pronunciamientos con sólidas razones sustantivas que merecen ser consideradas como criterios relevantes en discusiones sobre el asunto estudiado.

Tienen sustento jurídico-constitucional la aplicación de la teoría del pluralismo jurídico igualitario y el diálogo intercultural horizontal, en los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal en el Perú. El pluralismo jurídico igualitario exige la coexistencia y el igual reconocimiento de los sistemas normativos estatales y no estatales dentro de un mismo espacio geopolítico, los cuáles deben armonizarse o compatibilizarse en igualdad de condiciones para resolver sus conflictos, es por ese motivo que se exige una “coordinación” –que se da entre iguales- y no una imposición vertical que tiene raigambre autoritaria y jerárquica; en ese sentido, la coordinación es el presupuesto para un mejor entendimiento entre iguales para arribar a decisiones consensuadas. El diálogo intercultural horizontal debe ser uno de carácter constitucional, donde la discusión pública plural en igualdad de condiciones constituya un diálogo heterogéneo sobre las posibles soluciones en relación a los aspectos conflictivos y opciones de solución que pueden existir entre la justicia indígena y la justicia estatal; para lo cual se requiere como condición previa la información completa para debate público y abierto como expresión de la democracia deliberativa con plena y obligatoria participación de los sujetos que puedan verse afectados con la decisión, para arribar a decisiones legítimas que armonicen y concilien estas diferentes perspectivas sobre sus mecanismos de control social. Las variables de pluralismo jurídico igualitario y diálogo intercultural horizontal, si bien son necesarios para el

adecuado tratamiento de las relaciones de coordinación entre la justicia estatal y la justicia indígena; sin embargo, no resultan suficientes para determinar finalmente que criterio material debe primar; en ese sentido, resulta indispensable desarrollar el principio *hómíne* especialmente enfocado en lo indígena, el cual se denomina principio pro indígena que deberá tener un tratamiento como un derecho, principio jurídico interpretativo fundamental, una norma de procedimiento y criterio de desempate ponderativo, similar al principio de interés superior del niño. En este sentido, a partir de la norma nacional, y la norma y jurisprudencia internacional se puede concluir que el pluralismo jurídico igualitario, entendido como la igualdad entre sistemas jurídicos estatales y no estatales; y la necesidad de un diálogo e interpretación intercultural de la norma y los hechos, exigen una participación de los pueblos indígenas en igualdad de condiciones en el debate público, en especial sobre los asuntos que les son relevantes o les afectan; lo que no ocurre en situaciones donde existe conflicto entre justicia indígena y justicia estatal, es que persisten relaciones de dominación colonial que deben ser resueltos a partir del enfoque de interculturalidad que los derechos humanos nos aporta.

El principio pro indígena es un criterio equitativo fundamental para la solución de los conflictos entre la justicia indígena y la justicia estatal peruana, derivado del principio democrático constitucional de protección de las minorías. El principio pro indígena debe ser considerado como un derecho, un principio jurídico fundamental de interpretación, una norma de procedimiento y un criterio de desempate ponderativo. El principio pro indígena establecido en el artículo 35° del Convenio 169 de la OIT, es una concretización del principio matriz *pro hómíne* del artículo 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, se trata de una manifestación del proceso de especificación de los derechos humanos desarrollado por Norberto Bobbio, el cual exige que en caso el intérprete se encuentre ante varias interpretaciones de un dispositivo normativo, elija aquella que sea más protectora o resulte más favorable a la vigencia y eficacia de los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, el principio pro indígena como uno de carácter jurídico busca optimizar y equilibrar en la mayor medida posible las relaciones asimétricas de desventaja que enfrentan los pueblos indígenas, debido a su histórica situación vulnerabilidad que enfrentan actualmente en nuestro contexto global, aspecto que ha sido considerado en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 donde estos colectivos han sido clasificados como un grupo de especial protección. El principio pro indígena debe ser la directriz jurídica que busque la optimización en la mayor medida posible de lo fáctico y

jurídicamente de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas en función del grupo y de su pertenencia cultural, así como la prevalencia de las protecciones externas y restricciones internas de estos colectivos y escrutinios estrictos para la maximización de la autonomía indígena, que son mecanismos para su subsistencia legítima a partir de la igualdad material que busca el Estado constitucional.



## BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, Samuel B.

2018 *Constitución y procesos constitucionales*. Lima: Palestra Editores.

Abramovich, Víctor.

2009 “*De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”. Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos, Red Universitaria de Derechos Humanos. V.6. n.11 (semestral). Consulta: 29 de octubre de 2019.

[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org).

Aguirre Arango, José Pedro.

s/f *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Consulta 09 de noviembre de 2019.

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>

Alexy, Robert.

2017 *Teoría de la argumentación jurídica*. Derecho & Argumentación 1, tercera edición, Lima: Palestra.

2011 *Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años* (Portocarrero Quispe, Jorge Alexander Trad.). Bernal Pulido, Carlos (editor). La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy. Lima: Palestra Editores.

1997 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ardito Vega, W.

2010 “*El artículo 18, inciso 3, del Código Procesal Penal: riesgos y posibilidades*”. Revista de Derecho PUCP (65). Consulta: 30 de junio de 2019.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3081/3594>

Asociadas por lo justo.

s/f *Diccionario de la transgresión feminista*. Número ocho, volumen II, primera edición.  
Consulta: 09 de octubre de 2019.

[https://justassociates.org/sites/justassociates.org/files/diccionario-de-la-transgresion-feminista\\_0.pdf](https://justassociates.org/sites/justassociates.org/files/diccionario-de-la-transgresion-feminista_0.pdf)

Attard Bellido, María Elena.

2014 *Sistematización de jurisprudencia y esquemas jurisprudenciales de pueblos indígenas en el marco del sistema plural de control de constitucionalidad*. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung. Consulta 15 de noviembre de 2019.

[https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=c2ae5687-d909-9b67-97b1-4b5ef492a9ec&groupId=288373](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c2ae5687-d909-9b67-97b1-4b5ef492a9ec&groupId=288373)

2012 *La última generación del constitucionalismo: El pluralismo descolonizador intercultural y alcances en el Estado plurinacional del Bolivia*. Revista Jurídica de los Derechos Sociales “Lex Social”, julio-diciembre 2012, número 2/2012. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, pp. 133-162.

Aulis, Arnio.

1990 *Sobre la justificación de las decisiones jurídicas. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Doxa-8, México DF.

Barak, Aharon.

2017 *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y su restricción*. Lima: Palestra Editores.

Barchiche, D., Hege, E., & Napoli, A.

2019 “*El Acuerdo de Escazú: ¿un ejemplo ambicioso de tratado multilateral a favor del derecho ambiental?*” Revista *IDDRI* (03), s/1: I. Brief. Consulta: 30 de junio de 2019.



[https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20Iddri/D%C3%A9cryptage/201903-IB0319ES\\_Escazu.pdf](https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20Iddri/D%C3%A9cryptage/201903-IB0319ES_Escazu.pdf)

Bernales Ballesteros, Enrique.

2012 *La Constitución de 1993*. Sexta edición, Lima: IDEMSA.

Bobbio, Nolberto.

1991 *El tiempo de los derechos* (traducido por De Asís Roig, Rafael). Madrid: Editorial Sistema. Consulta: 09 de agosto de 2019.

[http://culturadh.org/ue/wp-content/files\\_mf/144977835110.pdf](http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf)

Borras Pentinat, S.

2014 *Del derecho humano a un ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza*. *Revista Vasca de Administración Pública* (Número especial 99-100). Consulta: 30 de junio de 2019.

<https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=38&t59aContenido=27&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=99>

Castillo Alva & Asociados [Facebook].

2019 RECURSO DE NULIDAD N° 1207-2018-LAMBAYEQUE. Lima. Consulta: 30 de junio de 2019.

<http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>

Chuecas Cabrera, Adda.

s/f *El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú*. Consulta 13 de Noviembre de 2019.

Comisión Andina de Juristas

2009 *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos*.  
Lima: Comisión Andina de Juristas.

Cornejo Amoretti, L.

2019a *Constitucionalismo postliberal (sumak kawsay)* [Diapositiva].

2019b *Justicia, Derecho e ideologías en América Latina* [Diapositiva].

2019c *Moralismo, paternalismo y perfeccionismo* [Diapositiva].

Cuenca, Patricia.

2012 *Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos*. Revista de Estudios Políticos. Nueva Época: Madrid. Número 158, octubre-diciembre.

De Cabo Martín, Carlos.

2018 *Propuesta para un constitucionalismo Crítico*, en Tornero Cruzatt, Yuri y Gaspar Chirinos, Ángel, *Lecciones de filosofía del Derecho*. Lima: IDEMSA, pp. 707-719.

De Sousa Santos, Boaventura.

2018 *Epistemologías del Sur*. Tornero Cruzatt, Yuri y Gaspar Chirinos, Ángel. *Lecciones de filosofía del Derecho*. Lima: IDEMSA. pp. 149-187.

2012 *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, en De Sousa Santos, Boaventura y Exeni Rodríguez, José Luis (editores). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala.

Díaz de Valdés J., José Manuel.

2015 *La igualdad constitucional: múltiple y compleja*, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42. Número 01. Santiago de Chile: Abril.

<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n1/art07.pdf>

Díaz Ocampo, Eduardo

2015 *La formación de la justicia indígena como alternativa frente al pluralismo jurídico*. en Revista Derecho y Cambio Social. Consulta 13 de noviembre de 2019.

<https://dialnet.unirioja.es>

Dulitzky, Ariel E.

2007 “*El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana*”. Anuario de Derechos Humanos N° 03. Consulta 04 de noviembre de 2019. Consulta: 04 de noviembre 2019.

[www.anuariodch.uchile.cl](http://www.anuariodch.uchile.cl)

Esquembre Valdés, M<sup>a</sup> del Mar.

2006 “*Género y ciudadanía, mujeres y Constitución. Feminismo/s*”. Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante. Número 8, diciembre.

Feinmann, José Pablo.

2014 *Filosofía aquí y ahora, El consenso de Washington, Temporada 6, Capítulo 3* [Youtube]. Consulta: 30 de octubre de 2019.

<https://www.youtube.com/watch?v=6Bg9N8wkfaA>.

Ferrajoli, Luigi.

2010 *Igualdad y diferencia*. Revista *Igualdad y diferencia de género*. México: s/e.

2008 “*Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*”. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., número 22.

Flores, Gabriel.

s/f *Globalización y democracia*. Perspectiva N° 10: Globalización un debate necesario. Consulta 29 de octubre de 2019.

<http://www.pensamientocritico.org/gabflo0617.pdf>

García Guerrero , José Luis.

2013 *La vida, la igualdad y los derechos de libertad*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

s/f *Apuntes de cátedra del profesor Juan José Solozábal Echevarría: III Estado Democrático y Pluralista*.

Gargarella, Roberto.

2018 *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas: una breve introducción*. en Merino, R. & Valencia, A, *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*. Lima: Palestra Editores. pp. 321-335.

2011 *Pensando sobre la reforma Constitucional en América Latina*. Rodríguez Garavito, Carlos (coordinador). *El derecho en América Latina*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2011. pp. 87-108.

Gonzales Contró, Mónica

2011 *¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, número 5, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consulta: 10 de octubre de 2019. Consulta: 26 de setiembre de 2019.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/7.pdf>

Gutmann, Matthew C.

1999 *El machismo* (traducción de Nair Ayana Ferreira). *Ser Hombre de Verdad en la ciudad de México: Ni macho, ni mandilón*. Ciudad de México: El Colegio de México/Editorial Paidós.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

2010 *Coordinación entre sistemas jurídicas y administración de justicia indígena en Colombia*. Colombia: IIDH.

Landa Arroyo, César.

2018 *La constitucionalización del Derecho. El caso del Perú*. Lima: Palestra.

2002 *Teorías de los derechos fundamentales, Cuestiones Constitucionales*. Revista mexicana de Derecho Constitucional. Número 06, enero-junio. México: UNAM. Consulta 25 de noviembre de 2019.

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5638/7358>

Lerner, Gerda.

1990 *La creación del patriarcado* (Traductora Tussell, Mónica). Barcelona: Crítica.

Linares, Sebastián.

2015 *El control de constitucionalidad: la democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria*. FABRA ZAMORA, Jorge Luis y SPECTOR, Ezequiel (editores). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vol. III, México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México. Consulta: 29 de octubre de 2019.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/10.pdf>

Kymlicka, W.

1996 *Ciudadanía multicultural*. Madrid: Paidós.

Martín Sánchez, M.

2015 *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad*. Colección sobre protección constitucional de los derechos humanos (11).

López Guerra, L. & Saiz Arnaiz, A.

2015 *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*. Lima: Palestra Editores.

M. Mendoza, M. Bustamante, S. Sajbochol, M. Del Rosario, & M. Aranda.

2015 *Sistemas legales y pluralismo jurídico en América Latina*. La Paz: Proyecto Participa.

Merino, Roger.

2018 *La nación reimaginada: Autodeterminación indígena y las olas del indigenismo legal en el Perú*. Merino, R. & Valencia, A, *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*. Lima: Palestra Editores, pp. 97-129.

Nino, C. S.

2013 *Ocho lecciones sobre ética y derecho. Para pensar la democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Nogueira Alcalá, Humberto.

2006 *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, en revista *Anuario da Facultade Dereito da Universidade da Coruña*. 10. Consulta 26 de noviembre de 2019.

<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf?sequence=1>

Organización Internacional del Trabajo.

2013 *Comprender el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo: Ginebra.

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_205230.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf)

Paredes Mejía, Miguel Ángel.

2017 *La constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa sustentadas en categorías prohibidas de discriminación*. Trabajo del Fin de Máster Universitario Oficial en Derecho Constitucional - Universidad de Castilla la Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo: España, inédito.

Pazo Pineda, Oscar Andrés.

2014 *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica SA., Lima, 2014.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12180/12745>

Palacios, Agustina.

2008 *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.

Peña Jumpa, A.

2009 *Derechos fundamentales y justicia comunal*. (F. E. PUCP, Ed.), en *Revista de Derecho PUCP*(39). Consulta: 30 de junio de 2019.

Pérez Casaverde, Efraín

2003 *Manual de Derecho Constitucional*, Lima: Adrus D&L Editores SAC.

Quiroga León, Aníbal.

2014 *El debido proceso legal en el Perú y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia*. Segunda edición, Lima: IDEMSA.

Rey Martínez, Fernando.

2005 *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. México DF.: Universidad de Valladolid - Consenso Nacional para Prevenir la Discriminación. Consulta: 30 de junio de 2019.

<http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/912/1/CONAPRED-012.pdf>

Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F., & Bernales Ballesteros, E.

2017 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Salem Gesell, Catalina.

2007 *"La dimensión objetiva de los derechos fundamentales como parámetro de legitimidad material en el Estado constitucional de Derecho"*. Número 86, Chile: Universidad Católica de Chile. Consulta 25 de noviembre de 2019.

<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/download/47246/49237/>

Salgado, Yudith,

2009 *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador: Quito.

Salmón, Elizabeth.

2018 *Curso de Derecho internacional Público*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Segato, Rita Laura.

2003 *Las estructuras elementales de la violencia: contrato y status en la etiología de la violencia*. PDF: Brasilia. Consulta: 11 de octubre de 2019.

[http://www.esuelamagistratura.gov.ar/images/uploads/estructura\\_vg-rita\\_segato.pdf](http://www.esuelamagistratura.gov.ar/images/uploads/estructura_vg-rita_segato.pdf)

Sosa Sacio, Juan Manuel (coordinador).

2017 *Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir*, en Sosa Sacio, Juan Manuel (coordinador). *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra.

s/f *"Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*. Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú. s/e: Lima.

Sotomayor, J. E. y Anci, N. C.

2017 *El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en la Teoría de Robert Alexy: dos propuestas de solución*. Ciudad de México: Ubijus, CEAD.

Taboada Pilco, G.

2014 *Constitución Política del Perú de 1993*. Lima: Grijley E.I.R.L.

Torres Zúñiga, Natalia.

2013 *El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional Peruano y de la Corte*



*Interamericana de Derechos Humanos*. Cuaderno de Trabajo N° 6. Nueva Serie. Lima: Centro de Investigación Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ).

Valencia, Areli.

2018 *Sacrificios de derechos humanos en contextos de falta de libertad sistémica*. Merino, R. & Valencia, A. *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*. Lima: Palestra Editores, pp. 373-420.

Vanhulst, J., & Beling, A. E.

2013 *Buen vivir: la irrupción de América Latina en el campo gravitacional del desarrollo sostenible*. Revista de la Red Iberoamericana de Economía Ecológica.

Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R.

2011 *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*. Revista General de Derecho Público Comparado (09).

Yrigoyen Fajardo, R.

2019 PUCP – “JURISDICCION INDIGENA” [Diapositiva].

2018 “*Sentencia ejemplar que declara la nulidad de actos administrativos sin consulta previa (concesiones mineras, adjudicación de predios y derechos de agua)*”. Revista Derecho & Sociedad. Consulta: 30 de junio de 2019.

[http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Noticias/2018/Art%C3%ADculo\\_66\\_2018.pdf](http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Noticias/2018/Art%C3%ADculo_66_2018.pdf)

2017a *ABC 5. ¿Qué es el pluralismo jurídico igualitario?* En Revista Alertanet en Litigio Estratégico y Formación en Derechos Indígenas, Lima: IIDS. Consulta: 04 de octubre de 2019.

<http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Publicaciones/2017/ABC-5-pluralismo.pdf>

2017b *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la Descolonización*. Rodríguez Garavito, César; Langford, Malcolm; Rossi, Julieta. *La lucha por los derechos sociales*. Bogotá: Dejusticia.

2016 *ABC 2. ¿Cuáles son los ciclos históricos de invasión de los territorios indígenas?* En Revista Alertanet en Litigio Estratégico y Formación en Derechos Indígenas. Lima: IIDS. Consulta: 30 de junio de 2019.

<http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Publicaciones/ABC-ciclosinvasion.pdf>

2009 *El Convenio Num. 169 de la OIT, y su aplicación en el Perú.* Lima: IIDS. Consulta 22 de noviembre de 2019.

<http://www.dar.org.pe/documentos/RYP-Convenio169OIT%20suaplicacionenPeru-2009.pdf>

2007 “*Hacia una jurisprudencia pluralista*”, en Hurtado Pozo, José (Director). *Anuario de Derecho Penal 2006*, Lima: Fondo Editorial de la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú.

2006 *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo.* Barcelona: Debolsillo. Consulta: 30 de junio de 2019.

<http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>

2004 *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial.* Bogotá DC.: ILSA. Revista El otro Derecho. número 30. Consulta 13 de noviembre de 2019.

<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>

1999 *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal.* Guatemala: Fundación Myrna Mack.

## **JURISPRUDENCIA**

Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú  
13 de noviembre de 2009.

Sentencia del Juzgado Civil Transitorio de Puerto Maldonado – Tambopata del Expediente N°  
675-2017-2701-JM-CI-01 de fecha 11 de diciembre de 2018.

Sentencia de la Corte Constitucional de Guatemala del Expediente 1467-201, de fecha 10 de  
marzo de 2016.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del expediente N° 2730-2006-PHC-TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del expediente N° 07009-2013-PHC/TC. Consulta  
30 de junio de 2019.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/07009-2013-HC.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del expediente N° 02765-2014-PA/TC. Consulta  
29 de octubre de 2019.

[https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/02765-2014-AA.pdf?fbclid=IwAR22\\_31wK\\_0HF790Fvi-mUPqBE93bi4jOt4LRZdCk2QN212TT2wG8VaYYL0](https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/02765-2014-AA.pdf?fbclid=IwAR22_31wK_0HF790Fvi-mUPqBE93bi4jOt4LRZdCk2QN212TT2wG8VaYYL0).

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del expediente N° 0006-2018-PI/TC.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00006-2018-AI.pdf>

Sentencia T-532-97 de la Corte Constitucional Colombiana en el Expediente T-124907.

Sentencia T-349/96: 08 de la Corte Constitucional Colombiana en el Expediente T-83456.

Sentencia T-622 de la Corte Constitucional Colombiana en el expediente T-5.016.242.

Recurso de Nulidad N° 975-2004-SAN MARTIN de la Sala Penal Transitoria de la Corte  
Suprema. Consulta 24 de noviembre de 2019.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0508230049942cb5a8a6f9cc4f0b1cf5/Inst+N+2002-0122.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0508230049942cb5a8a6f9cc4f0b1cf5>

## **LEYES**

### **CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**

- 2011 Ley 297885. Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- 2007 La declaración de la ONU sobre los Derechos Indígenas adoptada por la Asamblea General de la ONU.

### **MINISTERIO DE JUSTICIA DE DERECHOS HUMANOS**

- 2018 Plan nacional de derechos humanos.

## **ANEXO**

