

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
FACULTAD DE DERECHO**



**La aplicación del control difuso de la  
constitucionalidad de las leyes por parte de la  
jurisdicción indígena como mecanismo de defensa de  
sus derechos colectivos**

**Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho que  
presenta la bachiller:**

**ROCÍO ROXANA TRUJILLO SOLÍS**

**Asesor: Doctor César Landa Arroyo**

**Lima, agosto de 2014.**

*A mis padres y mi tía Dioni por su sacrificio y apoyo de siempre.  
A Humberto y nuestra pequeña Arietta, melodía de nuestro camino.*



## Agradecimientos

A mi asesor de tesis, el Doctor César Landa Arroyo, gracias a cuya paciente y entusiasta tutoría académica desarrollé la presente tesis de licenciatura y, quien, desde el momento que le comenté sobre mi propuesta de tesis tuvo la gentileza de brindarme generosamente sus valiosos tiempo y apoyo.

Al Doctor Bartolomé Clavero Salvador, profesor de la Universidad de Sevilla, quien con su compromiso, sencillez y sabiduría ha sido una guía y una motivación permanente para la elaboración de la presente tesis.

A la Doctora Raquel Yrigoyen Fajardo y todo el equipo profesional del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - IIDS, con quienes empecé a laborar profesionalmente en la temática de la defensa y restitución de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y, quienes, con su compromiso y ejemplo, me enseñaron a comprender que existen otras realidades distintas y muy valiosas a las que vemos y conocemos en las aulas de la Facultad de Derecho.

A Humberto Cordero Galdós quien con su paciencia, alegría, optimismo y amor estuvo presente en todo momento en el desarrollo de la presente tesis, especialmente en los más difíciles de desánimo y desaliento.

A mis padres y a mi tía Dioni, sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la conclusión de la presente tesis y quienes me han enseñado que con humildad, esfuerzo y dedicación podemos alcanzar nuestras metas.

Finalmente, a todos los profesores, amigos y amigas que en diversos momentos de la elaboración de la presente tesis me brindaron generosamente sus observaciones y sugerencias.

*La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. (...) La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones "vivas", como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura (...) Esto sería expresado de la manera más hermosa en una imagen de Goethe, reformulada por Heller: la Constitución es "forma nacida de la vida".*

**Peter Häberle**

*Los principios no tienen por qué confiarse en exclusiva a las instituciones ni sus intelectuales, sobre todo cuando resulta que defraudan. Un sistema constitucional no se reduce a entramado constitucional, con batería doctrinal. Al frente, muy por delante, el constitucionalismo sitúa a las libertades. Tanto o más que los titulares de poderes, los titulares de derechos de libertad pueden ser agentes constitucionales, quiero decir promotores del constitucionalismo (...) A la luz de los principios de igualdad entre culturas y determinación entre pueblos, los agentes constitucionales más competentes pueden ser entonces indígenas por América. No tienen los mismos porque quedar a las resultas ni ponerse a la espera de unos desarrollos constitucionales en manos ajenas.*

**Bartolomé Clavero**

## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	XII
<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>1</b>
<b>JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA: RECONOCIMIENTO, CONTENIDO, ALCANCES Y LÍMITES EN LOS ÁMBITOS INTERNACIONAL Y NACIONAL</b> .....	<b>1</b>
1.1. El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos .....	2
1.1.1. La jurisdicción especial indígena en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT.....	3
1.1.2. La jurisdicción especial indígena en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .....	5
1.2.1.1. Sobre la fuerza normativa de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .....	7
1.1.3. La jurisdicción especial indígena en las recomendaciones e informes del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas .....	13
1.1.4. La jurisdicción especial indígena como una manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.....	18
1.2. La jurisdicción especial indígena en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos .....	22
1.2.1. El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como partes del denominado <i>bloque de convencionalidad</i> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	25
1.2.2. La jurisdicción especial indígena en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	31
1.2.3. La jurisdicción especial indígena en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos .....	36
1.2.4. La jurisdicción especial indígena en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .....	40
1.3. El Convenio 169 de la OIT como parte del denominado “bloque de constitucionalidad” de la Constitución Política del Perú de 1993 .....	43

1.4.	El reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena en el ámbito nacional: el caso peruano .....	46
1.4.1.	Evolución de la jurisdicción especial indígena en el ámbito constitucional peruano .....	48
1.4.2.	Los presupuestos constitucionales de la jurisdicción especial indígena .....	54
1.4.2.1.	Reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural: Del multiculturalismo y el pluralismo jurídico como realidades de hecho a la interculturalidad como proceso .....	54
1.4.2.2.	Reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos en tanto personas jurídicas.....	61
1.4.2.3.	Reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas .....	64
1.4.2.4.	Reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (acceso a la justicia).....	67
1.4.3.	El contenido mínimo de la jurisdicción especial indígena en la Constitución Política del Perú de 1993 .....	69
1.4.3.1.	Potestad de administrar justicia en ejercicio de su autonomía jurisdiccional.....	70
1.4.3.2.	Potestad de aplicar el denominado derecho consuetudinario o “derecho propio” .....	73
1.4.4.	El respeto de los derechos humanos fundamentales y de la dignidad de la persona como límite en el ejercicio de la jurisdicción indígena .....	78
1.4.5.	Facultades generales de la jurisdicción especial indígena en tanto jurisdicción ( <i>iurisdictio</i> ).....	85
1.5	Sujetos titulares de la jurisdicción especial indígena en el caso peruano.....	88
1.5.1	Criterios básicos de identificación de los pueblos indígenas .....	90
1.5.1.1.	Criterios básicos de identificación de los pueblos indígenas según el Convenio 169 de la OIT.....	90
1.5.1.2.	Criterios de identificación de los pueblos indígenas en la Ley del Derecho a la Consulta Previa.....	93
1.5.2.	Los pueblos indígenas en el caso peruano.....	95
1.5.2.1.	Las comunidades campesinas .....	95



1.5.2.3.	Las rondas campesinas.....	97
1.5.2.4.	Los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial .....	102
1.5.3.	Las autoridades indígenas como agentes activos del fuero indígena .....	104
1.6.	Competencias de la jurisdicción especial indígena .....	106
1.6.1.	Competencia territorial.....	106
1.6.2.	Competencia material.....	110
1.6.3.	Competencia personal.....	111
1.7.	La jurisdicción especial indígena frente a la jurisdicción ordinaria.....	113
1.7.1.	Exclusividad de la jurisdicción especial indígena.....	115
1.7.2.	Obligatoriedad de la jurisdicción especial indígena.....	116
1.7.3.	Posibilidad de revisión de las decisiones de la jurisdicción especial indígena por parte de la jurisdicción ordinaria .....	121
1.7.4.	Coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria .....	125
1.8.	La jurisdicción especial indígena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.....	132
1.9.	La jurisdicción especial indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia .....	142
<b>CAPÍTULO II</b>	.....	<b>146</b>
<b>EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL CASO PERUANO</b>	.....	<b>146</b>
2.1.	Origen histórico del control difuso de la constitucionalidad de las leyes: El principio de supremacía de la Constitución .....	147
2.1.1.	Disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos de América en las cuales se fundamentó el <i>principio de la supremacía de la Constitución</i> .....	147
2.1.2.	Argumentos relevantes del fallo <i>Marbury versus Madison</i> de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica.....	149
2.1.3.	El <i>principio de supremacía de la Constitución</i> como fundamento del control difuso de la constitucionalidad de las leyes .....	153

2.2. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la normativa nacional vigente.....	157
2.2.1. Antecedentes constitucionales del control difuso en el caso peruano.....	157
2.2.2. El control difuso en la Constitución Política de 1993: contenido y alcances del artículo 138.....	164
2.2.3. El control difuso en el Código Procesal Constitucional: Contenido y alcances del artículo VI del Título Preliminar y artículo 3 .....	167
2.2.4. El control difuso en el Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: Contenido y alcances de la Segunda Disposición Final .....	171
2.3. La consolidación y defensa del denominado bloque de constitucionalidad a través del control difuso .....	173
2.3.1. Concepto y naturaleza dinámica del bloque de constitucionalidad.....	173
2.3.2. Fundamento normativo del denominado bloque de constitucionalidad.....	176
2.3.3. La jerarquía supraconstitucional de los tratados relativos a derechos humanos .....	178
2.3.4. Elementos que conforman el denominado bloque de constitucionalidad en el caso peruano.....	182
2.4. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú.....	185
2.4.1. Presupuestos para la validez del control difuso en el caso de los procesos constitucionales.....	185
2.4.2. El ejercicio del control difuso por parte de las entidades pertenecientes a la administración pública .....	186
2.4.3. El ejercicio del control difuso por parte de los árbitros .....	189
2.4.4. El ejercicio del control difuso por parte de los jueces del Tribunal Constitucional.....	190
2.5. El denominado control de convencionalidad de las leyes como un mecanismo complementario al ejercicio del control de constitucionalidad .....	192
2.5.1. Fundamento del control de convencionalidad en el ámbito del Derecho Internacional Público.....	192
2.5.2. El denominado control de convencionalidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) .....	194



2.5.3. Ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	197
2.5.4. Ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales.....	198
2.5.5. Relaciones entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad por parte de los jueces nacionales .....	200
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>205</b>
<b>LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.....</b>	<b>205</b>
3.1. Presupuestos para la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la jurisdicción indígena en el ámbito del Derecho Común Cooperativo .....	206
3.1.1. La jurisdicción indígena como un derecho colectivo dimanante del principio de libre determinación de los pueblos indígenas u originarios .....	208
3.1.2. La jurisdicción indígena como una manifestación de la autonomía jurídica de los pueblos indígenas.....	209
3.1.3. La jurisdicción indígena como una facultad de las autoridades indígenas de aplicar no sólo ni exclusivamente su derecho propio.....	210
3.1.4. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes como una facultad de todos los órganos que administran justicia y, por lo tanto, una facultad no exclusiva ni privativa del Poder Judicial .....	212
3.1.5. El control difuso como un <i>recurso efectivo de una autoridad competente para proteger derechos</i> en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ..	214
3.2. La aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción.....	216
3.2.1. La aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena respecto de la normativa legal u “oficial” .....	217
3.2.2. La aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena respecto de su <i>derecho propio</i> .....	219
3.2.3. La aplicación del control difuso de <i>convencionalidad</i> de las leyes por parte de la jurisdicción indígena.....	221
3.2.4. La posibilidad de revisión de los casos de aplicación del control difuso por la jurisdicción indígena por parte del Tribunal Constitucional .....	224

3.3. A modo de conclusión: El control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena como una manifestación tangible de una sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución Cultural.....	226
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>229</b>
<b>ANTECEDENTES Y CASOS HIPOTÉTICOS DE APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA .....</b>	<b>229</b>
4.1. Antecedentes de aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena.....	230
4.2. Casos hipotéticos de aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la jurisdicción indígena .....	231
4.2.1. Casos hipotéticos de aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena respecto de la normativa legal “oficial” que contraviene la Constitución.....	232
4.2.1.1. El caso de la Ley y del Reglamento de consulta previa.....	232
4.2.1.2. Los casos de normativa nacional perteneciente a los diversos sectores del Poder Ejecutivo que regulan los procedimientos para el ejercicio del derecho a la consulta previa en los contextos del otorgamiento de concesiones o de la aprobación de los instrumentos de gestión ambientales relacionados a éstas ubicados en el ámbito de los territorios de los pueblos indígenas .....	239
4.2.1.3. Los casos de normativa nacional sectorial que regulan algunos de los elementos de los contenidos mínimos (accesibilidad, disponibilidad y calidad) de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tales como el derecho a la salud y a la educación .....	241
4.2.1.4. Los casos de normativa nacional sectorial relacionada al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres .....	243
4.2.1.5. Los casos de normativa regional o local relacionadas al desarrollo de obras de inversión en infraestructura en el ámbito de los territorios de los pueblos indígenas .....	244
4.2.1.6. Casos hipotéticos de aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena respecto de su “derecho propio” que contraviene la Constitución.....	245
4.3. La aplicación del control difuso y la convencionalidad de las leyes por parte de la jurisdicción indígena como un mecanismo de legítima defensa constitucional de sus derechos colectivos e individuales .....	251

V. CONCLUSIONES: .....	253
VI. BIBLIOGRAFÍA: .....	263



## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto sustentar, desde los ámbitos del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los pueblos indígenas, la legitimidad y viabilidad de la aplicación del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción.

La pertinencia y viabilidad de la aplicación de dicho mecanismo de defensa del *principio de supremacía de la Constitución* por parte de la jurisdicción indígena se abordará ponderando su especial utilidad, tanto en la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas frente a *normas del derecho ordinario* que los desconozcan o reconozcan parcialmente, como respecto de la defensa de los derechos humanos fundamentales que pueden verse afectados por la aplicación de las disposiciones de su *derecho propio* (derecho consuetudinario).

En este orden de ideas, en los primeros dos capítulos se abordan - con el detalle que consideramos pertinente a los efectos de nuestro propósito - los dos principales institutos jurídicos interrelacionados en la presente investigación: la jurisdicción especial indígena y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

En el primer capítulo se abordan los principales aspectos que consideramos relevantes para una comprensión general de la *jurisdicción especial indígena*, tales como: su reconocimiento explícito – tanto en diversos instrumentos internacionales como en la Constitución Política del Perú de 1993 - como una manifestación específica del principio de la libre determinación de los pueblos y del derecho – dimanante del principio anterior - a la autonomía de los pueblos indígenas; sus presupuestos constitucionales (reconocimientos explícitos que la fundamentan en el propio texto constitucional); sus principales alcances y prerrogativas; sus límites relacionados al respeto de los derechos humanos

fundamentales; y, la necesaria y aún pendiente regulación de las relaciones de coordinación de la jurisdicción especial indígena con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

En el segundo capítulo se abordan los principales aspectos que consideramos relevantes para una comprensión general del denominado *control difuso de la constitucionalidad de las leyes*, tales como: su origen histórico relacionado al *principio de supremacía de la Constitución*; su contenido y alcances en la Constitución Política del Perú de 1993, el Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; su carácter de ser una facultad no privativa de los jueces y tribunales ordinarios; su especial papel en la consolidación y defensa del denominado *bloque de constitucional*; y, la importancia de la aplicación del denominado *control de convencionalidad de las leyes* como un mecanismo complementario del control de constitucionalidad.

Luego de abordar sucintamente los principales aspectos que consideramos de interés para una comprensión general de la *jurisdicción especial indígena* y del denominado *control difuso de la constitucionalidad de las leyes*, en el tercer capítulo abordamos el sustento constitucional, la viabilidad y la legitimidad de la aplicación del *control difuso de constitucionalidad de las leyes* por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción.

Para el desarrollo del capítulo tercero, se utilizan algunos conceptos de Derecho Constitucional acuñados por HÄBERLE (*Derecho Común Cooperativo*, la *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución* y la *Constitución Cultural* como *proceso público*) que nos parecen de especial relevancia para abordar nuestro objeto de estudio desde un enfoque que no descuide el carácter dinámico de la Constitución (*living Constitution*) ni la ineludible importancia del diálogo intercultural - aún incipiente en nuestro país - para garantizar el cabal ejercicio de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas.

Con propósitos similares y reconociendo la importancia de las perspectivas antropológicas y sociológicas en el estudio de los institutos jurídicos abordados, se utilizan en el tercer capítulo algunos conceptos provenientes del ámbito de la sociología del derecho acuñados por DE SOUSA (*ecología de saberes y convivialidad*), los cuales nos posibilitaron ubicar adecuadamente los asuntos jurídicos en los contextos sociales y culturales donde éstos deben ser utilizados y aplicados, sobre todo si tenemos mucho por hacer para fortalecer el *diálogo intercultural* con sectores de la sociedad nacional históricamente excluidos y cuyos derechos han sido sistemáticamente vulnerados.

Analizado el sustento constitucional, la viabilidad y la legitimidad de la aplicación del *control difuso de la constitucionalidad de las leyes* por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción, en el cuarto capítulo se realiza una reseña sucinta de algunos casos hipotéticos en los cuales dichas autoridades indígenas pueden aplicar dicho control difuso, tanto respecto de la *normativa ordinaria* como respecto de su *derecho propio*.

La selección de casos hipotéticos no agota los supuestos de hecho en los cuales puede aplicarse dicho mecanismo, representando tan sólo una muestra significativa de casos recientes de vulneración de derechos colectivos de los pueblos indígenas (relacionados, por ejemplo, al ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada respecto del desarrollo de actividades extractivas en el ámbito de sus territorios), en los cuales - consideramos - sería de especial utilidad la aplicación del denominado control difuso como un mecanismo útil y efectivo de defensa de sus derechos colectivos.

En términos generales, lo que pretende la presente investigación es analizar y ponderar la aplicación de un mecanismo de defensa de la Constitución respecto de otras normas por parte de las propias autoridades indígenas, quienes - al ejercer las facultades jurisdiccionales que la propia Constitución les reconoce explícitamente - pueden inaplicar en casos concretos dichas normas a efectos de garantizar el ejercicio de sus derechos colectivos e individuales.



En suma, estamos ante un mecanismo de *legítima defensa constitucional* de sus derechos que consideramos puede ser muy útil en el presente y futuros contextos nacionales.



## Glosario

Corte Interamericana o Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Comisión Interamericana o CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Convenio 169 de la OIT	Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
Declaración o DNUPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
Tribunal Constitucional o TC	Tribunal Constitucional del Perú
Constitución	Constitución Política del Perú de 1993
Control Difuso	Control Difuso de la constitucionalidad de las leyes

## CAPÍTULO I

### **JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA: RECONOCIMIENTO, CONTENIDO, ALCANCES Y LÍMITES EN LOS ÁMBITOS INTERNACIONAL Y NACIONAL**

En el presente capítulo abordaremos los principales aspectos que consideramos de relevancia para una comprensión general de la *jurisdicción especial indígena*: su reconocimiento en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos; así como, sus presupuestos constitucionales, contenido mínimo, alcances y límites en el ámbito normativo constitucional peruano.

Dicha comprensión general nos posibilitará posteriormente, previo análisis del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes (segundo capítulo), sustentar la viabilidad de la aplicación de dicho mecanismo de garantía del *principio de supremacía de la Constitución* (en cuanto potestad jurisdiccional pero también en cuanto mandato obligatorio) por parte de la jurisdicción indígena (tercer capítulo) como un mecanismo de protección para garantizar el ejercicio de sus principales derechos colectivos (cuarto capítulo).

### 1.1. El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en los instrumentos internacionales no ha sido un proceso sencillo. Por el contrario, dicho reconocimiento ha sido posible gracias a las constantes y sostenidas luchas de los pueblos indígenas en defensa de sus derechos, tanto individuales (no discriminación, sufragio, salud, entre otros), como colectivos (propiedad comunal respecto de su territorio y recursos naturales; consulta y consentimiento previos, libres e informados; *jurisdicción indígena*; entre otros).

Consideramos especialmente relevante dejar constancia de la importancia del concepto de *derechos colectivos* y de su distinción respecto de los denominados *derechos individuales*. Para dichos efectos, asumimos la definición de derechos colectivos aceptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión Interamericana o CIDH) según la cual los derechos colectivos son aquellos “derechos de los que son titulares y se refieren a condiciones jurídicas de conjuntos [u] organizados de personas, como es el caso de las comunidades o pueblos indígenas”<sup>1</sup>.

Por lo tanto, entendemos a los derechos colectivos como aquellos derechos especiales de los pueblos indígenas en tanto grupos humanos, cuya titularidad tiene carácter colectivo, es decir pertenece al grupo humano en cuanto tal y que guardan una especial relación de interdependencia entre ellos.

La importancia de dicho reconocimiento y distinción se debe además al hecho de que – como menciona el STAVENHAGEN – de que “[u]niversal individual human rights, even when fully effective, do not necessarily ensure the full enjoyment of rights by collectivities. Moreover, at times the promotion of

---

<sup>1</sup> CIDH. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc.62, 20 octubre 2000, capítulo III. Consulta: 02/07/12.  
Disponible en: <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.3.htm#6>.

individual human rights in disregard of collectivities may lead to the violation of collective rights, just as the priority of collective rights over individual rights may lead to violations of the later”<sup>2</sup>.

Ahora bien, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha ido evolucionando en el reconocimiento y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, posibilitando dejar atrás normas internas de los Estados que avalaban procesos de *asimilación* de los pueblos indígenas, violatorios de sus principales derechos colectivos; así como, incorporar progresivamente en los textos constitucionales normativa expresa que reconoce sus derechos colectivos especiales.

En el presente subcapítulo, abordaremos el reconocimiento de la denominada jurisdicción especial indígena en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos - tanto convencionales como no convencionales - relacionados directamente a los derechos especiales de los pueblos indígenas.

### **1.1.1. La jurisdicción especial indígena en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT**

Uno de los instrumentos internacionales que reconoce la jurisdicción especial indígena es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169 de la OIT)<sup>3</sup>, principal tratado internacional en materia de reconocimiento y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Dicho

---

<sup>2</sup> Citado por SALMÓN, Elizabeth. *Los Pueblos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción*. Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, Lima, 2010, p. 29.

<sup>3</sup> El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue aprobado por el Congreso Constituyente Democrático el día 26 de noviembre de 1993 y fue ratificado el día 2 de febrero de 1994, estando en vigor para el Estado peruano desde el día 2 de febrero de 1995.  
[http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio\\_169\\_07.pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf)

Convenio en su Quinto Considerando reconoce explícitamente que “las aspiraciones de esos pueblos *a asumir el control de sus propias instituciones* y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven” (resaltado nuestro).

En el mismo sentido, en su artículo 8 inciso 1 establece que “[al] aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración *sus costumbres o su derecho consuetudinario*” (resaltado nuestro).

Por su parte, el artículo 8 inciso 2 establece que “[d]ichos pueblos deberán tener el derecho de *conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales* definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” (resaltado nuestro).

Además del reconocimiento implícito de la jurisdicción indígena en tanto institución propia de los pueblos indígenas y del reconocimiento explícito de la existencia de su *derecho consuetudinario*, para el ámbito que nosotros conocemos como materia penal, en su artículo 9 inciso 1 se establece la obligación de respetar sus métodos tradicionales para la represión de aquellas conductas consideradas proscritas por ellos. Así, dicho artículo dispone que: “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*” (resaltado nuestro).

En atención de lo antes brevemente reseñado, podemos concluir que el Convenio 169 de la OIT reconoce implícitamente el derecho a la jurisdicción



especial indígena, es decir el derecho de los pueblos indígenas a tener un sistema de administración de justicia propio, en la medida que reconoce su derecho a asumir el control de sus propias instituciones; conservar sus “costumbres” y su “derecho consuetudinario”.

Ahora, en el caso de los delitos cometidos por sus miembros, el Convenio 169 de la OIT señala que los pueblos indígenas pueden recurrir a sus métodos utilizados ancestralmente para su represión; y, si bien, como señala LOVATÓN dicho reconocimiento normativo es un avance para las comunidades o pueblos indígenas habría que preguntarse hasta qué punto estos derechos son respetados y llevados a la práctica – como es el caso de la justicia indígena –, ya que en muchos países donde existe pluralidad de culturas, usos [sic] y costumbres, los sectores sociales indígenas siguen formando parte de los sectores sociales históricamente discriminados y excluidos<sup>4</sup>.

### **1.1.2. La jurisdicción especial indígena en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

Otro de los instrumentos internacionales de especial relevancia sobre la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración o DNUPI)<sup>5</sup>.

La aprobación de la Declaración ha sido resultado de un largo proceso de lucha por parte de los pueblos indígenas, y contó por primera vez con la participación

---

<sup>4</sup> LOVATON, David. “Experiencias de acceso a la justicia en América Latina”. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Volumen 50. San José, Costa Rica, julio-diciembre 2009. p. 259.

<sup>5</sup> La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada el día 13 de septiembre de 2007 en el contexto de la 107a sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Puede accederse al texto completo de dicha Declaración en el siguiente enlace web: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)

de los titulares de dichos derechos, es decir los pueblos indígenas, quienes jugaron un papel fundamental en las negociaciones con los Estados<sup>6</sup>.

La Declaración aborda el derecho de los pueblos indígenas al ejercicio de su jurisdicción especial en varios de sus artículos. Así, en su artículo 4 reconoce el derecho a la autonomía o autogobierno en tanto manifestación del derecho a la libre determinación y establece que: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la *autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales*, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas” (resaltado nuestro).

En este sentido, una de las principales manifestaciones de dicha autonomía o autogobierno es la jurisdicción indígena, es decir la facultad de las autoridades indígenas de resolver sus asuntos internos. Por otro lado, consideramos muy importante que este artículo haya establecido no sólo el derecho a la autonomía, sino también el derecho de disponer de los medios económicos necesarios que posibiliten financiar el desarrollo de las funciones autónomas consecuentes, por cuanto el correlato de lo dicho es la obligación del Estado de garantizar los medios necesarios para los pueblos indígenas.

En el mismo sentido, el artículo 5 establece que: “Los pueblos indígenas tienen *derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales*, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (resaltado nuestro). Cabe precisar que si bien dicho artículo indica que los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar sus propias instituciones, esto no significa que no puedan incorporar en su derecho mecanismos propios del derecho oficial o formal.

---

<sup>6</sup> CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo. La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas: Como se hizo realidad y que nos anuncia. En: CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (editores). *El Desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas*. Copenhague.2010, pp.10-11.

Por su parte, el artículo 34 de dicha Declaración refiere que: Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus *propias costumbres*, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, *costumbres o sistemas jurídicos*, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (resaltado nuestro).

Como podemos colegir de la reseña de los artículos antes mencionados, la Declaración reconoce - en primer término - el derecho a *la autonomía o autogobierno indígena en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos*. Dentro de las facultades que tienen las autoridades están aquellas a través de las cuales ejercen el control de sus asuntos internos aplicando principalmente sus propias instituciones jurídicas (derecho consuetudinario).

Además, la Declaración reconoce de manera explícita el derecho de los pueblos indígenas a promover, desarrollar y mantener sus sistemas jurídicos. Ahora bien, consideramos importante subrayar que debemos entender dicha autonomía no de manera restringida sino más bien amplia, una de cuyas manifestaciones es precisamente la autonomía jurisdiccional.

#### **1.2.1.1. Sobre la fuerza normativa de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

Consideramos importante - antes de continuar analizando la temática de la jurisdicción indígena - abordar el tema de la fuerza normativa de la Declaración puesto que dicho instrumento internacional es fundamental para la protección y defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Así, a nivel internacional y nacional existe un fuerte debate sobre la fuerza normativa de la Declaración y si ésta es vinculante o no.

Al respecto, algunos Estados niegan el carácter de la fuerza vinculante de la Declaración y han manifestado que “la Declaración es simplemente una resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas que no tienen, *como instrumento*, un carácter legalmente vinculante [...]”<sup>7</sup>.

Otro de los argumentos de los Estados es ampararse en la Resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>8</sup> referente a la decisión de prorrogar el mandato del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuando en el párrafo 1(g) se señala: “Promueva la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los instrumentos internacionales relativos a la promoción de los derechos de los pueblos indígenas *cuando proceda*” (resaltado nuestro).

Si bien, como se demuestra en la Resolución del Consejo de Derechos Humanos existe la posición de algunos Estados de buscar por todos los medios que la Declaración sea considerada como un instrumento no vinculante para los Estados, consideramos que la introducción del término “cuando proceda” no significa que dicho instrumento o mejor dicho los derechos contenidos dentro de la Declaración no tengan un valor normativo obligatorio para los Estados, recordemos que la interpretación de cada instrumento internacional debe ir más allá de una interpretación literal.

Por otro lado, quienes consideran que la Declaración es vinculante argumentan que “[...] debido a las especiales características del proceso que llevó a su adopción es, de hecho, vinculante como instrumento. Este discurso ha sido promocionado por varias organizaciones indígenas y de la sociedad civil y retomado por algunos miembros del Foro Permanente para las Cuestiones

---

<sup>7</sup> Citado por Rodríguez-Piñero Royo Luis, “Cuando proceda”: Vigilancia y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas según la Declaración”. En: El Desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas. Op. Cit., p.337.

<sup>8</sup> Consejo de Derechos Humanos (CDH), Resolución 6/12 (28 de setiembre de 2007), párrafo 1g.21 sesión, A/HRC/6/22.

Indígenas, que se ha convertido en un ámbito clave para la reproducción de dicho discurso”<sup>9</sup>.

Sobre este punto, según RODRÍGUEZ-PIÑERO habría que distinguir entre el estatus legal de la Declaración, el valor normativo de los distintos derechos en ella contenidos y los medios para supervisar estos derechos. Respecto del primer tema, dicho autor manifiesta que:

[...] la distinción entre derecho duro y blando está bien establecida en el derecho internacional moderno de los derechos humanos, nos guste o no nos guste. Esta distinción se fundamenta en las bases del derecho internacional general en el que la lista de fuentes legalmente vinculantes se limita a los tratados ratificados por los estados, el derecho internacional consuetudinarios y los principios generales del derecho. [...] Sin embargo, es importante señalar que la distinción entre derecho duro y derecho blando en el área de los derechos humanos es, obviamente, una distinción legal, lo que no es necesariamente relevante en la práctica<sup>10</sup>.

Coincidimos finalmente con lo que menciona el autor en el sentido que “[s]i se cambia el enfoque del debate actual sobre el valor legal formal de la Declaración hacia el carácter legal de las normas sustantivas incluidas en el texto, el panorama cambia por completo”<sup>11</sup>.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia recaída en el Expediente N.º 0022-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama), fundamento 8, señaló que:

El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es,

---

<sup>9</sup> CHARTERS, Claire & STAVENHAGEN, Rodolfo (editores) *El Desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Op. Cit., p. 338.

<sup>10</sup> Ídem, p. 339- 340

<sup>11</sup> Ídem, p. 340.



una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano<sup>12</sup>.

El Tribunal Constitucional en dicha sentencia manifestó que la Declaración no era vinculante, por lo tanto no obligatoria para los Estados y la consideró como *soft law*. Sin embargo, consideramos que esta interpretación ha cambiado según el desarrollo de la sentencia recaída en el caso de la comunidad nativa Tres Islas, Expediente N.º 1126-2011-HC/TC, donde señala:

[...] el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]. [...] El objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. Por lo tanto, el propio artículo 46º del DNUDPI establece específicamente una limitación -como todo derecho lo tiene- al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración “autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”<sup>13</sup>.

Como se puede verificar, el Tribunal Constitucional, al argumentar su decisión en la sentencia antes mencionada, utiliza como fuente de interpretación diversos artículos de la Declaración. En este sentido, coincidimos con YRIGOYEN cuando señala que:

La sentencia que ahora nos ocupa, Exp. 1126-2011-HC/TC, del caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, marca un punto de quiebre con la línea jurisprudencial del TC que consideraba la Declaración de Naciones Unidas

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 0022-2009-PI/TC. Lima. Gonzalo Tuanama Tuanama, 9 de junio de 2010, párrafo 8.

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 01126-2011-HC/TC. Madre de Dios. Caso de la Comunidad Nativa Tres Islas. 11 de setiembre de 2012, párrafo 23.



sobre los derechos de los pueblos indígenas como *soft law* o derecho blando y por lo tanto no exigible. Esta sentencia funda los derechos, en última instancia, en el derecho de autodeterminación de los pueblos reconocido en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>14</sup>.

En atención de lo antes mencionado, consideramos que si bien nos encontramos ante una Declaración conjunta emitida en el contexto de una Asamblea General de las Naciones Unidas y suscrita por los representantes acreditados de la mayoría de los Estados (incluido el representante del Estado peruano), la cual no es, por lo tanto, propiamente un tratado internacional (instrumento convencional vinculante por excelencia), ello no obsta reconocer su fuerza normativa en atención de los siguientes considerandos<sup>15</sup>:

- Varias de las disposiciones de la Declaración – sobre todo las más relevantes relacionadas a sus principales derechos colectivos - recogen normas de derecho consuetudinario, las cuales, junto con los tratados internacionales, son una de las principales fuentes (propias y autónomas respecto de éstos) del Derecho Internacional Público;
- Dos disposiciones concretas de la propia Declaración (los artículos 38 y 42) establecen obligaciones específicas para los Estados, por lo tanto, vinculantes para los signatarios de la Declaración. Así, el artículo 38 establece que “[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, *adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas*

---

<sup>14</sup> YRIGOYEN, Raquel. *Litigio Estratégico en derechos indígenas. La experiencia de la Comunidad Nativa Tres Islas, Madre de Dios, Perú*. Lima, Cooperación Técnica Alemana al Desarrollo Internacional – GIZ, 2013, p. 101.

<sup>15</sup> Algunos de los considerandos reseñados en este apartado han sido tomados de CLAVERO, Bartolomé. *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Exposición realizada en el contexto de la *Reunión del Grupo de Expertos Internacionales sobre “El rol del Foro Permanente de las Naciones Unidas en la implementación del artículo 42 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”*, desarrollado en la ciudad de Nueva York del 14 al 16 de junio de 2009. Consulta: 18/11/2012. [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM\\_Art\\_42\\_Clavero.doc](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM_Art_42_Clavero.doc)

*legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración” (resaltado nuestro). Por su parte el artículo 42 señala que “[l]as Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia” (resaltado nuestro);*

- Es totalmente factible que se modifiquen los términos de referencia de los órganos responsables de la supervisión de los tratados internacionales, no sólo a través de nuevos tratados o protocolos, sino también a través de declaraciones. Así, en el ámbito específico del Comité de Derechos Humanos nada obsta a que - al igual de lo que sucedió respecto de la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas* - se considere la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como un desarrollo del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en atención de lo cual el Comité tendría – sin necesidad de una habilitación expresa – la facultad de supervisar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en éste; y,
  
- El propio artículo 35 del Convenio 169 de la OIT reconoce explícitamente que su aplicación no podrá restringir los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en otros instrumentos internacionales. Esto al señalar que: “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”.

En atención de los argumentos antes expuestos, consideramos de especial relevancia reconocer la fuerza normativa de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a efectos de interpretar cabalmente los alcances de

las propias disposiciones del Convenio 169 de la OIT y las normas internas de desarrollo del mismo (tales como la reciente Ley del Derecho a la Consulta Previa y su respectivo Reglamento), lo cual posibilitará superar las diversas falencias de dicha normativa.

### **1.1.3. La jurisdicción especial indígena en las recomendaciones e informes del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas**

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas cuenta con el mandato específico de tratar las dificultades y posibilidades para la plena vigencia y efectiva protección de los derechos especiales de los pueblos indígenas. En este sentido, como señala RODRÍGUEZ- PIÑERO:

El mandato original del Relator Especial, tal como fue establecido por la Comisión sobre Derechos Humanos en 2001, enmarcaba sus actividades bajo instrumentos de derechos humanos de aplicación general. Con la adopción de la Declaración [...] el Consejo de Derechos Humanos atribuyó al Relator Especial el mandato de promover la aplicación de la Declaración y otros instrumentos internacionales relevantes para los derechos de los pueblos indígenas<sup>16</sup>.

Para tales efectos, entre otras funciones, recopila e intercambia información sobre las vulneraciones de los derechos de los pueblos indígenas (tanto de los Estados como de los propios pueblos indígenas); formula recomendaciones y propuestas con el fin de prevenir tales vulneraciones; y, promueve un diálogo con todas las partes involucradas, incluidas los órganos y agencias de Naciones Unidas (en especial con el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y otras instancias del Consejo de Derechos Humanos).

---

<sup>16</sup> CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (editores). *El Desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Op. cit., p. 353.

La temática específica de la jurisdicción indígena no ha tenido un desarrollo muy amplio en los informes y recomendaciones del Relator Especial, a diferencia de otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, a pesar de lo cual consideramos pertinente reseñar algunos informes específicos que abordan dicha temática.

En su Informe ante la Comisión de Derechos Humanos de 2004 (sexagésimo período de sesiones)<sup>17</sup>, el entonces Relator Especial, Rodolfo Stavenhagen, abordó *los obstáculos, disparidades y retos con que se enfrentan los pueblos indígenas en el ámbito de la administración de justicia y la consideración del derecho consuetudinario indígena en los sistemas jurídicos nacionales*. En dicho Informe – entre los párrafos 54 a 82 – el mencionado Relator trató el tema específico “El derecho y la cultura indígenas y la resolución alternativa de controversias”, siendo a nuestro parecer especialmente relevantes las consideraciones siguientes:

- El no reconocimiento del derecho indígena forma parte de la *negación* de las identidades, sociedades y culturas indígenas por parte de los Estados coloniales y poscoloniales, y es una de las dificultades con que tropiezan los Estados modernos para reconocer su propia identidad multicultural;
- En los últimos años algunos Estados han hecho avances en el reconocimiento y consideración de esas prácticas consuetudinarias, pero otros se muestran todavía renuentes a modificar sus estructuras jurídicas en este sentido;
- Los países que han podido incorporar el respeto del derecho indígena consuetudinario a sus sistemas jurídicos oficiales han observado que la justicia se administra con mayor eficacia, particularmente cuando se trata

---

<sup>17</sup> Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. E/CN.4/2004/80 de 26 de enero de 2004. Disponible en : <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4360.pdf?view=1>

de casos de derecho civil y familiar, pero también en algunas esferas del derecho penal, por lo cual parece ser que un cierto pluralismo legal parece ser una forma constructiva de abordar los distintos sistemas jurídicos con arreglo a valores culturales diferentes;

- El Relator Especial recomienda que se conceda al derecho indígena el estatuto y la jerarquía del derecho positivo en el marco del derecho a la libre determinación, y que los Estados que todavía no lo hayan hecho tomen medidas, en consulta con los pueblos indígenas, para abrir sus sistemas judiciales a los conceptos y costumbres jurídicas indígenas; y,
- Hay ejemplos positivos de que los derechos indígenas pueden coexistir con sistemas jurídicos nacionales. Las comunidades indígenas en los casos antes descritos gozan de cierta autonomía para usar sus propias leyes, sistemas e instituciones judiciales.

El anterior Relator Especial, James Anaya, en su Informe ante el Consejo de Derechos Humanos de 2010 (décimo quinto período de sesiones)<sup>18</sup>, planteó algunas *observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*. En dicho Informe – entre los párrafos 6 al 18 – el mencionado Relator analizó las iniciativas para el reconocimiento de la jurisdicción indígena, siendo - a nuestro parecer - especialmente relevantes las siguientes consideraciones (las cuales ciertamente no se limitan al caso ecuatoriano):

- El Relator Especial considera que es imprescindible contar con la participación efectiva de los representantes indígenas en la elaboración del

---

<sup>18</sup> Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. A/HRC/15/37/Add. 7 de 27 de septiembre de 2010. Ver: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.37.Add.7\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.37.Add.7_sp.pdf)



marco legal para regular la jurisdicción indígena, y espera que esta participación se garantice dentro de un proceso adecuado de consulta, como condición previa a la adopción de una ley o reglamento sobre la materia. En este sentido, previamente es fundamental desarrollar un proceso de intercambio de información, entendimiento y capacitación entre las autoridades estatales judiciales y las autoridades indígenas sobre los diversos sistemas de justicia;

- También es aconsejable que las partes interesadas impulsen coordinadamente un proceso de fortalecimiento de los propios sistemas de justicia de las comunidades y pueblos indígenas. El Estado debería asegurar el apoyo técnico y financiero para tal fin. Este proceso conllevaría la valoración y rescate por parte de cada pueblo indígena de sus propios conocimientos y prácticas relacionadas con la resolución de conflictos y la administración de justicia. Además, se requiere la formación y capacitación de las autoridades indígenas encargadas de administrar justicia sobre el funcionamiento básico de la jurisdicción estatal ordinaria, y conocimiento sobre principios internacionales de los derechos humanos;
- El Relator Especial considera que es importante que cualquier sistema de coordinación entre ambas jurisdicciones sea suficientemente flexible, tomando en cuenta el contexto particular de cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena del país;
- Es importante observar las facultades que las autoridades indígenas han estado ejerciendo de facto y asegurar de esa manera que se le otorgue un valor jurídico dentro del sistema estatal ordinario a las decisiones que toman día a día en la administración de justicia; y,
- Es importante *otorgar un significado amplio al concepto de conflictos internos* de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con el fin de evitar que se impongan restricciones arbitrarias a la jurisdicción indígena en



favor de la jurisdicción ordinaria, así como preservar los *principios de coordinación y cooperación entre ambas jurisdicciones*. Asimismo, es necesario crear espacios fluidos y flexibles para facilitar un diálogo intercultural entre las autoridades de la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (resaltado nuestro).

Del mismo modo James Anaya, en su Informe ante el Consejo de Derechos Humanos de 2012 (Vigésimo Primer Período de Sesiones) abordando la problemática de las mujeres y niños indígenas víctimas de la violencia insistió en que:

[...] los Estados deben evitar que a los problemas sociales que afectan a las comunidades indígenas, como la violencia contra las mujeres, se den respuestas que tiendan a limitar, socavar o reemplazar la autoridad y el autogobierno propios de los pueblos indígenas. [...] los Estados deben evitar imponer restricciones generales a la jurisdicción de los sistemas judiciales tradicionales indígenas sobre los casos de violencia contra las mujeres, basándose en la suposición de que el sistema de justicia del Estado está mejor preparado para tratar estos casos o que la aplicación de los sistemas indígenas en los casos de violencia contra la mujer da lugar a decisiones intrínsecamente injustas.[...] Ahora bien, las respuestas de los Estados que restringen el control indígena corren el riesgo de socavar la libre determinación de los indígenas y, en términos generales, han resultado ser soluciones menos eficaces a largo plazo en comparación con las iniciativas controladas por los propios pueblos indígenas<sup>19</sup>.

Como puede constatarse, en el caso de ambos informes, se evidencia la especial preocupación del Relator Especial por el cabal reconocimiento y aplicación de la jurisdicción especial indígena en los ámbitos nacionales (la cual no se limita al reconocimiento normativo formal sino que necesariamente conlleva la implementación - concertada con los propios pueblos indígenas - de una política pública con enfoque de interculturalidad y de derechos); y, por la necesidad de establecer mecanismos de coordinación y cooperación

---

<sup>19</sup> Informe del Relator de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ante el Consejo de Derechos Humanos de 2012 (vigésimo primer período de sesiones). Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47_sp.pdf)

consensuados entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, garantizándose la participación de los pueblos indígenas interesados en los procesos legislativos que pretendan regularlos).

#### **1.1.4. La jurisdicción especial indígena como una manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos en los instrumentos internacionales de derechos humanos**

Como podemos inferir de los instrumentos jurídicos internacionales antes analizados, la jurisdicción especial indígena es una de las manifestaciones tangibles del derecho y principio a la libre determinación de los pueblos.

Partamos por reconocer que se trata de un principio que se encuentra expresamente reconocido en la propia Carta de las Naciones Unidas<sup>20</sup>, tratado internacional constitutivo de dicha organización internacional, cuyo artículo 1 inciso 2 establece que es uno de los propósitos de las Naciones Unidas es fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.

A su vez, otros tratados internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales cuyo artículo 1 inciso 1 común establece que “[t]odos 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”. Resulta interesante constatar que en todos los casos se trata de un derecho y principio que aparece siempre ligado en los tratados internacionales que lo reconocen a los principios de igualdad y libertad de los cuales dimana.

---

<sup>20</sup> La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco (Estados Unidos de América) al terminar la Conferencia de Naciones Unidas sobre Organización Internacional y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Ver: <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>

En términos sustantivos, en ejercicio de este derecho los pueblos eligen libremente el modo de organizarse (su sistema jurídico y político) para alcanzar su desarrollo (social, económico y cultural) en condiciones de igualdad respecto de otros. Precisamente, en este sentido, el artículo 3 de la Declaración establece expresamente que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Ahora bien, el reconocimiento del derecho a la libre determinación está directamente imbricado al reconocimiento del derecho a la *autonomía* o al *autogobierno* de los pueblos indígenas (y todos los derechos colectivos dimanantes de éstos). Así lo reconoce expresamente el artículo 4 de la mencionada Declaración al establecer que “[l]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

Precisamente por ello, la libre determinación de los pueblos, además de un derecho, es “un principio fundador que aglutina la constelación de derechos de los pueblos indígenas”<sup>21</sup>. En este orden de ideas, como atinadamente señala CLAVERO respecto de la aludida Declaración, su “mismo catálogo de derechos cobra sentido y se articula a partir del reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas en sus dimensiones tanto política como económica, social y cultural”<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> ANAYA, James. “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”. En: *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas* (páginas 194 – 209). Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (editores). IWGIA, Copenhague, 2010, p. 194.

<sup>22</sup> CLAVERO, Bartolomé. “Supremacismo Cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. En: *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas* (páginas 366 – 374). Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (editores). IWGIA, Copenhague, 2010, p. 372.

Ahora bien, consideramos necesario precisar sucintamente los alcances de este derecho habida cuenta de las controversias y malentendidos que algunas veces suscita - no sólo en el ámbito de los debates existentes en el contexto de la adopción de la mencionada Declaración, sino en otros contextos, tales como la reciente promulgación de la Ley de la Consulta Previa en el caso peruano - en tanto principio del Derecho Internacional Público presente en la constitución de nuevos Estados independientes.

Si bien el principio a la libre determinación ha sido invocado explícitamente en determinados contextos históricos (como por ejemplo en el proceso de descolonización del África durante los siglos XIX y XX o en la disolución del *apartheid* en Sudáfrica), estamos *prima facie* ante un derecho humano (perteneciente a “todos los pueblos”) cuyo ejercicio se ha negado sistemáticamente a los pueblos indígenas, quienes se encuentran casi invariablemente sometidos a organizaciones políticas y jurídicas que ellos no han consentido previamente. Debido a ello su explícito reconocimiento en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas “representa el reconocimiento de la negación histórica y presente de ese derecho y de la necesidad de remediarla”<sup>23</sup>.

En este sentido, resulta equívoco considerar que el ejercicio del derecho a la libre determinación, en tanto derecho relacionado a la doctrina de la soberanía estatal en algunos contextos históricos, podría conllevar – en el caso específico de los pueblos indígenas – a la formación de nuevos Estados independientes (en una suerte de proceso equivalente al denominado derecho a la secesión en el ámbito del Derecho Internacional Público), siendo más bien lo propio reconocer que tal ejercicio es el punto de partida ineludible (en tanto derecho dimanante de los principios de libertad e igualdad) de un postergado y acuciante proceso de inclusión social ( respetando los derechos de los pueblos

---

<sup>23</sup> ANAYA, James. “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”. Op. Cit., p. 202.

indígenas) en el ámbito de los Estados en los cuales éstos se encuentran ubicados.

De lo antes mencionado podemos colegir que la vigencia del derecho a la libre determinación, como atinadamente señala CABEDO:

[...] al contrario de lo que opinan sus detractores, no está reñida con la integración nacional. Ésta solamente se puede lograr, por un lado, reconociendo a los pueblos indígenas su identidad y todo lo que la misma representa, y, por el otro, en cuanto ciudadanos del Estado del cual forman parte, reconociendo su derecho de participación en la conformación de la voluntad nacional<sup>24</sup>.

En este sentido, la importancia del reconocimiento y plena vigencia de este derecho y principio es que su ejercicio conlleva - como señala DAES - un proceso:

[...] a través del cual los pueblos indígenas puedan unirse a todos los otros pueblos que constituyen el Estado en términos justos y mutuamente acordados, después de muchos años de aislamiento y exclusión. Este proceso no exige la asimilación de los individuos como ciudadanos iguales a los demás, sino el reconocimiento e incorporación de los diferentes pueblos en el tejido del Estado, en términos acordados<sup>25</sup>.

En atención de los criterios sucintamente reseñados, consideramos de especial relevancia tener presente que la jurisdicción especial indígena (como también los denominados *derechos colectivos* de los pueblos indígenas) es una de las manifestaciones del ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos, por cuanto ello nos posibilitará en su momento determinar y ponderar - en sus debidos alcances – sus diversas prerrogativas.

---

<sup>24</sup> CABEDO, Vicente. “De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena”. En: *Revista Política y Cultura*, primavera 2004, Número 21 (páginas 73 – 93). Universidad Autónoma Metropolitana – Xochimilco, México, 2004, p. 91.

<sup>25</sup> Citada por ANAYA, James. “*El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración*”, op. cit., p. 203.



## 1.2. La jurisdicción especial indígena en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos

La protección efectiva de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es relativamente reciente, concretamente se inicia en la década de 1970<sup>26</sup>. La reciente protección de tales derechos colectivos en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede explicarse debido a que dicho sistema estuvo concentrado inicialmente en las violaciones de derechos individuales reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debido a lo cual no prestaba una especial atención para la promoción y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas<sup>27</sup>.

Posteriormente, con el inicio - en el ámbito latinoamericano - de un movimiento social a favor de la defensa y restitución de los derechos de los pueblos indígenas, así como respecto de la efectiva operatividad de sus dos principales instancias de protección de derechos humanos (establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), empezaron a conocerse algunos casos referentes a los pueblos indígenas, si bien - inicialmente - referentes a los derechos individuales de los miembros de tales pueblos. En este sentido, como atinadamente menciona STAVENHAGEN:

A consecuencia de la emergencia del movimiento indígena continental, que cobró impulso a partir de la década de los ochenta, tuvieron lugar algunos acontecimientos internacionales importantes [...]. Es en este contexto que comienza a tener impacto cada vez más importante la labor de la Comisión

---

<sup>26</sup> CIDH. “*La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*” de 2000. OEA/Ser. L/V/II.110, DOC.22, 1 de marzo de 2001.

<sup>27</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, Luis. “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas”. En: *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. En: BERRAONDO, Mikel (Coordinador). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto (Instituto de Derechos Humanos), 2006, p.153.



Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>28</sup>.

La reciente protección efectiva de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, no obsta reconocer algunos esfuerzos previos desarrollados en el ámbito interamericano respecto de dicha protección, entre cuyos principales hitos podemos mencionar los siguientes<sup>29</sup>:

- En 1922, en el contexto de la Quinta Conferencia Internacional Americana - organismo antecesor de la OEA – se solicitó a los Gobiernos *estimular el estudio de las respectivas lenguas aborígenes y tomar medidas para hacer respetar los monumentos arqueológicos*;
- En 1940 se desarrolló en México el *Primer Congreso Indigenista Interamericano* donde se adoptó la Convención de Patzcuará, a través del cual se creó el Instituto Indigenista Interamericano. Asimismo, en dicho contexto los Estados emitieron una serie de acuerdos y declaraciones específicos sobre algunos asuntos indígenas, tales como el reparto de tierras y las políticas de educación; y,
- En 1948 se adoptó la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* (emitida simultáneamente a la Declaración Interamericana de los Derechos y Deberes del Hombre) la cual incluye un artículo sobre obligaciones de los Estados respecto de los derechos de los pueblos indígenas a efectos de “amparar la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo [al indígena] del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación”.

---

<sup>28</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo. “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas”. En: *Cuadernos Observatorio Pueblos Indígenas N° 1*. Simón Pedro Arnold y Boris Paúl Rodríguez Ferro Editores, Puno, 2010, p. 63 - 64.

<sup>29</sup> Una reseña de dicha evolución puede encontrarse en el Capítulo I “*Antecedentes en el sistema interamericano sobre los derechos indígenas en las Américas*” del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “*La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*” de 2000. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Cap.1.htm#1>

En atención de los antecedentes brevemente reseñados y el desarrollo ulterior, producto del impulso que otorgó al asunto la Comisión Interamericana y los casos resueltos por la Corte Interamericana sobre vulneraciones concretas, podemos identificar - coincidiendo con RODRÍGUEZ PIÑERO - tres fases específicas en la evolución de la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano:

Una primera fase tardoindigenista, durante la década de los setenta; una segunda fase de interés por la situación de los pueblos indígenas, desde la perspectiva general de los derechos humanos individuales, durante la década de los ochenta y mediados de los noventa; y una tercera fase de reconocimiento y protección de los pueblos indígenas propiamente dichos, que comienza a principios de los noventa en el marco del proyecto de discusión del proyecto de declaración americana sobre derechos de los pueblos indígenas y se consolida con la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Awas Tingni*, en 2001, fase en la que nos encontramos en la actualidad<sup>30</sup>.

Ahora bien, uno de los factores que precisamente explican dicha reciente protección efectiva por parte del Sistema Interamericano es que los principales instrumentos internacionales que constituyen su marco primigenio de protección, no incluyeron explícitamente disposiciones de protección de los derechos especiales de los pueblos indígenas. Así, como menciona STAVENHAGEN:

Los derechos de los pueblos indígenas llegaron tarde al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos [...] Los instrumentos básicos del sistema ni siquiera los mencionan [...] probablemente porque en la época en que fueron redactados estos textos prevalecía la perspectiva que bastaba con proclamar “derechos universales” para que toda persona, “sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna,” pudiera disfrutarlo plenamente<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Citado por SALMÓN, Elizabeth. *Los Pueblos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción*. Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, Lima, 2010, pp. 36-37.

<sup>31</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas*. Op. cit., p. 61.

Precisamente, en atención de dicha evolución, consideramos de especial importancia abordar a continuación la temática del denominado *bloque de convencionalidad* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para luego dar cuenta sucintamente de cómo la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana abordan la temática específica de la jurisdicción especial indígena.

### **1.2.1. El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como partes del denominado *bloque de convencionalidad* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

A efectos de abordar el tratamiento de la jurisdicción especial indígena en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, consideramos relevante empezar dando cuenta de la especial importancia que tiene en la cabal interpretación de éste, tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración, en tanto partes integrantes del denominado *bloque de convencionalidad* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana)<sup>32</sup>.

Al respecto, FERRER MAC GREGOR se refiere a la figura del *bloque de convencionalidad* para identificar al conjunto de instrumentos que se utilizan como canon o parámetro de convencionalidad. Dicho autor indica que éste debiera estar conformado por la Convención Americana, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana, así como por los protocolos e

---

<sup>32</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. El Perú ratificó dicha Convención el día 7 de diciembre de 1978. Puede accederse al texto completo de dicha Convención a través del siguiente enlace web: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

instrumentos internacionales que pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>33</sup>.

En este sentido, partimos por definir el *bloque de convencionalidad* como aquel conjunto de normas internacionales, jurisprudencia, principios y criterios hermenéuticos relativos a derechos humanos que se consideran integrados a la Convención Americana, sirviendo tanto para la cabal interpretación de sus disposiciones, como para entender los diversos alcances de los derechos humanos ahí reconocidos.

En efecto, en atención de las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 31 inciso 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual señala que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”<sup>34</sup>.

Asimismo, en atención del denominado principio *pro homine* incluido expresamente en el artículo 29.b de la Convención Americana, según el cual “Ninguna disposición de la presente Convención deberá interpretarse en el sentido de: (...) b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede 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”.

A partir de lo mencionado, podemos válidamente colegir que, tanto las disposiciones del Convenio 169 de la OIT como de la Declaración, deben

---

<sup>33</sup> Citado por TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012, pp. 48-49.

<sup>34</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969. El Perú ratificó dicho Convenio mediante Decreto Supremo N.º 029-2000-RE, el 14 de setiembre de 2000. Y entró en vigor para el Estado peruano el 14 de octubre de 2000. Ver: [http://www.tc.gob.pe/tratados/uni\\_ddhh/instru\\_alca\\_gene2/viena.pdf](http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/viena.pdf)

necesariamente ser tomadas en cuenta en la interpretación de los diversos artículos de la Convención Americana relacionados – directa o indirectamente - al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En el mismo sentido, estamos de acuerdo que tanto “[l]a Comisión y la Corte pueden también aplicar como norma complementaria instrumentos internacionales especiales como, por ejemplo, el Convenio 169 de la O.I.T. sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”<sup>35</sup>.

Cabe mencionar que anteriormente la Comisión Interamericana recurrió a otros instrumentos internacionales antes de la adopción del Convenio 169 de la OIT para resolver casos de violación de los derechos de los pueblos indígenas. Así lo señala MACKAY, cuando desde 1999 señaló que:

[L]a Comisión suele recurrir a instrumentos internacionales, más que aquellos emitidos por el sistema interamericano, para fundamentar sus fallos y determinar las obligaciones de los Estados. En ocasiones anteriores ha recurrido a: el PDCP, en especial el artículo 27; el Convenio N.º107 de la OIT; la legislación europea sobre derechos humanos; diversos tratados, declaraciones y resoluciones adoptadas por Naciones Unidas y sus agencias especializadas<sup>36</sup>.

Al respecto, resulta ilustrativo el considerando que utiliza el Juez Sergio García Ramírez en su voto razonado correspondiente a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso versus Perú*<sup>37</sup>,

---

<sup>35</sup> Citado en el Capítulo I “Antecedentes en el sistema interamericano sobre los derechos indígenas en las Américas” del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “*La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*” de 2000. Puede accederse al texto completo de dicho Capítulo a través del siguiente enlace web: <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Cap.1.htm#1>.

<sup>36</sup> MACKAY, Fergus. “*Los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas*”. Asociación Pro Derechos Humanos (Aprodeh). Lima. 1999, p. 249.

<sup>37</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N.º. 158, Voto del Juez Sergio García Ramírez, fundamento 2. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)



en el cual manifestó que la Corte Interamericana - respecto de los alcances al denominado *control de convencionalidad* - no se limita a la aplicación de la Convención Americana sino que:

[...] la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos (fundamento 2).

Como afirma lúcidamente dicho Juez de lo que se trata en buena cuenta con esta interpretación es lo siguiente:

[...] alentar la conexión expresa y suficiente - que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales - entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tienden el puente” entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano” (fundamento 10).

Respecto al derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas, en el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya versus Paraguay, la Corte Interamericana al interpretar los alcances del artículo 21 de la Convención (derecho de propiedad) ha mencionado expresamente que:

[...] la Corte ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración



del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>38</sup>.

En el mismo sentido y en un supuesto de hecho equivalente se pronunció la Corte Interamericana en el caso del Pueblo Saramaka versus Surinam, al señalar que:

[...]La Corte reconoce que llegó a esa interpretación del artículo 21 en casos anteriores a la luz del artículo 29.b de la Convención, el cual prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales de Nicaragua y Paraguay, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (Nº 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes (...)<sup>39</sup>.

También en el contexto de la emisión de sus opiniones consultivas, la Corte Interamericana ha hecho mención expresa a dicho “bloque de convencionalidad”. Así, en su Opinión Consultiva 1/82 sobre “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) esta mencionó que la Comisión Interamericana “ha invocado correctamente otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos [...] por cuanto excluirlos constituiría una limitación al principio de plena garantía, establecido por los artículos 29.b y 64 de la Convención Americana”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de marzo de 2006. Serie C. N.º 146. Fundamento 117, p. 69. También citado por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “*Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”. Doc. 56/09. Organización de los Estados Americanos, Washington, 2009, p.5.

<sup>39</sup> Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C. 172. Párrafo 92.

<sup>40</sup> Citado en el Capítulo I “*Antecedentes en el sistema interamericano sobre los derechos indígenas en las Américas*” del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “*La situación de los*

En igual sentido, en su Opinión Consultiva 10/89, la Corte Interamericana ha señalado que:

[El] derecho americano ha evolucionado desde 1948 hasta hoy y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos. Como dijo la Corte Internacional de Justicia: “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar<sup>41</sup>.”

Por su parte, la Comisión Interamericana, además de dejar expresa constancia que el Convenio 169 de la OIT es el principal instrumento internacional de derechos humanos específico sobre los derechos de los pueblos indígenas, siendo en este sentido un criterio ineludible de interpretación de las normas contenidas tanto en la Convención Americana como en la Declaración Americana<sup>42</sup>, incluso ha considerado la vigencia de los alcances del Convenio 169 respecto de Estados que no han ratificado dicho tratado internacional. Así, en su informe sobre las Comunidades Mayas del Distrito de Toledo versus Belice, consideró que:

Si bien la Comisión reconoce que Belice no es Estado Parte del Convenio 169 de la OIT, considera que los términos de ese tratado ofrecen pruebas de la opinión internacional contemporánea en relación con cuestiones vinculadas a los pueblos indígenas y, por tanto, que ciertas disposiciones pueden considerarse apropiadamente para interpretar y aplicar los

---

*derechos humanos de los indígenas en las Américas*” de 2000. Puede accederse al texto completo de dicho Capítulo a través del siguiente enlace web: <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Cap.1.htm#1>

<sup>41</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva N.º OC-10/89 sobre la “interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 14 de julio 1989. Serie A N.º 10, párrafo 37. Puede acceder al texto de dicha Opinión Consultiva en el siguiente enlace web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_10\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf)

<sup>42</sup> CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09 Aprobado el 30 de diciembre de 2009, párrafo 12. <http://www.cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

artículos de la Declaración Americana en el contexto de las comunidades indígenas<sup>43</sup>.

En atención de los argumentos antes reseñados, consideramos que tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración forman parte del *bloque de convencionalidad* de la Convención Americana, criterio de interpretación que nos será de especial utilidad al abordar cómo el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos ha tratado la temática específica de la jurisdicción especial indígena.

### **1.2.2. La jurisdicción especial indígena en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana, órgano del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, según lo establecido en el artículo 62 inciso 3 de la Convención Americana, tiene competencia para “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia”.

Así, en atención del artículo 63 de dicha Convención, la Corte Interamericana ha dispuesto que en caso considere haya habido una violación de derechos “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados [...] y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas [...] en los asuntos que esté conociendo podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes”.

Al respecto, la Corte Interamericana no ha abordado específicamente y al detalle la temática de la jurisdicción especial indígena en sus sentencias, sin embargo, ha reconocido en varias de ellas el derecho consuetudinario de los

---

<sup>43</sup> Citado por COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “*Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, op. cit., p. 6.

pueblos indígenas respecto de la protección de otros de sus derechos colectivos, en especial respecto de su derecho al territorio, los recursos naturales, consulta y consentimiento, entre otros.

A continuación reseñaremos brevemente las principales sentencias sobre el particular haciendo una breve alusión a los asuntos abordados:

### ***Caso Aloeboethoe y Otros versus Suriname:***

A partir de 1993, en el *Caso Aloeboethoe y Otros versus Suriname*, en su sentencia sobre Reparaciones y Costas<sup>44</sup>, la Corte Interamericana aborda de manera tangencial la temática de la jurisdicción indígena al reconocer los derechos consuetudinarios de dichos pueblos<sup>45</sup>.

Así, en el análisis que realiza respecto de las reparaciones que les correspondían a los deudos de las víctimas indígenas asesinadas por las fuerzas policiales, la Corte Interamericana se ve en la necesidad de reconocer la vigencia del derecho consuetudinario de dicho pueblo indígena a efectos de determinar fehacientemente quiénes son los beneficiarios de dichas reparaciones. Esto ante la constatación de la prácticamente nula vigencia de la legislación estatal de Suriname en el ámbito del mencionado pueblo. Así, la Corte refirió que:

[...] no estima necesario averiguar si los saramacas gozan de autonomía legislativa y jurisdiccional dentro de la región que ocupan. La única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Suriname

---

<sup>44</sup> Corte IDH. *Caso Aloeboethoe y otros versus Surinam*. Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de setiembre de 1993. Serie C No. 15. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_15\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf)

<sup>45</sup> Al respecto, coincidimos con COLMERARES cuando señala que: “En cuanto al tema del derecho consuetudinario indígena, el caso más resaltante resuelto jurisdiccionalmente por la Corte Interamericana lo constituye el Caso Aloeboethoe y Otros Vs. Suriname (Sentencia del 10 de setiembre de 1993)”. En: COLMENARES OLÍVAR, Ricardo. “El Derecho Consuetudinario Indígena en Centro y Sur América: El caso Venezuela”. En: Revista Frónesis (edición virtual), Volumen 13, N.º 3, diciembre de 2006. Consulta:02/09/2012.[http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S131562682006000300004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S131562682006000300004&script=sci_arttext)

relativas a derecho de familia se aplican a la tribu Saramaca. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente” (párrafo 58).

### ***Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua:***

En el año 2001, la Corte Interamericana en la sentencia del *caso de la comunidad indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*<sup>46</sup>, primera de sus sentencias que aborda explícitamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, volvió a reconocer expresamente el derecho consuetudinario en tanto manifestación cultural y forma de autoorganización de los pueblos indígenas, manifestando precisamente que:

Manifestaciones culturales del género forman, a su vez, el substratum de las normas jurídicas que deben regir las relaciones de los comuneros *inter se* y con sus bienes [...]. Estas formas de manifestación cultural y autoorganización social se han, de ese modo, concretado, a lo largo del tiempo, en normas jurídicas y en jurisprudencia, en los planos tanto internacional como nacional (párrafos 11 y 12 del Voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli).

La Corte Interamericana también reconoce explícitamente en esta sentencia, la importancia del derecho consuetudinario respecto del ejercicio del derecho a la propiedad comunitaria, mencionando que:

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto

---

<sup>46</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79.



de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro (párrafo 151).

### ***Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay:***

En el año 2005, la Corte Interamericana en su sentencia respecto del *caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay*<sup>47</sup> subrayó la importancia del reconocimiento del derecho consuetudinario para garantizar el ejercicio del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, manifestando que:

En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres [...]. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores (párrafos 63 y 154).

### ***Caso del Pueblo Saramaka versus Surinam:***

En el año 2007, la Corte Interamericana en su sentencia respecto del *caso del Pueblo Saramaka versus Surinam*<sup>48</sup> reconoció explícitamente la obligación del Estado de reconocer la jurisdicción indígena a efectos de garantizar el ejercicio

---

<sup>47</sup> Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)

<sup>48</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka versus Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)



de su derecho a la propiedad comunitaria, estableciendo que una de las medidas que debe adoptar el Estado es lo siguiente:

Otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones (párrafo 194b).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana insiste en reconocer y proteger el derecho del pueblo Saramaka respecto del territorio que tradicionalmente han ocupado, mencionando que dicho territorio incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales (párrafo 194c).

### **Caso Chitay Nech y otros versus Guatemala:**

Finalmente, en el año 2010 la Corte Interamericana en su sentencia respecto del *Caso Chitay Nech y otros versus Guatemala*<sup>49</sup>, al abordar las graves consecuencias de los supuestos de desplazamientos forzados de los pueblos indígenas, insistió nuevamente en la necesidad del reconocimiento del derecho consuetudinario a efectos de brindar una protección adecuada a éstos, mencionado que:

[...]el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “[p]or sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas” por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho

---

<sup>49</sup> Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros versus Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C N.º 212.

consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación (párrafo 147).

Como hemos podido constatar, la Corte Interamericana si bien no ha abordado detalladamente el tema de la jurisdicción indígena (en el contexto de algún caso contencioso que haya conllevado la vulneración de dicho derecho), si ha reconocido la necesidad de reconocimiento del derecho consuetudinario y de la propia jurisdicción indígena relacionada a la vigencia de otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, en especial su derecho a la propiedad de su territorio y sus recursos naturales, entre otros, estableciendo en este sentido algunas pautas de interés.

### 1.2.3. La jurisdicción especial indígena en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos que, según lo establecido en el artículo 41 de la Convención Americana, tiene la función principal de “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” a través de diversos mecanismos<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> El artículo 41 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala:  
“La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:  
a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;  
b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;  
c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;  
d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos  
e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;  
f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y  
g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”.

Así mismo, en atención de los artículos 44 al 51 de dicha Convención, la Comisión Interamericana puede recibir e investigar peticiones individuales o colectivas sobre violaciones de derechos humanos (para de considerarlo conveniente someterlas a la competencia contenciosa de la Corte), tampoco ha abordado detalladamente – a través de los mecanismos antes aludidos - el tema de la jurisdicción especial indígena, refiriéndose sólo indirectamente a la misma en algunos de sus informes y alegatos sobre peticiones específicas ante la Corte Interamericana. Al respecto, SALMON señala que:

[...] ante el escenario de continuas exclusiones de las poblaciones indígenas en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comenzó a recabar una serie de denuncias individuales en torno a las vulneraciones de los derechos humanos de poblaciones indígenas. Y esto, a pesar de que la Comisión Interamericana careciera de un mandato específico para evaluar los derechos de los pueblos indígenas (lo que llevó a que abordará el tema desde la perspectiva de las denuncias individuales<sup>51</sup>.

En este sentido, tanto en algunos de sus informes como en los alegatos que la Comisión Interamericana presenta ante la Corte Interamericana en los casos contenciosos sometidos a ésta última, la Comisión Interamericana ha abordado indirectamente el tema de la jurisdicción indígena, reconociendo – como en los casos que analizamos de la Corte Interamericana – la importancia del derecho consuetudinario en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Así, por ejemplo, en los alegatos ante la Corte Interamericana en el caso de *Awas Tingni versus Nicaragua*, la Comisión Interamericana ha dejado expresa constancia que la Convención Americana reconoce la relación intrínseca entre derecho consuetudinario y propiedad territorial, reconocimiento que de no

---

<sup>51</sup> Citado por SALMÓN, Elizabeth. *Los Pueblos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción*. Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, Lima, 2010, p 35- 36.

darse conllevaría una afectación al principio de no discriminación, al mencionar que:

[...]los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas [...] generan sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención [...] el no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención<sup>52</sup>.

En el mismo sentido, en su *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala* (2001), la Comisión Interamericana ha mencionado que:

El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena por las autoridades, en particular por los tribunales, también es necesario para el reconocimiento de la posesión ancestral<sup>53</sup>, siendo enfática en mencionar que el desconocimiento de dicho derecho consuetudinario “cercena sensiblemente su capacidad de hacer valer sus derechos, así como el reconocimiento de la posesión ancestral de sus territorios”<sup>54</sup>.

Por otro lado, la Comisión Interamericana considera relevante que los jueces deben estar capacitados sobre los derechos que proceden del uso y posesión de la tierra por los pueblos indígenas, así como sobre el derecho consuetudinario, debido a que su desconocimiento cercena significativamente

---

<sup>52</sup> Citado por COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Doc. 56/09. Organización de los Estados Americanos, Washington, 2009, p. 32.

<sup>53</sup> Citado por COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Ídem, p. 32.

<sup>54</sup> Citado por COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Ídem, p. 39.

la capacidad de los pueblos indígenas de exigir el respeto de sus derechos, y el reconocimiento de la posesión ancestral de sus territorios<sup>55</sup>.

Ahora bien, al abordar el contenido de los denominados estudios de impacto ambiental, los cuales según la Corte Interamericana deben ser de carácter “social y ambiental”, la Comisión Interamericana también ha reconocido la importancia del derecho consuetudinario al mencionar que:

En la medida en que la realización de planes de desarrollo o inversión se concibe como una limitación del derecho de propiedad comunal indígena, los estudios de impacto deberían determinar precisamente cuál será la incidencia de dichos planes sobre la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar sus tierras y recursos naturales, conforme a su propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres<sup>56</sup>.

De la breve reseña realizada podemos colegir que la Comisión Interamericana hasta el momento ha abordado la temática de la jurisdicción indígena centrándose en el reconocimiento del derecho consuetudinario y la importancia de éste respecto del ejercicio de otros derechos colectivos, estando aún pendiente abordar en profundidad sus diversos alcances y prerrogativas, así como la necesidad de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria en el ámbito interno de los Estados.

Finalmente, consideramos importante mencionar el desarrollo de una importante Audiencia Temática Regional de la Comisión Interamericana, desarrollada el 25 de marzo de 2011 en el contexto de su 141 Período de Sesiones, que abordó el tema específico de la “*Jurisdicción indígena y derechos humanos*”, siendo la primera ocasión que se aborda dicha temática.

---

<sup>55</sup> CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Ídem, p. 140.

<sup>56</sup> CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Ídem, p. 103.



En dicho contexto, la Comisión Interamericana, luego de recibir dos informes específicos de casos de vulneración del derecho a la jurisdicción indígena en Perú (elaborado y presentado por el Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - IIDS) y Venezuela (elaborado y presentado por Ricardo Antonio Colmenares Olivares) realizó un recordatorio general manifestando que “el ejercicio de la jurisdicción indígena constituye una manifestación del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, el cual está reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos”<sup>57</sup>.

#### 1.2.4. La jurisdicción especial indígena en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos – OEA encargó en 1989 a la Comisión Interamericana la preparación de un instrumento jurídico relativo a los pueblos indígenas con miras a que pueda ser adoptado en 1992. En atención de dicho encargo específico, en 1997 la Comisión Interamericana presentó al Consejo Permanente de la OEA un *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, propuesta que está siendo materia - hasta la fecha - de una búsqueda de consensos respecto de su contenido (por un Grupo de Trabajo constituido para tales efectos)<sup>58</sup>.

Además del reconocimiento explícito de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas (artículo IV)<sup>59</sup>; de su derecho a la integridad cultural (artículo VII)<sup>60</sup>;

---

<sup>57</sup> CIDH. *Anexo al Comunicado de Prensa 28/11 sobre el 141o Período de Sesiones de la CIDH*. Consulta: 23/12/2012. Puede accederse al texto completo de dicho Anexo en el siguiente enlace web: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/028A.asp>

<sup>58</sup> Para mayor información sobre el Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas puede acceder a la siguiente página web: [http://www.oas.org/dil/esp/indigenas\\_Elaboracion\\_del\\_Proyecto\\_de\\_Declaracion.htm](http://www.oas.org/dil/esp/indigenas_Elaboracion_del_Proyecto_de_Declaracion.htm)

<sup>59</sup> Artículo IV. Personalidad jurídica: Los pueblos indígenas tienen derecho a que los Estados dentro de sus sistemas legales, les reconozcan plena personalidad jurídica.



de su derecho al autogobierno (artículo XV)<sup>61</sup>; y, de su derecho al desarrollo (artículo XXI)<sup>62</sup>; presupuestos del reconocimiento de la jurisdicción indígena, el Proyecto de Declaración aborda dicha temática concreta en dos artículos específicos, los artículos XVI y XVII.

En el artículo XVI, denominado precisamente *Derecho indígena*, se reconocen explícitamente tanto el denominado derecho consuetudinario y el derecho de ejercer la jurisdicción indígena en sus asuntos internos, como ciertas garantías para los miembros de pueblos indígenas que comparezcan ante tribunales ordinarios<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Artículo VII. Derecho a la integridad cultural 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su integridad cultural, y a su patrimonio histórico y arqueológico, que son importantes tanto para su supervivencia como para la identidad de sus miembros [...]. 3. Los Estados reconocen y respetan las formas de vida indígena, sus costumbres, tradiciones, formas de organización social, instituciones, prácticas, creencias, valores, vestimentas, y lenguas.

<sup>61</sup> Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo XV. Derecho al autogobierno 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su status político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a, inter alia, cultura, religión, educación, información, medios de comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no-miembros; así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas[...].

<sup>62</sup> Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .Artículo XXI. Derecho al desarrollo : 1. Los Estados reconocen el derecho de los pueblos indígenas a decidir democráticamente respecto a los valores, objetivos, prioridades y estrategias que presidirán y orientarán su desarrollo, aún cuando los mismos sean distintos a los adoptados por el Estado nacional o por otros segmentos de la sociedad. Los pueblos indígenas tendrán derecho sin discriminación alguna a obtener medios adecuados para su propio desarrollo de acuerdo a sus preferencias y valores, y de contribuir a través de sus formas propias, como sociedades distintivas, al desarrollo nacional y a la cooperación internacional.[...]. 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a restitución e indemnización sobre base no menos favorable al estándar del derecho internacional por cualquier perjuicio, que pese a los anteriores recaudos, la ejecución de dichos planes o propuestas pueda haberles causado; y a que se adopten medidas para mitigar impactos adversos ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales.

<sup>63</sup> Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .Artículo XVI “1. El derecho indígena deberá ser reconocido como parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados. 2. Los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades, incluyendo los sistemas relacionados con asuntos como la resolución de conflictos, en la prevención del crimen y en el mantenimiento de la paz y armonía. 3. En la jurisdicción de cada Estado, los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad frente a la ley. Ello incluirá la observancia del derecho y costumbre indígena y, de ser necesario, el uso de su lengua”.

Por su parte, el artículo XVII, denominado *Incorporación nacional de los sistemas legales y organizativos indígenas*, aborda la necesidad de inclusión y fortalecimiento de las instituciones y prácticas tradicionales (de las cuales el derecho consuetudinario y la jurisdicción indígena son precisamente de las más importantes) en las estructuras organizativas de los Estados (tarea ineludible en este proceso será por ejemplo establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria), insistiendo en la necesidad de que en dicho proceso se ejerciten los derechos de participación y consulta de los pueblos indígenas interesados, todo ello a efectos de fortalecer sus identidades culturales<sup>64</sup>.

Como hemos constatado, si bien en términos generales, el Proyecto de *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* incorpora explícitamente la necesidad de reconocimiento y fortalecimiento de la jurisdicción indígena por parte de los Estados (con la activa participación y el cabal ejercicio del derecho de consulta y consentimiento de dichos pueblos), reconociendo su importancia en el ejercicio de otros derechos colectivos específicos, tales como su derecho a la identidad cultural, su derecho al desarrollo, entre otros.

Finalmente, dicho Proyecto insiste en la necesidad de fortalecer el proceso de inclusión de dicha jurisdicción, en tanto sistema legal y organizativo de especial importancia, en la estructura organizativa del Estado (siendo ello una manifestación del ejercicio de la interculturalidad como proceso político).

---

<sup>64</sup> Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo XVII. “1. Los Estados facilitarán la inclusión en sus estructuras organizativas, de instituciones y prácticas tradicionales de las pueblos indígenas, en consulta y con el consentimiento de dichos pueblos. 2. Las instituciones relevantes de cada Estado que sirvan a los pueblos indígenas, serán diseñadas en consulta y con la participación de los pueblos interesados para reforzar y promover la identidad, cultura, tradiciones, organización y valores de esos pueblos”.

### 1.3. El Convenio 169 de la OIT como parte del denominado “bloque de constitucionalidad” de la Constitución Política del Perú de 1993

Antes de abordar los presupuestos constitucionales y el contenido mínimo de la jurisdicción especial indígena en la Constitución Política del Perú de 1993, consideramos especialmente significativo dar cuenta de la importancia de considerar al Convenio 169 de la OIT como parte del denominado *bloque de constitucionalidad* de dicho texto constitucional.

Si bien la Constitución de 1993 no reconoce explícitamente la totalidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas contenidos en dicho Convenio Internacional, consideramos que éstos si están comprendidos en el catálogo de derechos reconocidos por dicho texto constitucional y forman parte de su denominado *bloque de constitucionalidad*. Ello en atención de los siguientes dos argumentos principales:

- El artículo 3<sup>65</sup> de la Constitución vigente reconoce un número abierto de derechos constitucionales (*numerus apertus*), siendo precisamente los derechos de los pueblos indígenas - contenidos en el Convenio 169 de la OIT - derechos “*de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre*” a los que se alude en dicho artículo. Dicho reconocimiento tiene como sustento el reconocimiento explícito del principio de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 1 de la Constitución<sup>66</sup>; y,

---

<sup>65</sup> Artículo 3º Derechos Constitucionales. “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>66</sup> Artículo 1º. Defensa de la persona humana. “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

- La Cuarta Disposición Final y Transitoria<sup>67</sup> de la Constitución vigente al establecer que todas las disposiciones sobre derechos humanos se interpretan en atención de los diversos tratados sobre dicha materia de los cuales el Perú es parte, establece un inequívoco criterio de interpretación de los derechos fundamentales que conlleva la ampliación significativa de sus alcances. Disposición equivalente contiene el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional el cual incluye además las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales (jurisprudencia internacional)<sup>68</sup>.

El propio Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias, como en aquella recaída en el Expediente N.º 05427-2009-PC/TC (Caso AIDSESP II) ha dejado expresa constancia que el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del bloque de constitucionalidad, con la posibilidad de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), y de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa)<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Cuarta Disposición Final y Transitoria. Interpretación de los derechos fundamentales. “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”.

<sup>68</sup> Artículo V del Título Preliminar. Interpretación de los Derechos Constitucionales. “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

<sup>69</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 05427-2009-PC/TC. Lima. Asociación Interétnica de Desarrollo de la selva (AIDSESP). Sentencia del Tribunal Constitucional, 30 de junio de 2010, párrafo 9. Disponible: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.html>

En el mismo sentido, en su sentencia recaída en el Expediente N.º 03343-2007-PA/TC (Caso Cordillera Escalera)<sup>70</sup>, el supremo intérprete de la Constitución reconoce explícitamente que:

[...] este Tribunal ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” [...] De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

Ahora bien, a pesar de este explícito reconocimiento en el ámbito del Tribunal Constitucional, consideramos que en determinados contextos específicos dicha instancia no ha cumplido sus funciones de máximo intérprete y garante de la Constitución. Precisamente por ello consideramos atinada la reflexión de CLAVERO en el sentido de mencionar que las relaciones del Tribunal Constitucional y el Convenio 169 de la OIT son especialmente complejas (diríamos contradictorias) por cuanto:

De una parte, el TCP [Tribunal Constitucional del Perú] se encuentra entre las cortes constitucionales de América Latina que más categóricamente sienta el valor normativo de rango constitucional del Convenio 169 pese a que la propia Constitución del Perú no facilita la operación. Por otra parte y al mismo tiempo, el TCP se encuentra entre las altas jurisdicciones de América Latina más dispuestas a dilapidar su propio capital jurisprudencial inactivando el Convenio 169 en el momento de darse el paso del valor

---

<sup>70</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 03343-2007-PA/TC. Lima Jaime Hans Bustamante Johnson. Sentencia del Tribunal Constitucional, 19 de febrero de 2009, párrafo 31. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>



normativo a la eficacia práctica frente a políticas sistemáticamente contraventoras<sup>71</sup>.

#### 1.4. El reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena en el ámbito nacional: el caso peruano

Uno de los hitos más significativos en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ha sido el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena. Esto no ha sido una tarea sencilla para los pueblos indígenas quienes constantemente han sufrido persecuciones y han sido criminalizados por parte de la justicia ordinaria cuando las autoridades indígenas han ejercido funciones jurisdiccionales. En este sentido, YRIGOYEN menciona que:

Una de las reformas más significativas en materia de justicia en los países andinos es el reconocimiento constitucional de la justicia indígena/campesina o jurisdicción especial. Ello es particularmente importante porque se trata del reconocimiento de una realidad social a la que la juridicidad oficial le había negado estatuto legal, dando lugar a la criminalización de las autoridades indígenas y campesinas que administraban justicia. Todas las constituciones republicanas de los países andinos consagraban el monopolio estatal de la violencia legítima al establecer la exclusividad del poder judicial en la administración de justicia. Con el reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario y la jurisdicción especial, los sistemas jurídicos y judiciales indígenas y campesinos adquieren estatuto legal, dejan de ser clandestinos y criminalizados<sup>72</sup>.

A pesar de este importante cambio en la Constitución respecto de la potestad de las autoridades indígenas a administrar justicia, las autoridades y

---

<sup>71</sup> CLAVERO, Bartolomé. “Perú: Tribunal Constitucional, Convenio sobre Pueblos Indígenas, Declaración de Naciones Unidas”. Artículo publicado en la bitácora digital (blog) del autor. Consulta: 12/01/2013. Disponible en: <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=7216>.

<sup>72</sup> YRIGOYEN, Raquel. “Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú. En: *Nuevos Rumbos en la administración de justicia*. Diciembre de 2000. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos-ILSA. Colombia, p. 229.

funcionarios de la justicia ordinaria aún se resisten a acatar o respetar la jurisdicción indígena. Sobre el punto, LOVATON afirma que:

[...] en el caso de la justicia indígena, las resistencias “de hecho” que encuentra en diversos sistemas nacionales de justicia, suelen provenir de los propios actores del sistema (abogados, policías, fiscales, jueces), renuentes a reconocerles un espacio de actuación autónoma. Con frecuencia, por ejemplo, las autoridades indígenas son acusadas penalmente de violar la ley o de usurpar las funciones de las autoridades oficiales<sup>73</sup>.

Por otro lado, en el derecho comparado podemos resaltar el rol de la Corte Constitucional de Colombia que a pesar de las limitaciones que consagra el artículo 246 en su texto constitucional<sup>74</sup> respecto de la jurisdicción indígena, los magistrados de dicha Corte han desarrollado sendas sentencias que han permitido mayores avances en el respecto de la jurisdicción ordinaria para con la jurisdicción indígena (desarrollando temas como las competencias, alcances y límites de la jurisdicción indígena), a diferencia del caso peruano, donde la jurisprudencia constitucional aún no ha abordado con profundidad la jurisdicción indígena<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> LOVATON, David. “Experiencias de acceso a la justicia en América Latina”. En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Op., Cit., p. 259.

<sup>74</sup> La Constitución Política de la República de Colombia de 1991 señala en su artículo 246: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional”.

<sup>75</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado en sendas sentencias una línea jurisprudencias sobre los límites, alcances, competencias, entre otros temas sobre la jurisdicción especial indígena, al respecto pueden verse las sentencias siguientes: Sentencia C-463/14 - T-236/12- T-001/12- T-009/07- T-552/03- C-127/03 - SU-510/98- T 349/96.

#### 1.4.1. Evolución de la jurisdicción especial indígena en el ámbito constitucional peruano

La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 149 reconoce funciones jurisdiccionales -por primera vez explícitamente - a los pueblos indígenas (comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas), reconocimiento expreso que no fue incluido en las anteriores constituciones peruanas del siglo XX.

A pesar de ello, consideramos importante realizar un breve análisis de la evolución de la incorporación de los temas indígenas en dichas Constituciones, por cuanto contribuyeron – en tanto presupuestos constitucionales - al aludido reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena.

##### ***La Constitución para la República del Perú de 1920:***

La Constitución para la República del Perú de 1920 reconoció las características particulares de las denominadas *comunidades de indígenas*, respecto de las cuales el Estado debía brindar una protección especial. Así, en su artículo 58 estableció que: “El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”<sup>76</sup>.

Como podemos constatar, por primera vez se reconoce en el ámbito constitucional peruano la obligación del Estado de proteger a la “raza indígena”, estableciéndose algunas disposiciones de protección para las denominadas

---

<sup>76</sup> Cabe precisar que la Constitución para la República del Perú de 1920 reconocía la imprescriptibilidad de los bienes de propiedad de los pueblos indígenas, al señalar en su artículo 41 que: “Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley”. Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1920.htm>

*comunidades de indígenas*, tales como el reconocimiento de su existencia legal y el reconocimiento de la necesidad de dictar normas que promuevan su desarrollo y cultura *en armonía con sus necesidades*.

A pesar de la importancia de este primer reconocimiento constitucional, el cual como señala CHUECAS “marca el inicio de una nueva relación del Estado con las comunidades y pueblos indígenas” <sup>77</sup>, consideremos especialmente cuestionable la utilización del término *raza indígena*, la cual refleja una actitud racista y peyorativa que es herencia de la época colonial. Al respecto, como reconoce BALLÓN:

La legislación republicana hasta mediados del siglo XX, presentó sin mayores tapujos los derechos indígenas como derechos de “la raza indígena” [...] toda actitud racista tiene como base implícita el sentimiento de superioridad del “protector” sobre el inferior o “protegido”. La ideas de la igualdad entre las personas, la ciudadanía y la democracia republicana que alentaron la emancipación de España, pronto se acomodaron al sentimiento racista de lo (s) gobiernos y sectores dominantes configurándose una práctica que podríamos llamar de “desigualdad tutelada” que beneficiaba a los intereses terratenientes andinos<sup>78</sup>.

En este sentido, BALLÓN rechaza enfáticamente dicha calificación y lastre subrayando atinadamente que:

[...] el derecho de los pueblos indígenas no es un derecho de la “raza” indígena. Es un derecho colectivo originario en la condición jurídica de pueblos y no en una - supuesta o artificiosa - condición racial. Por ello, cuando un indígena o un grupo indígena sufren por la discriminación racista, se hallan bajo la protección general del derecho a la no

---

<sup>77</sup> CHUECAS CABRERA, Adda. *El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú*. Consulta: 14/10/2013. Disponible en: <http://www.caaap.org.pe/archivos/derecho.pdf>.

<sup>78</sup> BALLÓN AGUIRRE, Francisco. *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas. Doctrina, principios y normas*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, pp. 38 -39.

discriminación, derecho que alcanza a toda persona y a todo grupo humano en general<sup>79</sup>.

### ***La Constitución Política del Perú de 1933:***

La Constitución de 1933 da un paso más adelante e incorpora un marco mayor de protección para las *comunidades indígenas*<sup>80</sup>. Así, en su artículo 207 al establecer que “[l]as comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica”, reitera el reconocimiento de su existencia legal (ya incluido en la Constitución de 1920) y amplía dicho marco al otorgarles personalidad jurídica.

Del mismo modo, en su artículo 212 reconoce nuevamente la necesidad de dictar normas especiales de protección para dichas comunidades estableciendo que: “El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen”.

Por su parte, en su artículo 209 establece un marco de protección especial a las propiedades de las comunidades al establecer que: “La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable”.

Finalmente, en su artículo 210 al señalar que “[l]os Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades”. Lo anterior otorga a dichas comunidades un rango si bien limitado pero significativo de autonomía administrativa.

---

<sup>79</sup> BALLÓN AGUIRRE, Francisco. *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas. Doctrina, principios y normas*. Op. cit., pp. 40 -41.

<sup>80</sup> Constitución Política del Perú de 1933. Puede accederse al texto completo de dicha Constitución en el siguiente enlace web: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1933.pdf>



### ***La Constitución Política del Perú de 1979:***

La Constitución de 1979 incorpora un mayor ámbito de protección para las comunidades campesinas y nativas, en atención de la normativa legal especial (infra constitucional) previamente dictada, la cual consideramos importante reseñar para entender a cabalidad dicho ámbito de protección<sup>81</sup>.

- A través del Decreto Supremo N.º 03 de 1957 (norma que fue un antecedente de la reforma agraria) se autorizó la entrega de tierras por parte del Estado a las comunidades indígenas en calidad de usufructo, aún no en propiedad;
- A través de la denominada “Ley de Reforma Agraria” de 1969 (Decreto Ley N.º 17716) se entregó a título de propiedad aquellas tierras trabajadas por miembros de comunidades campesinas (cambiándose la terminología de *comunidades de indígenas*), continuando, sin embargo, la marginación de las comunidades nativas de la selva, quienes aún se les consideraban como “salvajes”. En este sentido, como pertinentemente llama la atención AROCA “[e]n 1969, la Ley de reforma agraria [...] rebautizó a las comunidades de indígenas como comunidades campesinas, pero no se ocupó en absoluto de las llamadas tribus selvícolas, que continuaron siendo consideradas como salvajes”<sup>82</sup>;
- A través de la Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de Selva y Ceja de Selva” (Decreto Ley N.º 20653) de 1974 se reconoció a los “grupos tribales” de la selva y ceja de selva como comunidades nativas reconociendo explícitamente su existencia legal y su personalidad jurídica;

---

<sup>81</sup> Constitución Política del Perú de 1979. Puede accederse al texto completo de dicha Constitución en el siguiente enlace web: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>

<sup>82</sup> AROCA MEDINA, Javier. “Derechos de los pueblos indígenas en el caso peruano”. En: AYLWIN, José (editor). *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y contexto chileno*. Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, p. 87.

- En dicha norma, consideramos especialmente relevante - en cuanto antecedente del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena - lo reconocido en su artículo 16 (texto idéntico al correspondiente al artículo 19 del Decreto Ley N.º 22175 que derogó esta norma en 1978), según el cual:

Los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen entre los miembros de una Comunidad Nativa, así como las faltas que se cometan serán resueltos o sancionadas, en su caso en forma definitiva, por sus órganos de gobierno. En los procesos civiles y penales los Tribunales Comunes o Privativos, según el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades.

- Como podemos constatar, el artículo antes referido da cuenta de una incipiente regulación sobre la jurisdicción especial indígena. En primer lugar, respecto de la competencia material, las autoridades indígenas pueden resolver casos en materia civil (mínima cuantía) y penal (faltas). En segundo lugar, respecto de la competencia personal, las autoridades indígenas, es decir, sus órganos de gobierno, pueden resolver los conflictos que se presenten respecto de los miembros de una comunidad nativa. Finalmente, en el ámbito de la denominada jurisdicción ordinaria, los jueces - en los procesos civiles y penales que involucren a miembros de las comunidades - deberán resolver tomando en cuenta las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de éstos.

Ahora bien, luego de la breva reseña de la normativa legal previa a la Constitución de 1979, analizaremos brevemente sus disposiciones relacionadas a algunos presupuestos constitucionales del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena.

Los artículos 35 y 157 de dicha Constitución reconocen explícitamente algunas manifestaciones culturales de los pueblos indígenas al establecer respectivamente que “[e]l Estado promueve el estudio y conocimiento de las

lenguas aborígenes. Garantiza el derecho de las comunidades quechuas, aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua” (artículo 35) y que “[e]l Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra, en forma individual, cooperativa, comunal, autogestionaria o cualquiera otra forma asociativa directamente conducida por sus propietarios en armonía con el interés social y dentro de las regulaciones y limitaciones que establecen las leyes” (artículo 157).

Por su parte, el artículo 161 de la Constitución de 1979 reconoce la personalidad jurídica de los pueblos indígenas (las comunidades campesinas y nativas); reconoce explícitamente su autonomía organizativa (en los ámbitos del trabajo comunal, uso de la tierra, económico y administrativo); y, establece la obligación del Estado de respetar y proteger las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas (otra forma de reconocimiento de sus manifestaciones culturales). En este sentido, dicha disposición establece que:

Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes [...].

Consideramos importante hacer mención también del artículo 65 de la referida Constitución, al establecer que “[s]on ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años [...]. Tienen derecho a votar todos los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil”. Así, dicha constitución reconoce el derecho de voto a los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil (a partir de los 18 años), sin ningún otro requisito que el de su inscripción electoral, ampliando significativamente el ámbito de la ciudadanía para muchos miembros de comunidades campesinas y nativas (los cuales por su condición de analfabetos no ejercían dicho derecho político fundamental en cuanto ciudadanos individualmente considerados).

Finalmente, como podemos constatar, en el caso de la Constitución de 1979 si bien no se reconoce explícitamente la jurisdicción especial indígena, sí se reconoce la obligación del Estado de respetar y proteger algunas manifestaciones culturales, así como se reconoce expresamente dos de sus presupuestos constitucionales: la personalidad jurídica y la autonomía organizativa.

#### **1.4.2. Los presupuestos constitucionales de la jurisdicción especial indígena**

Antes de abordar al detalle el contenido mínimo, las facultades generales, los sujetos titulares, las competencias y los límites de la jurisdicción especial indígena en la Constitución Política del Perú de 1993, concretamente los diversos alcances de lo establecido en su artículo 149, consideramos especialmente relevante abordar la temática de los presupuestos constitucionales de dicha jurisdicción, entendiendo por éstos aquellos principios y derechos contenidos en el propio texto constitucionalidad que justifican y vertebran su reconocimiento constitucional explícito (además de servirnos de criterios interpretativos en atención del *Principio de Unidad de la Constitución*).

##### **1.4.2.1. Reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural: Del multiculturalismo y el pluralismo jurídico como realidades de hecho a la interculturalidad como proceso**

El primer presupuesto constitucional para el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en el caso peruano es el reconocimiento explícito - y la consecuente protección debida por el Estado - de la pluralidad étnica y cultural del país a partir del reconocimiento previo del derecho humano a la identidad étnica y cultural. Dicho reconocimiento constitucional que no era expreso en la Constitución de 1979.

Así, el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución del Perú de 1993 establece que “Toda persona tiene derecho [...] 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 [...]”. En este sentido, podemos verificar que con dicha disposición constitucional, el Constituyente reconoce un Estado pluricultural y pluriétnico y se supera la idea equivocada de que al Estado le corresponde una sola nación. Al respecto, como sostiene YRIGOYEN:

En la Constitución de 1993 se supera la idea decimonónica del Estado – nación, en el sentido de que el Estado representa oficialmente la hegemonía cultural de un solo grupo étnico y una identidad cultural. En el Art. 2,19 se asume la configuración pluricultural de la nación - abandonando la definición monocultural -, y se establece una nueva relación entre Estado y nación. Se supera el modelo político integracionista que seguía valorando la cultura hegemónica como superior, avanzada, civilizada y que, si bien respetaba algunos aspectos de las otras culturas, esencialmente mantenía un modelo paternalista<sup>83</sup>.

Ahora bien, el reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural no debe entenderse como un mero reconocimiento de hecho de la existencia de culturas que también comparten el territorio nacional, al margen de la cultura “mayoritaria” y sin mayor interrelación entre ellas, sino más bien como el reconocimiento de un proceso dinámico de interrelación y recíprocas influencias entre dichas culturas.

Precisamente debido a ello, “[l]a interculturalidad intenta ir más allá de la multiculturalidad que implica la coexistencia de múltiples culturas en un mismo espacio social. [...] la interculturalidad es una propuesta política orientada a resolver un problema”<sup>84</sup>. Ahora bien, dicho reconocimiento - como acertadamente sostiene MORA – conlleva a lo siguiente:

---

<sup>83</sup> YRIGOYEN, Raquel. “Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú”. En: *Nuevos Rumbos en la administración de justicia*. Diciembre de 2000. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos-ILSA. Colombia, p. 232.



[A la] percepción y comprensión sería de una realidad manifiesta, en virtud de la cual se hace referencia a la multiplicidad de formas de ser en el mundo y de cosmovisiones que coexisten en un mismo espacio, en un mismo tiempo y que con fundamento en esa base común, se interrelacionan y confluyen dando lugar a un choque cultural, que abre paso a una serie de conflictos y tensiones, que sólo puede ser resuelto en un principio a través de un diálogo transcultural<sup>85</sup>.

Este reconocimiento explícito da cuenta además de una opción específica de la Constitución de 1993 por un *Estado Social y Democrático de Derecho*, lo cual - como ha mencionado el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N.º 0042-2004-AI/TC (Impuesto a las corridas de toros)<sup>86</sup> - resulta de especial importancia que:

[...] en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana.

Consideramos muy importante, en este sentido, que el Tribunal Constitucional haya aludido en la misma sentencia a los elementos “no racionales” o “emotivos” que configuran - conjuntamente con los racionales - las culturas, manifestando explícitamente que:

[...] esta perspectiva social que la Constitución otorga a la persona humana, permite, por otro lado, afirmar que la Constitución no sólo es

---

<sup>84</sup> URTEAGA, Patricia. *Interculturalidad, interlegalidad y derechos humanos* .p. 3. Puede acceder al texto de dicho artículo en el siguiente enlace web: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/4.pdf>

<sup>85</sup> MORA, Diana. *Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena*. Trabajo de grado para obtener el título de abogada en la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Bogotá, 2003, p. 91. Se puede acceder al texto de dicho trabajo de grado en el siguiente enlace web: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS61.pdf>

<sup>86</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente. N.º 0042-2004-AI/TC. Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 13 de abril de 2005, párrafo 1. Puede accederse al texto completo de dicha sentencia en el siguiente enlace web: [http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html#\\_ftnref4](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html#_ftnref4)

**ratio**, sino también **emotio**. Esto quiere decir que, si bien las Constituciones democráticas han presupuesto personas racionales y dispuestas a hacer armonizar sus legítimos intereses con los de los demás, no podemos negar esa dimensión emocional o “irracional” que es también inherente a su naturaleza. Es precisamente en atención a esta dimensión emocional que la Constitución reconoce las diversas manifestaciones culturales que realizan las personas ya sea individualmente o como miembros de una comunidad más amplia y diversa culturalmente<sup>87</sup>.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que si bien la pluralidad étnica y cultural es uno de los principales presupuestos del denominado pluralismo jurídico - entendido éste como la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos que interactúan en un ámbito geopolítico concreto - no es el único en la medida que encontramos además diversos factores sociales y económicos que lo explican, resultando incontrovertible desde el enfoque sociológico la constatación de que el Estado no mantiene una hegemonía jurídica en todo el ámbito del territorio nacional.

Así, como atinadamente sostiene GUEVARA resulta “imprescindible cuestionar y superar la visión reduccionista que limita las causas de la pluralidad jurídica a la diversidad cultural (pluralidad legal = multiculturalidad). Será necesario, más bien, comprender cómo otras dimensiones sociales, políticas y económicas contribuyen a la formación e interacción de los universos normativos involucrados”<sup>88</sup>.

En este sentido, dicho autor considera que las causas estructurales eficientes de dicho pluralismo jurídico (uno de cuyos principales presupuestos es la pluralidad étnica y cultural) son - entre otras - las siguientes:

---

<sup>87</sup> Ídem, párrafo 2.

<sup>88</sup> GUEVARA, Armando. “Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú”. En: *Antropología y Derecho: rutas de encuentro y reflexión*. I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica – Sección Perú (páginas 7 – 27). Oficina Regional de la Defensoría del Pueblo con sede en Iquitos, Iquitos, 2001, pp. 8 – 9.

- Manifiesto fracaso del liberalismo decimonónico de constituir un Estado social, económico y culturalmente homogéneo y articulado, constatándose más bien que estamos ante un país “heterogéneo, desarticulado y diferenciado pese a las políticas integracionistas, asimilacionistas o francamente etnocidas y hasta genocidas que se han desarrollado a lo largo de nuestra historia republicana”<sup>89</sup>;
- Equívoca actitud del Estado respecto de la compleja y dinámica diversidad social y cultural, el cual en lugar de “procesar y nutrirse de esa diversidad para proponer nuevas avenidas de regulación social [...] sigue postulando y afirmando la vigencia de un “Derecho Moderno” autónomo, racional formal, sistemático y general, fundado en premisas que no se verifican en la vida cotidiana”<sup>90</sup>; y,
- Existencia de profundas brechas económicas, sociales y culturales que generan disparidades manifiestas que “devienen en insalvables y colocan a los agentes jurídicos en situaciones de exclusión o desventaja extrema”<sup>91</sup>.

Como podemos fácilmente colegir del análisis de las causas del pluralismo jurídico antes reseñadas, éstas dan cuenta de manifiestas limitaciones del sistema legal hegemónico por abordar, en su cabal complejidad, la realidad social, económica y cultural del país, complejidad que lo desborda y en muchos casos lo deslegitima, además de estar en el origen de los múltiples conflictos sociales existentes en el país.

A efectos de reforzar las ideas anteriormente expuestas, consideramos también relevante mencionar que el proceso de reconocimiento de la pluralidad étnica y

---

<sup>89</sup> Ídem, p.11.

<sup>90</sup> Ibíd.

<sup>91</sup> Ídem, p.13.

cultural - y del pluralismo jurídico consecuente - converge históricamente con un proceso de desencanto y cuestionamiento de la denominada modernidad y de su afán totalizador y homogenizante (en la medida que pretendió sacrificar las diferencias apostando a ultranza por una pretendida unidad en desmedro de lo múltiple).

Tal interpelación crítica de la modernidad (que en determinados contextos se denominó *postmodernidad*) conlleva también un necesario cambio de paradigma en el ámbito jurídico, evolución que consideramos propicia para el fortalecimiento de la denominada jurisdicción indígena en tanto expresión tangible de lo diverso.

En este sentido, como sostiene DE TRAZEGNIES “el Derecho de la postmodernidad debe rescatar la diversidad cultural y normativa, debe abandonar sus urgencias universalistas y establecer un orden dentro de lo variado, una unidad que no sacrifique lo múltiple, que no intente colocar una camisa racional de fuerza a la riqueza y a la variedad cultural”<sup>92</sup>.

Dicho cambio de enfoque conlleva asumir el reto de “construir un nuevo “contrato social” verdaderamente inclusivo, que se alimente de la pluralidad y que, a contracorriente del designio moderno, se nutra de la diversidad con el fin de articularla”<sup>93</sup>, implica a su vez la utilización de una *racionalidad práctico comunicativa* (en expresión de Jürgen Habermas), concordante con la interculturalidad como proceso político y con una concepción dialógica de los derechos humanos.

En suma, se trata de una racionalidad - como sostiene FREITAG respecto de la propuesta de HABERMAS - que “ya no es una facultad abstracta, inherente al

---

<sup>92</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. Monografías Jurídicas N.º 86. Editorial TEMIS, Bogotá, 1993, pp. 97 – 98.

<sup>93</sup> GUEVARA, Armando. “*Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú*”, op. cit., p. 24.

individuo aislado, sino un procedimiento argumentativo por el cual dos o más sujetos se ponen de acuerdo sobre las cuestiones relacionadas con la verdad, la justicia y la autenticidad. El concepto de razón únicamente tiene sentido en cuanto razón dialogada<sup>94</sup>.

En el mismo sentido, dicho reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural conlleva cuestionar diversos conceptos y categorías propias de la aludida modernidad las cuales en la medida que “pertenecen a una matriz cultural e histórica tan contingente y arbitraria como cualquier otra [...] su pretensión de trascendencia, neutralidad y universalidad carece de sustento empírico y más bien opera como una forma de legitimación política e ideológica”<sup>95</sup>.

Un caso concreto es la pretendida diferenciación entre “derechos individuales” y “derechos colectivos” por cuanto desde las concepciones de varios pueblos indígenas respecto de la persona – más cercanas al comunitarismo que al liberalismo individualista – resulta muy difícil concebir lo individual al margen de lo colectivo, básicamente por cuanto lo individual acontece en lo colectivo y lo que afecte este ámbito comunitario sin duda afectará los ámbitos individuales.

Además de las consecuencias antes aludidas, consideramos de especial relevancia tener en cuenta que a partir del reconocimiento constitucional tanto de la pluralidad étnica y cultural como del consecuente pluralismo jurídico en el caso peruano, uno de los retos de la denominada *interculturalidad* como proceso es precisamente el fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas, fortalecimiento que conlleva necesariamente la defensa irrestricta del territorio de dichos pueblos, ello por cuanto “desde las cosmovisiones indígenas las identidades no son entidades abstractas

---

<sup>94</sup> Citada por CABEDO, Vicente. “De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena”. En: Revista Política y Cultura, primavera 2004, Número 21 (páginas 73 – 93). Universidad Autónoma Metropolitana – Xochimilco, México, 2004, p. 80.

<sup>95</sup> GUEVARA, Armando. “Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú”, op. cit., p. 17.



desterritorializadas sino entidades territorializadas que dan vida a aquellos que la comparten”<sup>96</sup>.

En atención de lo antes mencionado, resultaría equívoco y fragmentario un reconocimiento de la identidad étnica y cultural que desconozca la importancia que para los pueblos indígenas peruanos tiene la tierra, la cual constituye para ellos mucho más que un domicilio y un conjunto de recursos naturales que garantizan su subsistencia, teniendo además “connotaciones simbólicas altamente significativas y primordiales que no las tiene para una mentalidad liberal ilustrada. La tierra es parte del *éthos* de las personas: es el *locus del éthos*”<sup>97</sup>.

#### **1.4.2.2. Reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos en tanto personas jurídicas**

El segundo presupuesto constitucional para el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en el caso peruano, es el reconocimiento explícito de los pueblos indígenas como sujetos de derechos (es decir, su capacidad de ejercer derechos y de tener deberes) en tanto personas jurídicas. Así, el primer párrafo del artículo 89 de la Constitución Política de 1993 establece expresamente que: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas”.

Si bien dicho precepto constitucional, alude sólo a las comunidades campesinas y nativas - y no a los pueblos indígenas en general - una cabal interpretación de la Constitución - atendiendo a su denominado “bloque de constitucionalidad”, del cual como analizaremos luego el Convenio 169 de la

---

<sup>96</sup> TUBINO, Fidel. “*El interculturalismo frente a los desafíos del pluralismo jurídico*”. Artículo publicado en la página web de la Red Internacional de Estudios Interculturales de la Pontificia Universidad Católica del Perú – RIDEI, p. 13. Se puede acceder al texto de dicho artículo en el siguiente enlace web:  
<http://red.pucp.edu.pe/ridei/temas/el-interculturalismo-frente-a-los-desafios-del-pluralismo-juridico/>

<sup>97</sup> *Íbid.*

OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas forman parte (véase *infra* 1.3.4) – podemos colegir que dicha existencia legal en tanto personas jurídicas es un atributo consustancial a los pueblos indígenas en cuanto entidades colectivas, independientemente de su designación (la cual es producto de determinados procesos históricos normativos).

Tal reconocimiento normativo constitucional tiene, en este sentido, carácter declarativo y no constitutivo, es decir reconoce su condición de sujetos de derechos en tanto personas jurídicas, pero tal condición no es dimanante de dicho reconocimiento, sino es preexistente a éste.

A pesar de dicha precisión, es innegable la importancia de este reconocimiento explícito constitucional, tanto por las diversas consecuencias legales que conlleva, como por su relevancia para el ejercicio cabal de los derechos colectivos de los pueblos indígenas (más allá del ejercicio de los derechos individuales que tienen todos sus miembros en cuanto personas individualmente consideradas).

En este sentido, la Corte Interamericana, en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay, fue enfática al mencionar que:

[...] el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado<sup>98</sup> (párrafo 82).

---

<sup>98</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 82. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado claramente, respecto de dicho reconocimiento constitucional, que:

La Comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”<sup>99</sup>.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de la existencia legal y la personalidad jurídica de los pueblos indígenas – de innegable importancia para el ejercicio de sus derechos colectivos, incluida la jurisdicción indígena – constituye a su vez un presupuesto del reconocimiento constitucional explícito y la consecuente obligación de protección de la pluralidad étnica y cultural de la nación, debiendo entenderse como una de las manifestaciones tangibles de la denominada interculturalidad como proceso.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha enfatizado muy claramente que no puede hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les concede estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean quebrantados<sup>100</sup>.

Precisamente por ello, el tercer párrafo del artículo 89 de la Constitución, una vez que reconoce su existencia legal y su autonomía, insiste en la obligación

---

<sup>99</sup> Citado por MORA, Diana. *Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena*, op. cit., p. 101.

<sup>100</sup> Citado por MORA, Diana. *Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena*, op. cit., pp. 101 – 102.

del Estado de respetar la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, obligación que ya había establecido expresamente en el inciso 19 del artículo 2 antes analizado.

#### 1.4.2.3. Reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas

El tercer presupuesto constitucional para el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en el caso peruano es el reconocimiento de su autonomía interna, entendida como aquella capacidad de organizarse en los ámbitos social, económico, jurídico y político. Así, el segundo párrafo del artículo 89 de la Constitución Política de 1993 establece expresamente que las comunidades campesinas y nativas “[s]on autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece”.

Como mencionamos antes (véase *supra* 1.1.2), la autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas – en tanto manifestación de su derecho a su libre determinación – conlleva que éstos configuren y utilicen sus propias formas de organización interna, lo cual implica, entre otras prerrogativas, utilizar su derecho consuetudinario y sus propios mecanismos de solución de conflictos en sus ámbitos internos. En este sentido, como señala MORA:

[...] la autonomía reconocida a los pueblos indígenas tiene implicaciones en diferentes órdenes, pues no solamente se refleja en su posibilidad de conservar sus propios sistemas jurídicos e instaurar las normas y procedimientos que se derivan de sus usos y costumbres, sino que también implica la autodeterminación en cuanto al diseño de su estructura social, su propio sistema de valores, al desarrollo de sus sistemas de producción y asimismo implica, la definición de sus proyecciones, frente a un mundo que hasta ahora se ha percatado de su existencia e importancia<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> MORA, Diana. *Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena*. Trabajo de grado para obtener el título de abogada en la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Bogotá, 2003, p. 120.

En el mismo orden de ideas, SANCHÉZ señala que la autonomía implica que el pueblo indígena puede tomar las decisiones que son esenciales para su permanencia como grupo, que deben darse las condiciones para que estas decisiones puedan ser tomadas (libertad en sentido positivo) y que no debe haber injerencias en la toma de decisiones (libertad en sentido negativo)<sup>102</sup>.

Ahora bien, consideramos importante precisar que dicha autonomía de los pueblos indígenas es una autonomía dentro del Estado unitario, es decir se trata de una autonomía interna dentro de un Estado que es *uno e indivisible*, según lo establece expresamente el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución. Así, los pueblos indígenas como parte del Estado

[...] deben aceptar limitaciones en su autonomía que se derivan del hecho de ser parte de este Estado, así como el Estado nacional ha cedido parte de su autonomía al conceder derechos a los pueblos indígenas. Una de las principales limitaciones propuestas y acogidas alude al respecto de los derechos humanos fundamentales dentro de los pueblos indígenas<sup>103</sup>.

En este sentido, dicha autonomía en tanto manifestación del derecho a la libre determinación entendido funcionalmente no conlleva en ningún sentido la posibilidad de no reconocimiento o de secesión respecto del Estado unitario del cual los pueblos indígenas forman parte.

Sobre el punto, cabe mencionar que existe un falso temor de secesión por parte de los Estados que impregna el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, por no entender que el mismo solamente implica autogobierno o una libre determinación interna dentro del Estado<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. *La Jurisdicción Especial Indígena*. Op.Cit., p. 104.

<sup>103</sup> SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. *La Jurisdicción Especial Indígena*. Op.Cit.p.107.

<sup>104</sup> CABEDO, Vicente. “*De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena*”. En: *Revista Política y Cultura*, primavera 2004, Número 21 (páginas 73 – 93). Universidad Autónoma Metropolitana – Xochimilco, México, 2004, p. 84.



Teniendo presente la precisión antedicha, cabe preguntarse sobre cuál es el rango de autonomía de los pueblos indígenas en sus ámbitos internos respecto de los demás derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Para abordar este asunto, consideramos especialmente relevante una regla de interpretación que ha sido formulada por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia del día 8 de agosto de 1996 (Sentencia T-349/96)<sup>105</sup> consistente en “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”.

En la mencionada sentencia, cuyo ponente fue el magistrado Carlos Gaviria Díaz, se explicitó el contenido de dicha regla mencionando que:

Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v. g. la seguridad interna).
- b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

[...] para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos.

La Corte Constitucional de Colombia insiste en que dicha regla resulta especialmente relevante por cuanto precisamente de la maximización de la

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional de Colombia. T-349-96. Sentencia de 8 de agosto de 1996. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>

autonomía depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del pueblo indígena.

Así, los límites de dicha autonomía interna (temática que - respecto de la jurisdicción especial indígena - se abordará al final del presente capítulo), deben ser “los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”<sup>106</sup>.

Finalmente, si bien consideramos innegable que la autonomía de los pueblos indígenas, como presupuesto constitucional de la jurisdicción especial indígena, tiene relación directa y consustancial con los dos presupuestos constitucionales antes abordados (reconocimiento de la diversidad étnica cultural del país y de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas), es importante reconocer - respecto del derecho a la libre determinación y de la autonomía - como menciona ETXEBERRIA que “la razón última a la que remiten no es la de la particularidad cultural. Una particularidad no engendra un derecho universal. La razón última es razón de humanidad: remiten al ser humano en cuanto tal, pero a un ser humano que es ineludiblemente cultural, enraizado en culturas que precisa para ser y en las que se expresa”<sup>107</sup>.

#### **1.4.2.4. Reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (acceso a la justicia)**

El cuarto presupuesto constitucional para el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena es el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, entendido como el derecho de toda persona de acceder ante las instancias jurisdiccionales a efectos de ejercer o defender sus derechos.

---

<sup>106</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-349/96 de 8 de agosto de 1996.

<sup>107</sup> ETXEBERRIA, Javier. “La autonomía indígena desde la perspectiva ético-política”. En: GÓMEZ ISA, Felipe y ARDANAZ IRIARTE, Susana (editores). *La plasmación política de la diversidad. Autonomía y participación política indígena en América Latina* (páginas 21 – 46). Universidad de Deusto, Deusto, 2011, p. 41.

Así, el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política de 1993 al reconocer como un principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional establece que: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

También, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene una formulación más explícita en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional según el cual:

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de *libre acceso al órgano jurisdiccional*, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, *a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley*, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal” (resaltado nuestro).

De la lectura de las dos disposiciones antes mencionadas, podemos colegir que para un miembro de un pueblo indígena determinado, la concretización de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, uno de cuyos elementos es el derecho de acceso a la justicia, es contar con una instancia que posibilite la defensa de sus derechos en un caso concreto en el ámbito de su respectivo pueblo.

En este sentido, como atinadamente sostiene RUÍZ: “La justicia comunal es una manifestación del derecho a la tutela judicial, y concretamente del derecho de acceso al órgano jurisdiccional como manifestación del derecho a la tutela

judicial efectiva”<sup>108</sup>, afirmación más que pertinente cuando se tiene en cuenta además el hecho de la histórica ausencia del Estado en dichos ámbitos.

En atención de lo mencionado, consideramos que si bien el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no es un derecho en principio de titularidad colectiva, sí se constituye en otro de los presupuestos constitucionales de la jurisdicción indígena, habida cuenta que posibilita – respecto de los miembros de dichos pueblos indígenas individualmente considerados - la concretización y el cabal ejercicio de dicho principio y derecho fundamental.

#### **1.4.3. El contenido mínimo de la jurisdicción especial indígena en la Constitución Política del Perú de 1993**

La Constitución Política del Perú de 1993 marca un hito fundamental en la nueva interrelación entre el Estado y los pueblos indígenas. Así, quiebra el modelo del monismo legal y da paso al pluralismo jurídico, al reconocer explícitamente en su artículo 149 las funciones jurisdiccionales de las autoridades de dichos pueblos.

Al respecto, YRIGOYEN señala que la Constitución de 1993 rompe el modelo del monismo legal al reconocer el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial indígena, consecuentemente con el reconocimiento de la pluralidad cultural de la nación, y sienta las bases de una institucionalidad pluricultural<sup>109</sup>.

A continuación abordaremos los principales elementos que conforman el contenido mínimo de dicha facultad jurisdiccional dando cuenta de sus peculiaridades respecto de la potestad general del Estado.

---

<sup>108</sup> RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. “Algunos comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema sobre Rondas Campesinas”. En: LA ROSA CALLE, Javier & RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (editores). *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas* (páginas 73 – 105). Instituto de Defensa Legal – IDL, Lima, 2010, p. 89.

<sup>109</sup> YRIGOYEN, Raquel. “Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú”. En: *Nuevos Rumbos en la administración de justicia*. Diciembre de 2000. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos-ILSA. Colombia, p. 233.

#### 1.4.3.1. Potestad de administrar justicia en ejercicio de su autonomía jurisdiccional

A partir del reconocimiento de la autonomía<sup>110</sup> y autogobierno, consistente en la capacidad que tienen los pueblos indígenas de tener el control de sus propias instituciones en el ámbito geográfico de sus territorios, podemos constatar que el ejercicio de la función jurisdiccional se constituye en una de las manifestaciones de dicha autonomía, concretamente se trata de su autonomía jurídica o más propiamente de su “autonomía jurisdiccional”<sup>111</sup>, la cual, como mencionamos, se reconoce por primera vez en el ámbito normativo constitucional peruano en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993.

A nivel internacional, la Comisión Interamericana, en el Anexo al Comunicado sobre el 141º Período de Sesiones, audiencia sobre jurisdicción indígena y derechos humanos, recordó a los Estados que “el ejercicio de la jurisdicción indígena constituye una manifestación del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, el cual está reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos<sup>112</sup>.”

---

<sup>110</sup> El término “autonomía” proviene de *autos*, que significa “por sí mismo”, y de *nomos*, que significa “ley”. En este sentido, entendemos por autonomía la facultad que una persona o entidad tiene para actuar de acuerdo a sus propias disposiciones, con independencia. Citado por VALENCIA CARMONA, Salvador. Derecho, autonomía y educación superior. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1973, p.2. Puede accederse a dicho texto en el siguiente link: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1091/3.pdf>

<sup>111</sup> Cabe precisar que además de la autonomía jurisdiccional (artículo 149), la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce las autonomía organizativa, económica y administrativa al señalar en su artículo 89 lo siguiente: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece” (...).

<sup>112</sup> CIDH. Audiencia Temática sobre “Jurisdicción Indígenas y Derechos Humanos, Anexo al Comunicado sobre el 141º Período de Sesiones. Puede verse dicha audiencia en el siguiente link: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/028A.asp>). Visitada el 12 de diciembre de 2012.



En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N.º 1126-2011/HC, caso de la comunidad nativa Tres Islas, utiliza el concepto de autonomía y autogobierno para diferenciar el concepto de “tierra” y “territorio” referente a los pueblos indígenas, al señalar que:

La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas<sup>113</sup>.

Consideramos que esta sentencia constituye un importante avance a nivel jurisprudencial para entender la autonomía de los pueblos indígenas y su relación con el territorio. Autonomía que les permite resolver los conflictos que se suscitan dentro de su territorio. Al respecto, concordamos en términos generales con MONROY, para quien la función o potestad jurisdiccional es lo siguiente:

[...] el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponden al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible y promoviendo a través de ella una sociedad con paz social en justicia<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 01126-2011-HC/TC, del 11 de setiembre de 2012, párrafo 22.

<sup>114</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil. Tomo I*. Editorial Temis, Bogotá, 1996, p.213

Sin embargo, consideramos conveniente realizar algunas precisiones - respecto de la jurisdicción especial indígena en atención de sus peculiaridades. Tales matices y precisiones son los siguientes:

- En el caso de la jurisdicción especial indígena, el mencionado “*poder-deber del Estado*” no se ejerce por órganos expresamente constituidos por éste (como en el caso de la denominada jurisdicción ordinaria), sino por las autoridades de los pueblos indígenas, respecto de quienes (además de los dos casos de jurisdicción especial reconocidos en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución<sup>115</sup>) el Estado reconoce explícitamente esta facultad jurisdiccional en atención de los presupuestos constitucionales antes analizados (véase *supra* 1.4.2). Ahora bien dicho reconocimiento no tiene carácter constitutivo sino tan sólo declarativo.
- En el caso de la jurisdicción especial indígena se comparten los principales objetivos del ejercicio de la potestad jurisdiccional general, los cuales son básicamente los siguientes:
  - a) Solucionar los conflictos intersubjetivos que surjan en el ámbito del pueblo indígena teniéndose presente sus competencias material, territorial y personal (véase *infra* 1.6);
  - b) Sancionar aquellas conductas consideradas antisociales – y por lo tanto no deseables para la convivencia pacífica - en el ámbito del pueblo indígena; y,
  - c) Garantizar la constitucionalidad de las normas que se aplican al caso concreto (materia que será materia de desarrollo detallado en el tercer capítulo de la presente tesis).

---

<sup>115</sup> Artículo 139. Inciso 1. “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...)”

- En el caso de la jurisdicción especial indígena, las decisiones jurisdiccionales comparten los caracteres de ser *exclusivas y definitivas* respecto de los problemas concretos a los cuales se aboquen con los matices que luego analizaremos al abordar la temática de la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria (véase *infra* 1.7).
- En el caso de la jurisdicción especial indígena, los “órganos especializados que aplican el derecho concreto” son sus propias autoridades indígenas (véase *infra* 1.5.2), quienes en principio – pero no exclusivamente - aplican su derecho consuetudinario.
- En el caso de la jurisdicción especial indígena se comparten las facultades generales de la jurisdicción (véase *infra* 1.4.3.2), incluida la respectiva facultad que garantiza el cumplimiento de la decisión (*imperium*).
- Finalmente, en el caso de la función jurisdiccional indígena la promoción de una “sociedad con paz social en justicia”, deberá necesariamente contextualizarse respecto de lo que el pueblo indígena respectivo entienda por dichos valores sociales específicos (relacionados a su noción de desarrollo).

#### **1.4.3.2. Potestad de aplicar el denominado derecho consuetudinario o “derecho propio”.**

Antes de abordar el tema específico de la potestad normativa de aplicar el denominado *derecho consuetudinario* como elemento del contenido mínimo de la jurisdicción especial indígena, consideramos importante definir qué entendemos por *derecho consuetudinario* para dar cuenta de lo equívoco de dicha noción cuando nos referimos al *derecho propio* que aplican los pueblos indígenas en ejercicio de su autonomía jurisdiccional, manifestación, a su vez, de su derecho a la libre determinación.

Así, entendemos que el denominado *derecho consuetudinario* sería aquel conjunto de normas que regulan el comportamiento y las relaciones al interior de los pueblos indígenas que se han ido transmitiendo de generación en generación y que son obligatorias en el ámbito de los mismos (normas que pueden ser permanentes o transitorias y que, en la mayoría de los casos, se transmiten oralmente). Al respecto, ARDITO menciona que:

El Derecho Consuetudinario no debe ser considerado como las tradiciones más antiguas de una población, sino como normas, procedimientos y sanciones que en la actualidad cada comunidad asume como propios. [...] el Derecho consuetudinario evoluciona y aquellos criterios con los cuales un conflicto era resuelto antes pueden haber cambiado radicalmente<sup>116</sup>.

Ahora bien, durante mucho tiempo el denominado *derecho consuetudinario* se consideró válido sólo cuando era conforme a la normativa formal del Estado o cuando existía un vacío legal y no cuando era contrario a ésta. En este sentido, podemos reconocer la existencia de hasta tres tipos de costumbre:

- (a) Aquella *conforme a ley*;
- (b) Aquella existente *ante un vacío de la ley*; y,
- (c) Aquella que es *contra ley*.

Como mencionamos antes, inicialmente se admitía la aplicación de la costumbre en los dos primeros casos (a y b), no considerándose válida aquella que iba en contra de la ley (c), ello básicamente por cuanto se consideraba al denominado derecho consuetudinario como subordinado al derecho formal. Dicha postura fue planteada por el denominado monismo jurídico.

En este sentido, como menciona YRIGOYEN, desde la concepción del *monismo jurídico* sólo es “derecho” (sin adjetivos) el producido por el Estado y

---

<sup>116</sup> ARDITO VEGA, Wilfredo. El artículo 18, inciso 3, del Código Procesal Penal: riesgos y posibilidades. En: Revista de *Derecho PUCP / Pontificia Universidad Católica del Perú*. No. 65 (2010). p. 125.

sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido dentro de un Estado”<sup>117</sup>, esta concepción va en contra de los derechos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, en el ámbito del denominado monismo jurídico, las costumbres se consideraban como:

[...] “fuente” del derecho a falta de ley que regula la misma materia y nunca en contra de ella. Si una costumbre se opone o está en contradicción de lo que prescribe o prohíbe una ley estatal, debe ser reprimida. Si se trata de un sistema al que se pueda llamar “derecho consuetudinario” sólo es admitido de modo limitado, pues deberá someterse a la ley estatal y mantenerse políticamente subordinado<sup>118</sup>.

Cabe precisar que coincidimos con YRIGOYEN cuando señala que el término usos y costumbres tampoco es adecuado para referirse a los sistemas normativos indígenas, puesto que:

[...] resulta teóricamente limitado para referirse a sistemas normativos, ya que sólo se refiere a prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente. En cambio, los estudios empíricos sobre los sistemas normativos indígenas dan cuenta de: 1) que no sólo se trata de prácticas aisladas, sino que tienen un eje cultura que las articula a modo de sistema y tienen sistema de normas, autoridades y procedimientos por los cuales regulan su vida social, resuelven conflictos y organizan el orden interno [...] y, 2) su enorme capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condiciones de persecución y deben responder a necesidades y demandas sociales cambiantes<sup>119</sup>.

Esta visión del monismo jurídico cambió con el reconocimiento de diferentes derechos reconocidos en varias disposiciones de la Constitución de 1993, por lo que se dio paso al pluralismo jurídico. Este pluralismo jurídico a diferencia

---

<sup>117</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2003, p. 16

<sup>118</sup> Ídem, p. 17.

<sup>119</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. *Ibíd.*



del monismo legal permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico<sup>120</sup>.

Es así, que la Constitución de 1993 reconoce explícitamente al pluralismo jurídico en dos artículos: el artículo 139 inciso 8 que reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, en cuyo caso deben aplicarse “*los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario*” (resaltado nuestro), así como el ya citado artículo 149 según el cual las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer su derecho a ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, de acuerdo a su *derecho consuetudinario* (término utilizado por la Constitución)

En atención de dicho cambio de concepción, ahora debemos reconocer que la jurisdicción indígena puede aplicar el denominado derecho consuetudinario incluso contra la ley, en la medida que ello no conlleve la vulneración de derechos humanos fundamentales. Así, como señala RUBIO, la función jurisdiccional conlleva que los pueblos indígenas apliquen lo siguiente:

[...] todo tipo de costumbre: las que llenan los vacíos de la ley y las que secundan a la ley porque son llamadas por ella (que siempre pueden ser aplicadas en el Derecho), pero también las que van contra la ley (tradicionalmente prohibidas en nuestro Derecho), y que son precisamente aquéllas para las que sirva esta autorización<sup>121</sup> (resaltado nuestro).

Ahora bien, a pesar de las precisiones antes mencionadas respecto de la costumbre, consideramos que la utilización del término *derecho consuetudinario* no resulta del todo adecuada en tanto que puede limitar los alcances normativos del derecho indígena al referirla sólo a la costumbre, desconociendo su intrínseco carácter dinámico, siendo más pertinente la noción de *derecho propio o sistemas normativos propios*.

<sup>120</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Ídem, p. 20.

<sup>121</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993 (Volumen 5)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 200.

En este sentido, coincidimos con SÁNCHEZ cuando precisa que la utilización del término “derecho consuetudinario” no resulta conveniente para calificar a los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas, puesto que estos últimos no siguen invariablemente una misma pauta secular, sino que son sistemas con gran capacidad de adaptación y cambio de acuerdo realidad<sup>122</sup>.

Asimismo, cabe mencionar que las Constituciones Políticas de México<sup>123</sup>, Ecuador<sup>124</sup>, Bolivia<sup>125</sup> y Colombia<sup>126</sup> hacen referencia a los “propios sistemas normativos o *derecho propio*” de los pueblos indígenas y no al denominado “derecho consuetudinario”.

Precisamente en atención de lo antes mencionado, consideramos importante dejar constancia de que la potestad de aplicar el *derecho propio o sistema jurídico indígena* en ningún sentido limita el ejercicio de la función jurisdiccional a sólo el ámbito normativo del denominado *derecho consuetudinario*, por

<sup>122</sup> SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. *La Jurisdicción Especial Indígena*. Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2000, p. 58.

<sup>123</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 2.- “[...] A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y en consecuencia, a la autonomía para: [...] II. Aplicar sus **propios sistemas normativos** en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes” (*resaltado nuestro*). Dicho artículo fue incorporado mediante el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001.

<sup>124</sup> Constitución Política del Ecuador (2008). Sección segunda. Justicia indígena. Artículo 171.- “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio [...]” (*resaltado nuestro*).

<sup>125</sup> Constitución Política del Estado de Plurinacional de Bolivia (2009). Capítulo cuatro: Jurisdicción indígena originaria campesina. Artículo 190.- “I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” (*resaltado nuestro*).

<sup>126</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 246.- “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de **conformidad con sus propias normas y procedimientos**, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República” (*resaltado nuestro*).

cuanto nada obsta a que en el ejercicio de la jurisdicción indígena se apliquen otras normas, como por ejemplo aquellas contenidas en el propio texto constitucional y en los tratados internacionales, entre otros.

#### **1.4.4. El respeto de los derechos humanos fundamentales y de la dignidad de la persona como límite en el ejercicio de la jurisdicción indígena**

Una vez abordados los presupuestos constitucionales y el contenido mínimo de la jurisdicción especial indígena en la normativa constitucional vigente trataremos la temática de los límites de dicha jurisdicción.

El artículo 149 de la Constitución Política de 1993 reconoce claramente el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales por parte de los pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, *siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona*.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, tratado internacional que como mencionamos antes forma parte del denominado “*bloque de constitucionalidad*” en nuestro ordenamiento jurídico (véase *supra* 1.3), contiene una disposición similar al establecer - en su artículo 8.2 - que los pueblos indígenas tienen 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 (resaltado nuestro).

En términos equivalentes, la DNUPI, instrumento internacional que si bien no es un tratado internacional cuenta como mencionamos con fuerza normativa (véase *supra* 1.1.2), reconoce también - en su artículo 34 - el derecho de los

pueblos indígenas “a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, *de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos*” (resaltado nuestro).

En los tres casos, si bien está claro que estamos ante una explícita limitación relacionada al ejercicio de los derechos humanos, la cual se constituye tanto en una condición de legitimidad como en un límite material para el ejercicio de dicha jurisdicción, es necesario que analicemos los alcances concretos de dicha limitación, lo cual conlleva que intentemos responder la siguiente pregunta: *¿Qué derechos humanos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos son aquellos que - por su especial significación o relevancia - se constituyen en límites del ejercicio de la jurisdicción indígena en tanto derecho colectivo de los pueblos indígenas?*

Para dar respuesta a dicha pregunta concreta, si bien no tenemos jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano especialmente relevante sobre el particular, si nos resulta especialmente útil el Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia sobre “Rondas campesinas y Derecho Penal”<sup>127</sup> el cual será posteriormente materia de nuestro análisis al abordar la temática de las rondas campesinas como sujetos activos de la jurisdicción indígena (véase *infra* 1.5.1.5).

En dicho Acuerdo Plenario, al abordarse los límites en el ejercicio de la jurisdicción indígena por parte de las rondas campesinas se alude al denominado *factor de congruencia*, el cual exige que:

---

<sup>127</sup> Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009. Disponible en: [http://www.cajpe.org.pe/sistemasjuridicos/index.php?option=com\\_content&view=article&id=160:novedades](http://www.cajpe.org.pe/sistemasjuridicos/index.php?option=com_content&view=article&id=160:novedades)

[...] la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción<sup>128</sup>.

El Acuerdo Plenario antedicho, cuando aborda dicho *núcleo esencial de los derechos fundamentales*, alude a una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de especial relevancia (Sentencia T-349/96 del 8 de agosto de 1996<sup>129</sup>), la cual fue materia de nuestro análisis al abordar el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas como presupuesto constitucional de la jurisdicción indígena (véase *supra* 1.4.2.3).

La mencionada sentencia, al proponer como regla de interpretación *la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía*, estableció que “*este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura*” (resaltado nuestro), siendo según dicha Corte dos las razones que llevarían a esta conclusión:

[...] en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.

A estos tres derechos, comunes a los principales tratados internacionales de derechos humanos, la Corte Constitucional de Colombia - en la mencionada

---

<sup>128</sup> Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, párrafo 11.

<sup>129</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 349/96 del 8 de agosto de 1996. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>



sentencia- adiciona el *principio de la legalidad en el procedimiento* según el cual:

[...] 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”. La exigencia de este último requisito, sin embargo, según la propia Corte “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.

En atención de los argumentos antes citados, la Corte Constitucional de Colombia considera que dichos límites o restricciones a la autonomía interna de los pueblos indígenas – y por lo tanto al ejercicio de su jurisdicción indígena - están justificados por cuanto “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”.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, en atención de los argumentos contenidos en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia antedicha, elabora en el Acuerdo Plenario antes mencionado, un catálogo de conductas específicas que no sólo atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales, sino que son calificadas de antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario:

(i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil-; (ii) las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; (iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; (iv) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento-; (vi) la aplicación de sanciones no

conminadas por el derecho consuetudinario; (vii) las penas de violencia física extrema, entre otras” (fundamento 12).

Más allá de los matices y diferencias que podemos encontrar entre las conclusiones de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia y el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia (en la cual ésta última se basa pero respecto de la cual difiere al considerar un margen más amplio de limitación a la jurisdicción indígena que sólo el núcleo de derechos intangibles a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura), consideramos que el respeto de los derechos humanos como límite de la jurisdicción indígena no sólo comprendería los tres derechos intangibles y el principio a los que alude la Corte Constitucional de Colombia.

Sin embargo, el respeto de los derechos humanos ciertamente tampoco implicaría una apertura a todo el conjunto de derechos reconocidos en la Constitución, lo cual conllevaría, además de hacerla muy poco efectiva, terminar reduciendo significativamente el contenido de los derechos a la identidad cultural y a la autonomía que constituyen sus presupuestos y cuyo ejercicio precisamente se debe promover.

En este sentido, más que establecer un listado de aquellos derechos humanos fundamentales, cuyo ejercicio debería ser considerado como límite irrestricto al ejercicio de la jurisdicción indígena, consideramos conveniente que en cada caso concreto (en el cual se considere relevante analizar la legitimidad del ejercicio de dicha jurisdicción respecto del ejercicio de otros derechos humanos), deberá atenderse al denominado *principio de proporcionalidad* (también denominado *juicio de ponderación* en el ámbito del denominado Neoconstitucionalismo<sup>130</sup>).

---

<sup>130</sup> Para un análisis sucinto de la importancia de este principio en el ámbito del denominado Neoconstitucionalismo puede consultarse: PRIETO SANCHÍS, Luis. “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”. En: Derecho y Proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid - AFDUAM N.º 5 (2001) (páginas 201 – 227). Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2001.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en una reciente sentencia sobre jurisdicción indígena recaída en el Expediente N.º C-463/14, ha manifestado que:

El uso de la ponderación obedece, primero, a la ausencia de una jerarquía entre derechos fundamentales (los individuales y los de la comunidad); segundo, plantea la necesidad de analizar los límites entre unos y otros solo en el marco de las circunstancias de cada caso, lo que resulta particularmente útil en materia de diversidad, donde las diferencias entre cada pueblo y cultura pueden adquirir relevancia; por el contrario, tercero, permite establecer reglas jurisprudenciales de decisión (sub reglas), que pueden servir de guía a los jueces constitucionales que aborden colisiones normativas semejantes<sup>131</sup>.

Así, la aplicación del principio de proporcionalidad permitirá evaluar si la intervención respecto del derecho o derechos - producto del ejercicio de la jurisdicción indígena - fue *idónea* (juicio de adecuación), *necesaria* (juicio de indispensabilidad) y *proporcional* (*equilibrio entre las ventajas y los perjuicios*). Debemos subrayar que en estos casos, el denominado *juicio de ponderación* deberá realizarse en atención tanto del principio de la dignidad de la persona, como en atención del cabal ejercicio del derecho a la identidad cultural, los dos parámetros que constituyen su ámbito específico de aplicación.

Precisamente respecto de uno de los parámetros antedichos (el principio de la dignidad de la persona) y respecto de la necesidad de realizar en cada caso concreto de conflicto entre la autonomía y otros derechos un ejercicio de ponderación, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia SU-510/98 del día 18 de septiembre de 1998<sup>132</sup> (sentencia que no es citada en el Acuerdo Plenario antes comentado), ha mencionado que se aceptan las limitaciones a la autonomía indígena “siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios *que lesionen gravemente la dignidad humana*

---

<sup>131</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-463/14 de 09 de julio de 2014.

<sup>132</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510/98 del día 18 de septiembre de 1998.

*al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad” (resaltado nuestro).*

Ahora bien, la Corte Constitucional de Colombia en un supuesto de conflicto entre el ejercicio del derecho a la identidad cultural y otros derechos reitera que considera “aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad” debido a lo cual “la resolución de tal conflicto deba hacerse a la luz de las particularidades de cada caso concreto, según la cultura involucrada, su grado de aislamiento o integración respecto de la sociedad mayoritaria, etc.”.

Por otro lado, la interpretación de los derechos humanos debe darse teniendo en cuenta como requisito esencial el dialogo intercultural y no dejar su interpretación solo al derecho oficial. En este sentido, coincidimos con YRIGOYEN cuando señala que:

[...] 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 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-<sup>133</sup>.

Finalmente, consideramos importante tener presente que la jurisdicción indígena tiene al ejercicio de los derechos humanos fundamentales más como su principal objetivo y razón de ser que propiamente como su límite. Así, como atinadamente sostiene RUIZ:

---

<sup>133</sup> YRIGOYEN, Raquel. “*Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*”. En: Revista El Otro Derecho N.º 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos y Red de Justicia Comunitaria. Bogotá, Colombia, diciembre de 2003, p 188.

No solo hay que ver a los derechos fundamentales como límites o un obstáculo de la Justicia Comunal. La Justicia Comunal es también una herramienta para ejercer y proteger derechos fundamentales, que el Estado estando obligado, no tutela, y que ante ese vacío la propia población se ve en la necesidad de tutelar a través de la Justicia Comunal<sup>134</sup>.

Consideramos que este enfoque complementario puede ser muy útil para comprender a cabalidad la importancia tanto del reconocimiento como del fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena en el contexto del acuciante y necesario proceso de interculturalidad en el cual nos encontramos inmersos.

#### **1.4.5. Facultades generales de la jurisdicción especial indígena en tanto jurisdicción (*iurisdictio*)**

Analizados los cuatro presupuestos constitucionales, los dos elementos del contenido mínimo y los límites de la jurisdicción especial indígena en el caso peruano, consideramos conveniente mencionar que ésta, en cuanto un tipo específico de jurisdicción (*iurisdictio*), conlleva el ejercicio de sus facultades generales básicas (también denominadas en el ámbito de la Teoría General del Proceso *elementos de la jurisdicción*), es decir aquellas prerrogativas específicas que se requieren a efectos de desarrollar – en todas sus etapas – un acto jurisdiccional.

En este sentido, como señalan varios autores, entre ellos YRIGOYEN, “la jurisdicción especial comprende todas las potestades que tiene cualquier jurisdicción notio, iudicium, imperium o coercio”<sup>135</sup>. En este sentido, tomando en

---

<sup>134</sup> RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. “Algunos comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema sobre Rondas Campesinas”. En: LA ROSA CALLE, Javier & RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (editores). *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas* (páginas 73 – 105). Instituto de Defensa Legal–IDL, Lima, 2010, p. 92.

<sup>135</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. En: *Revista El Otro Derecho N.º 30*. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos y Red de Justicia Comunitaria. Bogotá, Colombia, diciembre de 2003, p., 176.



cuenta lo anterior, podemos concluir que dichas prerrogativas generales son las siguientes:

**a) La facultad de *conocer del asunto* – *Notio***

Es la facultad que tienen las autoridades indígenas que ejerzan jurisdicción de conocer los hechos relacionados a un determinado conflicto o asunto litigioso, de acuerdo a su derecho propio<sup>136</sup>, requiriendo para tales efectos conocer la versión de las partes involucradas y dándoles la posibilidad de presentar los medios probatorios que consideren idóneos para sustentar sus respectivas posiciones.

En términos generales, dicha facultad se ejerce a solicitud de parte, es decir ante un expreso requerimiento por parte de algún o varios miembros del pueblo indígena, sin embargo, también puede ser ejercido de oficio por parte de la respectiva autoridad indígena al enterarse de la ocurrencia de algún hecho conflictivo o conducta considerada antisocial en el ámbito de su pueblo.

**b) La facultad de *convocar a las partes* - *Vocatio***

Es la facultad que tienen las autoridades indígenas que ejerzan jurisdicción de convocar a todas y cada una de las partes involucradas en un determinado conflicto de intereses a efectos de escucharlos y a partir de ello tomar una decisión concreta.

---

<sup>136</sup> LLASAG FERNANDEZ, Raúl. "Derechos colectivos y administración de justicia". En: *Justicia Indígena. Aportes para un debate*. SALGADO, Judith (compiladora). Abya-Yala. Quito, Ecuador, julio de 2002, p. 130.

**c) La facultad de *usar la fuerza a efectos de garantizar el desarrollo de actos necesarios para ejercer la potestad jurisdiccional – Cohertio***

Es la facultad que tienen las autoridades indígenas que ejerzan jurisdicción de recurrir- eventualmente y de ser necesario- a la fuerza a efectos de garantizar el desarrollo de aquellos actos que se consideren necesarios e indispensables para ejercer su respectiva potestad jurisdiccional (por ejemplo a efectos de citar a un testigo, mantener detenidos a los involucrados en un acto de flagrancia, entre otros).

En este sentido, las autoridades indígenas tienen la facultad de limitar los derechos, tales como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc.<sup>137</sup>. Asimismo, las formas de coerción que aplican los pueblos indígenas para hacer efectivo sus decisiones no constituyen violación a los derechos fundamentales ni usurpación de funciones. Al respecto, YRIGOYEN precisa que:

[...] los actos de coerción personal derivados del ejercicio de la función jurisdiccional especial no constituyen por definición, usurpación de funciones de la jurisdicción ordinaria, o delito de secuestro, privación ilegal de la libertad ni ninguna otra forma delictiva, como no son la captura, el trabajo comunitario, la prisión, el embargo, el impedimento de salida que sufren las personas por orden legítima de la jurisdicción ordinaria. Se trata, por propio reconocimiento constitucional, del ejercicio de un derecho de los pueblos y comunidades de ejercer funciones jurisdiccionales<sup>138</sup>.

**d) La facultad de resolver el asunto – *Iudicium***

Es la facultad que tienen las autoridades indígenas que ejerzan jurisdicción de decidir sobre los asuntos específicos sometidos a su consideración,

---

<sup>137</sup> *Ibíd.*, p. 176.

<sup>138</sup> *Ibíd.*, p. 176-177.

emitiendo para tales efectos una sentencia que da término al asunto en forma definitiva (efecto de cosa juzgada).

**e) La facultad de usar la fuerza para hacer efectivas las decisiones – *Imperium***

Es la facultad que tienen las autoridades indígenas que ejerzan jurisdicción de recurrir eventualmente y de ser necesario a la fuerza a efectos de garantizar el cumplimiento de su decisión (sentencia) en el caso concreto<sup>139</sup>. Al respecto, SÁNCHEZ señala que:

[...] el derecho a administrar justicia también incluye el derecho a utilizar la fuerza física, teniendo como límite la protección del derecho a la vida e integridad corporal (prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre y los tratos crueles, inhumanos y degradantes). Esto implica que los pueblos indígenas pueden tener personas encargadas de conducir a los reuientes ante las autoridades judiciales de la comunidad, sitios de reclusión o castigo, y también que pueden imponer penas restrictivas de la libertad y tener personas que vigilen el cumplimiento de las penas de cualquier tipo<sup>140</sup>.

**1.5 Sujetos titulares de la jurisdicción especial indígena en el caso peruano**

El Convenio 169 de la OIT considera sujetos titulares de los derechos ahí reconocidos a los “pueblos indígenas”, en cambio la Constitución de 1993 considera como sujetos titulares de ejercer las funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas, las comunidades nativas y las rondas campesinas.

<sup>139</sup> LLASAG FERNANDEZ, Raúl. “Derechos colectivos y administración de justicia”. Op. cit., p. 132.

<sup>140</sup> SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. *La Jurisdicción Especial Indígena*. Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2000, pp. 142-143.

Al respecto, ambos instrumentos jurídicos deben ser interpretados sistemáticamente, teniendo en cuenta el principio *pro homine o pro indígena*, es decir debemos optar por lo más favorable para los pueblos indígenas<sup>141</sup>. Por lo tanto, antes de definir quiénes son los sujetos titulares de la jurisdicción indígena, pasaremos a desarrollar a quiénes se les considera pueblos indígenas según el marco jurídico internacional y nacional.

Ahora bien, ni en el derecho internacional ni en el derecho interno existe una sola definición de pueblos indígenas, lo cual en parte es beneficioso debido a la gran diversidad cultural de dichos pueblos. Así, la Comisión Interamericana refiere que:

Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas de las Américas y del resto del mundo, una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva. El derecho internacional sí proporciona algunos criterios útiles para determinar cuándo un determinado grupo humano se puede considerar como “pueblo indígena”. Esta determinación es de importancia crítica para el derecho internacional<sup>142</sup>.

En este mismo sentido, SALMÓN refiere que el concepto de pueblos indígenas no es uniforme plenamente en el ámbito internacional; sin embargo, una referencia inevitable es lo señalado en el Convenio 169 de OIT<sup>143</sup>. Por lo tanto, el Convenio N.º 169 de la OIT establece criterios que han sido utilizados en la

---

<sup>141</sup> YRIGOYEN, Raquel. “El derecho indígena en el nuevo constitucionalismo pluralista de Venezuela y los países andinos”. En: YRIGOYEN, Fajardo y otros. Seminario “Administración de justicia y pueblos indígenas en la perspectiva intercultural”. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela. Abril 2002, p.27.

<sup>142</sup> CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. Aprobado el 30 de diciembre de 2009, párrafo 25. Puede accederse en el siguiente link: <http://www.cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

<sup>143</sup> SALMÓN, Elizabeth. *Los Pueblos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción*. Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, Lima, 2010, p. 15.

jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>144</sup>, entre otros, que nos ayudarán a identificar a dichos pueblos.

### **1.5.1 Criterios básicos de identificación de los pueblos indígenas**

Los criterios básicos de identificación de los pueblos indígenas son aquellos elementos que nos permitirán identificar a los pueblos indígenas independientemente de su denominación en el derecho nacional. Para ello, como hemos mencionado anteriormente, recurriremos a los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT, realizando posteriormente una comparación y un análisis con los criterios de identificación establecido en la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (en adelante Ley de Consulta)<sup>145</sup>.

#### **1.5.1.1. Criterios básicos de identificación de los pueblos indígenas según el Convenio 169 de la OIT**

Según el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT– que aborda el ámbito de aplicación del mismo - son tres los criterios básicos que posibilitan identificar a los pueblos indígenas como tales:

- a) Ser descendientes de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales (*criterio geográfico temporal objetivo*);

---

<sup>144</sup> El Perú aceptó la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Internacional de Derechos Humanos (Corte IDH) el 21 de enero de 1981.

<sup>145</sup> Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicada el 07 de setiembre de 2011.



- b) Conservar – cualquiera sea su situación jurídica – todas (o parte de ellas) sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (*criterio antropológico objetivo*); y,
- c) Tener conciencia de su identidad indígena (*criterio antropológico subjetivo*) considerado por el Convenio como fundamental para su identificación y la consecuente aplicación de las disposiciones de éste.

El ámbito de aplicación del Convenio 169 de la OIT también comprende a los denominados *pueblos tribales*, quienes a diferencia de los *pueblos indígenas* no comparten el primer criterio (geográfico temporal objetivo) y compartiendo los otros dos criterios se distinguen de otros sectores de la colectividad nacional. Esto fue definido por la Corte Interamericana en la sentencia del Caso del pueblo Saramaka versus Surinam al señalar que:

[...] la Corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam (...) Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas [...] <sup>146</sup>.

Ahora bien, teniendo presente los tres criterios básicos de identificación de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la OIT antes aludidos, podemos colegir que en el caso peruano principalmente cuatro colectivos o grupos humanos específicos pueden ser calificados como tales (más allá de lo equívoco o limitante de su denominación): las denominadas “comunidades campesinas” (comunidades indígenas andinas); las denominadas “comunidades nativas” (comunidades indígenas amazónicas); las denominadas “rondas campesinas”; y, los denominados “pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial”.

---

<sup>146</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka versus Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párrafo 79.

En los cuatro casos antes mencionados estamos ante pueblos indígenas que cumplen con los criterios básicos de identificación antes mencionados, siendo pertinente precisar que si bien adquirieron sus respectivas denominaciones en los procesos históricos (de reconocimiento constitucional y legal) concretos en los cuales surgieron, son en estricto pueblos indígenas u originarios; y, por tanto, titulares de todos los derechos colectivos que tienen como tales. Ello no obsta a tener presente, como sostiene acertadamente YRIGOYEN, que:

[...] el concepto de pueblo indígena es más comprehensivo que el de comunidad, pudiendo comprender formas de organización comunal que no están reconocidas por ley, o estando reconocidas, que no están tituladas propiamente como indica la ley. Este concepto de pueblo también incluye organizaciones supra comunales, grupos étnicos extensos, federaciones, o los llamados “pueblos no contactados”, al margen de su estatuto legal<sup>147</sup>.

En este mismo sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en su *Observación individual sobre el Convenio 169* de 2008 ha reiterado que:

[...] el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio<sup>148</sup>.

En atención de dicha reiterada precisión, la CEACR recalca a los estados que tomen las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT queden cubiertos por

---

<sup>147</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. En Revista EL OTRO DERECHO N.º 30 (páginas 171 – 195). ILSA, Bogotá, 2004, p. 177.

<sup>148</sup> CEACR. *Observación individual sobre el Convenio 169 de 2008* (Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitcontrol/ceacr169pe/554-ceacr-peru-2008.html>. Consulta: 15 de setiembre de 2013.

todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular”.

Ahora bien, precisamente respecto de tres de estos cuatro grupos humanos específicos, cuyas características básicas abordaremos brevemente a continuación, la Constitución vigente reconoce – como se analizó antes – tanto su existencia legal como personas jurídicas (artículo 89) como el derecho al ejercicio - como sujetos titulares - de la función jurisdiccional (artículo 149).

#### **1.5.1.2. Criterios de identificación de los pueblos indígenas en la Ley del Derecho a la Consulta Previa**

Consideramos importante mencionar que la reciente Ley N.º 29785, *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)* ha incluido en su artículo 7 los criterios de identificación - tanto objetivos como subjetivos - para identificar a tales pueblos, a nuestro parecer desnaturalizando y ampliando equívoca e innecesariamente los criterios contenidos en el Convenio 169 de la OIT.

El mencionado artículo 7 de la Ley de consulta previa establece que para identificar a los pueblos indígenas como sujetos colectivos se tomarán en cuenta tanto los criterios objetivos y subjetivos, señalando los siguientes requisitos:

- a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- c) Instituciones sociales y costumbres propias.
- d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional [...].

Como podemos advertir, el citado artículo amplía innecesariamente los criterios de identificación de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio 169 de la OIT. En este sentido, consideramos especialmente preocupante los siguientes dos casos concretos:

- Se considera como un criterio objetivo la “*Descendencia **directa** de las poblaciones originarias del territorio nacional*” (subrayado nuestro), criterio que innecesariamente alude a una descendencia “directa” respecto de las poblaciones originarias, término que podría conllevar problemas si en algún contexto se solicita acreditar objetivamente dicho vínculo genético “directo”; y,
- Se considera como un criterio objetivo la existencia de “*Patrones culturales y modo de vida **distintos** a los de otros sectores de la población nacional*” (subrayado nuestro), criterio que innecesariamente alude a patrones y modo de vida “distintos” (factor de distinción) cuando lo determinante no es que sean “distintos” sino “propios” (factor de pertenencia).

Finalmente, consideramos importante mencionar que además del establecimiento de criterios de identificación no incluidos en el Convenio 169, la Ley del Derecho a la Consulta Previa omite incluir parte del criterio objetivo temporal contenido en el artículo 1 de dicho Convenio, es decir el hecho de ser descendientes de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país *en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales* (subrayado nuestro).

## 1.5.2. Los pueblos indígenas en el caso peruano

### 1.5.2.1. Las comunidades campesinas

Las denominadas comunidades campesinas son pueblos indígenas asentados predominantemente en la sierra del país, estando ubicadas también - pero en una proporción mucho menor - en la costa y la selva, constituidas por grupos de familias ligadas ancestralmente por vínculos sociales, económicos y culturales, las cuales habitan y controlan determinados ámbitos geográficos, compartiendo formas de vida y patrones culturales comunes, tales como la propiedad y el trabajo colectivo de la tierra, la ayuda mutua (relaciones de reciprocidad) y una organización deliberativa democrática (toma de decisiones en el ámbito de las asambleas comunales).

Después de un complejo proceso histórico marcado por el desconocimiento y el insuficiente reconocimiento de sus características sociales y culturales autónomas, recién en el ámbito de vigencia de la Constitución Política de 1979 y con la promulgación de las Leyes N.º 24656 (Ley General de las Comunidades Campesinas) y N.º 24657 (Ley de Deslinde y Titulación de Territorio Comunal) - ambas de 1987 – se regula la organización y funciones de dichas comunidades, entre otros ámbitos, respecto del régimen de tenencia y el uso de la tierra, empezando el proceso de su saneamiento físico legal (a pesar del escaso rango de autonomía que en la práctica les otorga dicha normativa legal).

Desde 1995 en adelante, concretamente a partir de la promulgación de la Ley N.º 26505, *Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas*, conocida como la Ley de Tierras, se establece la posibilidad que las comunidades dispongan libremente de sus tierras, además de facilitarse la posibilidad de inversión minera y el uso de terrenos eriazos por terceros en el ámbito de las comunidades.



Dicha regulación si bien ha implicado una supuesta ampliación del rango de autonomía respecto de la disposición y uso de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, también ha conllevado una sistemática vulneración de varios de sus derechos colectivos por parte del Estado, tales como el derecho a la consulta y al consentimiento libres, previos e informados, entre otros.

### 1.5.2.2. Las comunidades nativas

Las denominadas comunidades nativas son pueblos indígenas asentados básicamente en la selva baja y selva alta (ceja de selva) del país, constituidas por grupos de familias o etnias que pueden compartir un mismo idioma o dialecto (además de otros caracteres sociales y culturales), así como la tenencia y el usufructo ancestral de determinados ámbitos geográficos con asentamientos de índole concentrado o disperso.

Las comunidades nativas han tenido un proceso normativo caracterizado por un mayor margen de inseguridad jurídica - respecto del brevemente reseñado correspondiente a las comunidades campesinas – reconociéndose recién en 1974 (a través de la *Ley de las Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva*, Decreto Ley N.º 20653) su personalidad jurídica y el derecho de propiedad sobre sus tierras (con los caracteres de inalienables, imprescriptibles e inembargables).

Sin embargo, en 1978 (a través de la *Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva*, Decreto Ley N.º 22175) se establece un régimen mixto dentro de los territorios comunales en atención de la capacidad del suelo: se otorga “propiedad” respecto de las áreas de aptitud agropecuaria (cuyo título los otorgaría la Dirección Regional de Agricultura respectiva) y “cesión en uso” respecto de las áreas de aptitud forestal (cuyo contrato de cesión en uso los otorgaría en ese entonces la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre y ahora los respectivos Programas Regionales de Manejo Forestal y de Fauna Silvestre).

Al respecto, consideramos importante precisar que dicha regulación es contradictoria con lo establecido por los estándares internacionales del sistema interamericano de derechos humanos que no que establece ningún régimen mixto dentro de los territorios de los pueblos indígenas, por el contrario establece que el territorio está conformado por las tierras y la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera.

La normativa vigente antes reseñada sucintamente, así como las marchas y contramarchas en la regulación y los períodos de inestabilidad y cambio institucional han conllevado que hasta la fecha se constaten diversos problemas de demarcación y titulación de las tierras comunales o territorio de las comunidades nativas, con el agravante que la no inscripción de los respectivos títulos de propiedad en Registros Públicos (ahora Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP) conlleva el no reconocimiento de su personalidad jurídica y por ende su reconocimiento legal formal.

### **1.5.2.3. Las rondas campesinas**

Las denominadas rondas campesinas, en tanto organizaciones sociales que además de contar con un significativo rango de institucionalización jurídica y social en nuestro país comparten los criterios básicos de identificación de los pueblos indígenas antes abordados, se han constituido - ante la ausencia o precaria presencia del Estado en varios ámbitos del país - en instancias de especial importancia en la organización y funcionamiento de muchas comunidades, coadyuvando no sólo en garantizar la seguridad, la justicia y la paz comunales<sup>149</sup>, sino también promoviendo el desarrollo comunal a través del desarrollo de diversas tareas comunales.

---

<sup>149</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. El reconocimiento estatal de las rondas campesinas. Normas y Jurisprudencia. Serie Documentos Defensoriales – Documento N.º 11. Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, p. 6.

Sobre el particular, debemos tener presente que propiamente son rondas campesinas aquellas integrantes de las comunidades campesinas (como aquellas existentes en los departamentos de Ancash, La Libertad, Lambayeque, Cusco y Puno) o aquellas independientes de éstas (como aquellas existentes en Amazonas, Cajamarca y San Martín), no siendo propiamente tales los denominados Comités de Autodefensa (existentes en los departamentos de Ayacucho, Apurímac, Huánuco y Junín), por cuanto, si bien sus miembros se autodenominaron en muchos casos como “ronderos”, dichas instancias no fueron expresiones propias de la autonomía e identidad comunales, sino instancias promovidas por el Ejército Peruano como parte de la estrategia nacional antsubversiva<sup>150</sup>.

Si bien el primer reconocimiento legal formal de las rondas campesinas se constató en 1986 con la Ley N.º 24571 “Ley que reconoce a las rondas campesinas pacíficas, democráticas y autónomas”, norma que las reconoce como organizaciones “*destinadas al servicio a la comunidad, contribuyendo con el desarrollo y la paz, mediante la cooperación con las autoridades para la eliminación de cualquier delito*”, es recién durante el año 2003 que se promulgan tanto la Ley N.º 27908 “Ley de Rondas Campesinas”, como su respectivo Reglamento (aprobado a través del Decreto Supremo N.º 25-2003-JUS), normativa que a partir del reconocimiento de su personalidad jurídica regula en términos generales su organización y principales funciones.

Ahora bien, respecto de la consideración concreta de las rondas campesinas como sujetos titulares de la jurisdicción indígena consideramos importante que realicemos algunas precisiones respecto de la cabal interpretación del artículo 149 de la Constitución, además de reseñar la importancia que sobre el particular tiene el Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema.

---

<sup>150</sup> Información reseñada de: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El reconocimiento estatal de las rondas campesinas. Normas y Jurisprudencia*. Serie Documentos Defensoriales – Documento N.º 11. Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, p. 14.

Si bien una lectura meramente literal del artículo 149 de la Constitución cuando señala que “[l]as autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales [...]” podría dar a entender que las rondas campesinas – en tanto integrantes o directamente relacionadas a las comunidades campesinas y nativas – brindarían tan sólo apoyo a éstas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, una lectura sistemática de la Constitución que atienda a los principios interpretativos de *unidad de la Constitución*, *concordancia práctica*, *eficacia integradora* y *corrección funcional*<sup>151</sup> conlleva a reconocer que estas organizaciones sociales son también plenamente sujetos titulares de la jurisdicción indígena.

En este sentido, según el denominado *principio de unidad de la Constitución*<sup>152</sup>, debemos interpretar el artículo 149 atendiendo tanto a las demás normas constitucionales (tales como el artículo 2 inciso 19 que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural y reconoce la pluralidad étnica y cultural de la nación), como también al denominado “bloque de constitucionalidad” (del cual - en atención del artículo 3<sup>153</sup> y la Cuarta Disposición Final y Transitoria<sup>154</sup> de la Constitución - forma parte integrante ineludible el Convenio 169 de la OIT).

---

<sup>151</sup> Para una breve definición de los denominados principios de interpretación constitucional puede revisarse la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 5854-2005-PA/TC.

<sup>152</sup> De acuerdo al denominado principio de unidad de la Constitución según el cual una norma constitucional no puede ser interpretada en forma aislada sino considerando la Constitución como un todo armónico y sistemático

<sup>153</sup> Artículo 3º Derechos Constitucionales. “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>154</sup> Cuarta Disposición Final y Transitoria. Interpretación de los derechos fundamentales. “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”.

En atención del denominado *principio de concordancia práctica*<sup>155</sup>, debemos interpretar que el artículo 149 en ningún sentido afecta el denominado principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (reconocido expresamente en el artículo 139 inciso 1), por cuanto dicha disposición al reconocer precisamente jurisdicciones especiales (tales como la arbitral y la militar), posibilita el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en atención del aludido artículo 2 inciso 19 y el propio artículo 149.

Asimismo, de acuerdo al denominado *principio de eficacia integradora*<sup>156</sup>, debemos interpretar el artículo 149 extendiendo el ejercicio de la función jurisdiccional a las rondas campesinas en tanto expresiones concretas de una determinada identidad cultural, siendo por tanto un imperativo la integración de sus miembros a los alcances de las disposiciones constitucionales.

Finalmente, en atención del denominado *principio de corrección funcional*<sup>157</sup>, debemos interpretar el artículo 149 otorgando el mayor rango de operatividad funcional posible a las instancias que en atención de determinados principios cuentan con facultades específicas en la sociedad, siendo precisamente el caso de la función jurisdiccional de las rondas campesinas en los contextos sociales específicos donde éstas operan.

De acuerdo a los diversos principios y consideraciones antes mencionados, concordamos con la Defensoría del Pueblo al mencionar que una interpretación meramente literal y por tanto restrictiva del mencionado artículo 149 conllevaría las siguientes perniciosas consecuencias (ajenas al proceso de

---

<sup>155</sup> Entendemos al principio de concordancia práctica como aquel mediante el cual toda aparente tensión entre las disposiciones constitucionales debe resolverse optimizando su interpretación en pro de la vigencia de los derechos humanos fundamentales dimanantes del reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona.

<sup>156</sup> El principio de eficacia integradora en atención del cual el esfuerzo interpretativo debe contribuir a integrar las relaciones tanto entre los poderes públicos como entre éstos y la sociedad.

<sup>157</sup> Entendemos al principio de corrección funcional como aquel mediante el cual el esfuerzo interpretativo no debe menoscabar las funciones y competencias asignadas a los órganos constitucionales en desmedro del fortalecimiento del Estado de Derecho.



interculturalidad e inclusión al que – como mencionamos antes – conlleva el concepto del principio de la libre determinación de los pueblos al que hemos hecho referencia), como las siguientes:

- a. Vaciaría de contenido el derecho a la pluralidad cultural de los campesinos parceleros en cuanto a la regulación de su vida social y en especial, de la seguridad y justicia comunal (interpretación contraria al Principio de concordancia práctica de la Constitución),
- b. Haría al ordenamiento constitucional ineficaz respecto de la integración a la Nación de dichos campesinos parceleros, más aún cuando las autoridades policiales, fiscales y judiciales comunes no pueden brindar seguridad ni justicia en sus comunidades, por escasez de personal y recursos logísticos; así como por la poca efectividad de las instituciones jurídicas comunes (procesales, civiles, familiares y penales principalmente) para resolver conflictos en nuestras sociedades rurales (interpretación contraria al Principio de eficacia integradora de la Constitución),
- c. Finalmente, y como ya se indicó líneas arriba, la norma constitucional que reconoce la jurisdicción especial devendría en parcialmente ineficaz, al no facilitar el acceso a la justicia de los campesinos parceleros ni el desarrollo de su identidad cultural (interpretación contraria al Principio de eficacia de la Constitución)<sup>158</sup>.

Ahora bien, el mencionado Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema sobre “Rondas campesinas y Derecho Penal”, además de interpretar también el artículo 149 en el sentido de considerar que las rondas campesinas son sujetos titulares activos de la jurisdicción indígena y de analizar la posición jurídica del rondero ante el Derecho Penal, explicita – atendiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia – los elementos concurrentes constitutivos de dicha jurisdicción especial:

- A. Elemento humano. Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural [...]

---

<sup>158</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El reconocimiento estatal de las rondas campesinas. Normas y Jurisprudencia*. Op. cit., p. 28.

- B. Elemento orgánico. Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades [...]
- C. Elemento normativo. Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas [...]
- D. Elemento geográfico. Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina [...].

A tales elementos concretos, se une además el denominado *factor de congruencia* (que será materia de análisis al final del presente capítulo), según el cual el límite del ejercicio de la función jurisdiccional es el respeto de los derechos humanos (el denominado núcleo esencial de los derechos fundamentales).

#### 1.5.2.4. Los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial

Los *pueblos indígenas en aislamiento*<sup>159</sup> son aquellos que han decidido aislarse del resto de la sociedad buscando refugio en ámbitos geográficos alejados debido a las agresiones que han sufrido contra su propia vida e integridad personal así como respecto de sus derechos colectivos (graves agresiones culturales)<sup>160</sup>.

<sup>159</sup> Coincidimos con STAVENHAGEN cuando mencionada que “Pueblos en aislamiento es una expresión que se asume ahora para hacer referencia a estas comunidades, sin el calificativo de “voluntario” que no deja de resultar engañoso a estos efectos. Para muchos de estos pueblos, el aislamiento no ha sido una opción voluntaria, sino una estrategia de supervivencia. En: BERRAONDO, Mikel y Otros. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonía y el Gran Chaco. Actas del Seminario Regional de Santa Cruz de la Sierra - 20-22 de noviembre de 2006*. IWGIA, Copenhague 2007, p. 10.

<sup>160</sup> BERRAONDO, Mikel. “Buscando protección: pueblos en aislamiento frente al reto de los derechos”. En: *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonía y el Gran Chaco. Actas del Seminario Regional de Santa Cruz de la Sierra - 20-22 de noviembre de 2006*. IWGIA, Copenhague 2007, p. 19-22.

Por otro lado, *los pueblos indígenas en contacto inicial* son aquellos que entablan ocasionalmente relaciones con otros pueblos (vinculaciones esporádicas no continuas con otros pueblos generalmente también indígenas)<sup>161</sup>. Tales pueblos son muy vulnerables a las enfermedades comunes de nuestro medio (gripe y enfermedades gastrointestinales) y son constantemente amenazados por el desarrollo de diversas actividades - tanto extractivas (forestales, hidrocarburíferas y mineras) como de otra índole (narcotráfico, turismo, entre otras)<sup>162</sup>.

Respecto del marco jurídico, en el ámbito nacional, dicho pueblos cuentan con una normativa especial, concretamente la Ley N.º 28736 “*Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial*” (vigente desde el día 25 de abril de 2006) y su respectivo Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 008-2007-MIMDES (en proceso de revisión y modificación), normativa que tiene como propósito precisamente establecer un *régimen especial transectorial de protección garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud salvaguardando su existencia e integridad* (artículo 1 de la Ley).

Si bien dichos grupos humanos tienen un marco normativo de protección especial a efectos de garantizar – en atención de su especial vulnerabilidad – sus derechos humanos básicos, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal y a la salud, en su condición de pueblos indígenas (en atención de los criterios contenidos en el artículo 1 del Convenio 169 antes comentados) y a pesar de no contar en estricto con personalidad jurídica (artículo 89 de la

---

<sup>161</sup> Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la región Amazónica y el Gran Chaco Paraguayo. ACNUDH, en cooperación con la AECID, GINEBRA, mayo 2012, p. 10. Puede accederse al texto completo de dichas Directrices en el siguiente enlace web: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/Directrices-de-Protección-para-los-Pueblos-Indígenas-en-Aislamiento-y-en-Contacto-Inicial.pdf>

<sup>162</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 101. “*Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial*”. Defensoría del Pueblo, Lima, 2006, p. 9.

Constitución) y no estar comprendidos como sujetos titulares activos de la jurisdicción indígena (artículo 149 de la Constitución), nada obsta que ejerzan dicha jurisdicción en los ámbitos territoriales que ancestralmente ocupan, en tanto la misma es una de las inequívocas manifestaciones de sus derechos colectivos.

En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha insistido en sus “*Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica, el Gran Chaco y la región oriental de Paraguay*” en el hecho de que se trata de pueblos “muy vulnerables, cuyas culturas están en permanente riesgo de desaparecer, por lo que su protección resulta fundamental. No obstante no debemos olvidar que la condición fundamental para preservar las culturas de estos pueblos se encuentra precisamente en garantizar la supervivencia física de los mismos”<sup>163</sup>.

### **1.5.3. Las autoridades indígenas como agentes activos del fuero indígena**

Después de analizar sucintamente los criterios de identificación de los pueblos indígenas y los cuatro casos de colectivos que califican como tales y cuentan con una normativa específica en el caso peruano, abordaremos la temática de quienes detentan la calidad de agentes activos del fuero indígena, es decir las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales.

Según el artículo 149 de la Constitución son las autoridades de las comunidades campesinas y nativas quienes, con apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario.

---

<sup>163</sup> Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la región Amazónica y el Gran Chaco Paraguayo. Óp., Cit., párrafo 22.

Por otro lado, en el Convenio 169 de la OIT se menciona al reconocimiento de las “instituciones” de los pueblos indígenas, esto incluiría no solo las autoridades específicas sino también las maneras de organización institucional. A esto habría que agregar los sistemas institucionales que son “apropiados” por los pueblos indígenas, a pesar de tener un origen externo o foráneo<sup>164</sup>.

En primer lugar debemos entender que, más allá de la redacción del referido texto y de su interpretación literal, el derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena no sólo es privativa de las autoridades de estos dos grupos sino que corresponde a las autoridades de todos los grupos que califiquen como pueblos indígenas en atención de los criterios que hemos analizado antes (véase *supra* 1.5.1.1). Ello, al margen de su denominación específica o de los respectivos procesos históricos de su reconocimiento normativo.

En segundo lugar, como también ya hemos analizado antes (véase *supra* 1.5.2.3), las rondas campesinas no se limitan a “apoyar” a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas sino que también tienen el derecho de ejercer la función jurisdiccional en sus respectivos ámbitos – a través de sus autoridades - en cuanto califican como pueblos indígenas.

En tercer lugar, debemos tener presente que la calidad de autoridades de los pueblos indígenas dependerá de su autonomía organizativa, siendo por tanto variables los criterios que se utilizan para determinar en cada caso concreto quienes ostentan tal calidad y los sujetos específicos (sean individuales o colectivos) en quienes recae tal responsabilidad. En este sentido, como atinadamente sostiene YRIGOYEN, la referencia a autoridades:

[...] alude a los individuos o colectivos (asambleas, cuerpos colegiados) que según los sistemas indígenas tienen potestad para gobernar, resolver conflictos o regular la vida social. Y ello incluye la potestad de los pueblos

---

<sup>164</sup> YRIGOYEN, Raquel. “El derecho indígena en el nuevo constitucionalismo pluralista de Venezuela y los países andinos”. En: YRIGOYEN, Fajardo y Otros. *Seminario “Administración de justicia y pueblos indígenas en la perspectiva intercultural”*. Op. Cit., p. 29.



y comunidades indígenas a tener su propio sistema institucional para el autogobierno, la organización del orden social y resolución de conflictos (...). Este derecho, a contar con sus propias autoridades significa que las mismas son nombradas o designadas bajo las reglas indígenas y tienen las atribuciones que dichos pueblos les asignan [...] <sup>165</sup>.

Así, la elección de las autoridades indígenas es una de las manifestaciones de la autonomía indígena a la cual alude expresamente el segundo párrafo del artículo 89 de la Constitución (véase *supra* 1.4.2.3).

Finalmente y en atención de lo antes mencionado, debemos tener presente que cualquier interferencia o imposición en la elección de las autoridades indígenas constituye no sólo una vulneración de dicha autonomía organizativa – y, por ende, de una sus manifestaciones concretas, esto es la autonomía jurisdiccional – sino también en una manifiesta vulneración de su derecho a la libre determinación, una de cuyas prerrogativas es precisamente elegir a sus autoridades de acuerdo a sus propio derecho o sistema jurídico indígena.

## **1.6. Competencias de la jurisdicción especial indígena**

A continuación abordaremos las competencias de la jurisdicción especial indígena, entendidas estas como aquellas atribuciones o facultades legítimas que corresponden a las autoridades de los pueblos indígenas que ejercen jurisdicción o administran justicia para conocer un asunto y resolverlo, de acuerdo al denominado derecho consuetudinario o derecho propio.

### **1.6.1. Competencia territorial**

Según lo establecido en el artículo 149 de la Constitución la competencia territorial se constituye en el criterio básico o rector para la determinación del

---

<sup>165</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y retos epistemológicos y políticos”. En: CASTRO, Milka (editora). *Desafíos de la interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*. Universidad de Chile, Programa Internacional de Interculturalidad y Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Santiago de Chile, 2004.

ámbito de competencia de la jurisdicción especial indígena. Dicho artículo establece expresamente que las autoridades indígenas tienen la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales *dentro de su ámbito territorial*.

Es decir, se establece que el territorio del respectivo pueblo indígena es el ámbito en el cual se puede ejercer la jurisdicción especial indígena por parte de los agentes activos del mismo (autoridades indígenas), quienes ejercerán dicha función de conformidad a su *derecho consuetudinario*, lo cual no conlleva como analizamos antes que tengamos que basarse exclusivamente en dicho derecho (véase *supra* 1.4.3.2).

Una primera precisión que consideramos conveniente realizar es que el término *ámbito territorial* no se limita a los ámbitos geográficos respecto de los cuales existe o se ha formalizado algún título de propiedad comunitario o colectivo - dependiendo de cada proceso histórico de reconocimiento normativo - sino que debe comprender, como lo establece expresamente el artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT, *la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*.

El ámbito territorial indígena también comprende, según lo establece el artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT, a aquellas tierras a las cuales - no estando en estricto ocupadas por los pueblos indígenas - éstos *hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia*. En este sentido, coincidimos con YRIGOYEN cuando señala que:

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. Esto es importante porque en los diversos países no todos los pueblos o las comunidades tienen tierras tituladas o perfectamente delimitadas; además, hay comunidades que carecen de algún reconocimiento legal de la propiedad común de la tierra<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> YRIGOYEN, Raquel. "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos". En: *Revista El Otro Derecho* N.º 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Instituto

Una segunda precisión que consideramos conveniente realizar es que para determinar a cabalidad cuál es el ámbito geográfico correspondiente al *ámbito territorial* de un pueblo indígena resulta de especial relevancia y utilidad atender la especial relación que los pueblos indígenas tienen con sus tierras o territorios.

Al respecto, el propio Convenio 169 de la OIT ha establecido en su artículo 13 Inciso 1 que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana en reiterada jurisprudencia, como en el *caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*, la primera de sus sentencias que aborda explícitamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ha subrayado que:

La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>167</sup>.

Teniendo precisamente en cuenta esta especial relación podemos colegir, como atinadamente señala MORA, que el denominado *ámbito territorial* comprende aquellos territorios indígenas, frente a los cuales, los pueblos indígenas tienen un especial arraigo, y constituyen punto referencial de su

---

Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos y Red de Justicia Comunitaria. Bogotá, Colombia, diciembre de 2003, páginas 180-181.

<sup>167</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Párrafo 149.

cultura, por ser un legado de los ancestros, que se constituyen como la principal fuente de sus formas culturales<sup>168</sup>.

Una tercera precisión que consideramos conveniente realizar es que si bien la competencia territorial se constituye en el criterio básico o rector según la Constitución vigente, ello no obsta que el ámbito de aplicación de la jurisdicción indígena se amplíe en atención de las otras dos competencias (material y personal).

Así, como sostiene YRIGOYEN, la competencia territorial “es un mínimo, pero no un limitante, pues el alcance de la jurisdicción indígena se puede ampliar en razón de la competencia personal y material. De hecho, por razón de competencia personal, la jurisdicción indígena podría tener competencia extraterritorial”<sup>169</sup>.

Una última precisión que consideramos conveniente realizar es que si bien la competencia territorial posibilita el ejercicio de las facultades jurisdiccionales en el “*ámbito territorial*” de un pueblo indígena respectivo, las decisiones - producto del ejercicio de dicha facultades jurisdiccionales - no sólo son válidas y eficaces en dicho ámbito geográfico sino en todo el ámbito del país.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha dejado constancia que “la validez de las decisiones de la autoridades indígenas en todo el territorio nacional (por ejemplo) ordenando a la policía nacional llevar al territorio

---

<sup>168</sup> MORA, Diana. *Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena*. Trabajo de grado para obtener el título de abogada en la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Bogotá, 2003, p. 158.

<sup>169</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. En: *Revista El Otro Derecho N.º 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos y Red de Justicia Comunitaria*. Bogotá, Colombia, diciembre de 2003, p., 179.

indígena respecto a las personas que han escapado de las autoridades indígenas, para que la pena impuesta se cumpla en territorio indígena”<sup>170</sup>.

### 1.6.2. Competencia material

Respecto de la competencia material de la jurisdicción especial indígena, ésta se extiende a todos los casos, temas o materias en los cuales ésta considere conveniente o decida intervenir en atención del *derecho propio* del pueblo indígena respectivo (*derecho consuetudinario* en la terminología que utiliza la Constitución de 1993).

Ello, por cuanto, la Constitución de 1993, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT, no limita en alguna de sus disposiciones el ejercicio de dichas facultades jurisdiccionales en atención de las materias sobre las cuales ésta pueda abocarse. En este sentido, como señala YRIGOYEN “donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, recortar o reducir”<sup>171</sup>.

Es más, el propio Convenio 169 de la OIT, para el ámbito que conocemos como derecho penal, establece en su artículo 9 inciso 1 la obligación de los Estados de respetar los métodos tradicionales para la represión de aquellas conductas consideradas proscritas, estableciendo que “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* (resaltado nuestro)”. En este sentido, como sostiene YRIGOYEN, habida cuenta que:

---

<sup>170</sup> Citado por YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “*Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y retos epistemológicos y políticos*”. Op. cit., p., 15. Puede accederse al texto completo de dicho artículo en el siguiente enlace web: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12459.pdf>

<sup>171</sup> YRIGOYEN, Fajardo. “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. En: *El Otro Derecho N.º 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria*. Op.cit. p. 182.



[...] cada sistema jurídico tiene su propio modo de clasificar y reconstruir los hechos sociales desde sus propios valores y categorías, le corresponde al mismo definir qué hechos sociales les parecen relevantes como para ameritar su intervención. Es más, la propia construcción de los hechos relevantes está condicionada culturalmente, y no necesariamente coincide o corresponde a las categorías del derecho oficial, si bien para efectos comparativos se puede utilizar sus categorías<sup>172</sup>.

En atención de lo antes referido, consideramos importante dejar constancia que cualquier limitación de la jurisdicción especial indígena por razón de materia, además de constituir una arbitraria restricción en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales indígenas constitucionalmente reconocidas, sería contraria a los cuatro presupuestos constitucionales de dicha jurisdicción antes abordados (véase *supra* 1.4.2), los cuales, como mencionamos antes, sirven también como principios y criterios interpretativos de sus alcances.

### 1.6.3. Competencia personal

Respecto de la competencia personal de la jurisdicción especial indígena, en principio comprende a todas las personas ubicadas en el “*ámbito territorial*” del pueblo indígena respectivo<sup>173</sup>, considerándose el carácter básico o rector que - como mencionamos- tiene la competencia territorial en el caso peruano (véase *supra* 1.6.1).

Una primera precisión que consideramos conveniente realizar es que la jurisdicción especial indígena es competente, a nuestro parecer, tanto respecto de los miembros del propio pueblo indígena, como respecto de terceras personas no indígenas que se encuentren en el *ámbito territorial* del mismo.

---

<sup>172</sup> Citado por YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “*Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y retos epistemológicos y políticos*”. Op. cit., p. 17-18.

<sup>173</sup> ARDITO VEGA, Wilfredo. “El artículo 18, inciso 3, del Código Procesal Penal: riesgos y posibilidades”. En: *Revista de Derecho PUCP / Pontificia Universidad Católica del Perú*. No. 65 (2010). p. 123.

Si bien, en principio, la jurisdicción especial indígena y su *derecho propio* debería ser competente y aplicarse únicamente respecto de los miembros de dicho pueblo indígena, consideramos que en la medida que la presencia de terceras personas no indígenas en el “*ámbito territorial*” afecte el ejercicio de sus derechos colectivos, nada obsta que dicha jurisdicción se aplique también respecto de éstos en la medida que no se vulneren los derechos humanos fundamentales en tanto límites de dicha jurisdicción (véase *supra* 1.4.4).

Un caso paradigmático de intervención y juzgamiento por la parte de la jurisdicción especial indígena de terceros no indígenas, es el caso de los abigeos que reiteradamente han sido detenidos y juzgados en el ámbito de los pueblos indígenas donde han sido descubiertos desarrollando su actividad ilícita.

Al respecto, como sostiene YRIGOYEN, teniendo presente el principio de autonomía de los pueblos indígenas, así como la necesidad de garantizar el cabal ejercicio de sus derechos, tanto individuales como colectivos:

[...] si terceros entran a los territorios o hábitat indígenas y realizan hechos o actos que afectan o comprometen de algún modo la existencia, costumbres, derechos o bienes colectivos de los pueblos indígenas o sus miembros, los mismos tienen válidamente el derecho de intervenir y defender sus derechos. Ello no obsta, sin embargo, para que se conciban mecanismos específicos a fin de resolver conflictos interculturales y que no se violen los derechos humanos<sup>174</sup>.

Una segunda precisión que consideramos conveniente realizar es que la jurisdicción especial indígena también es competente respecto de miembros del pueblo indígena que no se encuentren en el “*ámbito territorial*” del mismo, en la medida que se trate de asuntos o materias que sólo comprenden a éstos.

---

<sup>174</sup> YRIGOYEN, Fajardo. “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. En: *El Otro Derecho N.º 30*. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Op. cit. p. 182.

En este sentido, como sostiene YRIGOYEN, teniendo presente el carácter cultural del *derecho propio* cuando se trate de hechos que solo afectan a miembros del pueblo indígena, aunque se realicen fuera del territorio comunal el derecho y la jurisdicción indígena podrían intervenir, pues el marco cultural y normativo sigue rigiendo en tales personas; en estos casos dependerá de la jurisdicción indígena si decide intervenir o no<sup>175</sup>.

Una última precisión que consideramos conveniente realizar es que incluso en aquellos casos en los cuales los miembros de los pueblos indígenas son procesados por la justicia ordinaria, por haberse desarrollado los hechos fuera del “*ámbito territorial*” del pueblo indígena y haberse afectado bienes o derechos de terceros no indígenas, los agentes activos de dicha jurisdicción están obligados a tomar en cuenta al juzgar el denominado “condicionamiento cultural” de los mismos, lo cual podría conllevar la atenuación e incluso la exención de la pena.

En este sentido, el artículo 15 del Código Penal vigente que aborda el denominado “*error de comprensión culturalmente condicionado*”, establece que si un miembro de un pueblo indígena por su cultura comete un hecho calificado como punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su conducta será absuelto de su responsabilidad. Si cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida se disminuirá la pena. Esta disposición es equivalente a las que encontramos en los artículos 9.2, 10 y 12 del Convenio 169 de la OIT.

### **1.7. La jurisdicción especial indígena frente a la jurisdicción ordinaria**

El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena ha conllevado que se produzcan varios conflictos con la jurisdicción ordinaria, especialmente respecto de las formas de coordinación entre ambas jurisdicciones. En este sentido, si bien el último párrafo del artículo 149 de la Constitución incluye

---

<sup>175</sup> Ídem, p. 186

expresamente un mandato de desarrollo normativo al disponer que “[l]a ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”, dicha disposición aún no se ha concretado con la emisión de una norma que desarrolle mecanismos de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la denominada jurisdicción ordinaria.

La falta de emisión de la ley de coordinación ha generado que varios magistrados manifiesten que el artículo 149 no tiene vigencia en la actualidad, pues interpretan la referencia a una ley de coordinación como una condición esencial, pese a que este no es el espíritu del texto constitucional<sup>176</sup>. Estos magistrados realizan dicha interpretación basando su argumentación en el método literal, la cual consideramos equívoco.

Al respecto, concordamos con RUÍZ MOLLEDA cuando menciona que “un primer obstáculo en el análisis de la justicia comunal en la Constitución es la interpretación literal de esta última, lo cual solo conduce a disposiciones y normas contradictorias o incompatibles”<sup>177</sup>.

En respuesta a esto, dicho autor refiere que “la interpretación literal desconoce los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, pues en su pretensión de defender la literalidad del artículo 149, «sacrifica» la eficacia de los derechos de la población rural”<sup>178</sup>. Por lo tanto, la interpretación literal del

---

<sup>176</sup> ARDITO VEGA, Wilfredo. “*Actitudes del Poder Judicial hacia los mecanismos comunitarios de administración de justicia*”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Lima, 2010.p. 13.

<sup>177</sup> RUÍZ MOLLEDA, Juan Carlos. “El fundamento constitucional de la justicia comunal”. En: Revista de Derecho PUCP/ Pontificia Universidad Católica del Perú. N.º 62 (2009), p. 147.

<sup>178</sup> Cabe precisar que no consideramos adecuada la utilización del término población rural para referirse a los pueblos indígenas por cuanto se trata de una denominación genérica que puede comprender a otras poblaciones.

artículo 149 de la Constitución lejos de optimizar el modelo de Estado Constitucional de Derecho lo recorta y disminuye<sup>179</sup>.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, consideramos relevante abordar algunos aspectos concretos relacionados a la jurisdicción especial indígena frente a la justicia ordinaria y a la necesidad de coordinación entre ambas.

### 1.7.1. Exclusividad de la jurisdicción especial indígena

Un primer tema que nos parece importante analizar es el carácter de exclusividad de la jurisdicción especial indígena atendiendo a sus tres competencias (territorial, material y personal). De lo que se trata en buena cuenta es de responder a la siguiente pregunta: *¿Es la jurisdicción especial indígena un sistema tan sólo complementario a la denominada jurisdicción ordinaria o tiene el carácter de exclusividad atendiendo a las tres competencias antes mencionadas?*

Teniendo presente lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, consideramos que una vez que las autoridades indígenas - que ejercen jurisdicción - se avocan al conocimiento y consecuente juzgamiento de un determinado caso se convierten en la única y exclusiva instancia para tales efectos. Consecuencia de ello es precisamente que – como sostiene RUBIO – en estos casos “los tribunales ordinarios deben inhibirse, aun cuando puedan actuar de oficio, pues de no hacerlo estarían actuando inconstitucionalmente contra este artículo”<sup>180</sup>.

El reconocimiento del carácter exclusivo de la jurisdicción especial indígena conlleva precisamente, que el denominado fuero indígena pueda aplicar dicho

---

<sup>179</sup> Ídem, p. 148.

<sup>180</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993 (Volumen 5)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 208.



*derecho propio* incluso contra lo establecido en la normativa vigente (*contra legem*) siempre que no se vulneren los derechos humanos fundamentales (véase *supra* 1.4.3.2 y 1.4.4).

Así, en los debates suscitados en el contexto del Congreso Constituyente Democrático de 1993, Fernando De Trazegnies, quien fuera invitado para sustentar la temática del pluralismo legal, manifestó respecto de la necesidad de reconocimiento constitucional explícito de la jurisdicción especial indígena lo siguiente:

He escuchado algunas opiniones que dicen que no se requiere de una norma constitucional, sino que bastaría que se incorpore en el Código Penal, en la Ley de Comunidades Nativas, etcétera. Creo que debe ser en la Constitución, porque *tiene que poder ser aplicada eventualmente contra la ley*. Y esto me parece un punto muy importante. Creo que *no es solamente una norma que va a ser supletoria dentro del marco de la ley occidental. Tiene que poder ser aplicada en algunos casos [...] contra la ley*<sup>181</sup> (subrayado nuestro).

En conclusión, coincidimos con quienes han subrayado que esta posibilidad de aplicar el *derecho propio* - con carácter de exclusividad - incluso contra lo establecido en la normativa vigente es la que justifica el reconocimiento explícito de la jurisdicción especial indígena en el texto constitucional.

### 1.7.2. Obligatoriedad de la jurisdicción especial indígena

Otro tema que nos parece importante abordar, también referido a la relación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, es lo concerniente a la obligatoriedad o no de dicha jurisdicción respecto de sus sujetos activos, es decir, si es posible que las autoridades indígenas que

---

<sup>181</sup> Citado por YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el Pluralismo legal*. Artículo correspondiente al texto de una ponencia presentada por la mencionada autora en la reunión entre congresistas y ronderos organizada por la Defensoría del Pueblo “Hacia una Ley de Rondas Campesinas” el día 2 de abril de 2002. Puede accederse al texto completo de dicho artículo en el siguiente enlace web: [http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm#\\_ftn1](http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm#_ftn1)

ejercen dicha jurisdicción (fuero indígena) puedan renunciar a dicha facultad en un supuesto de hecho en el cual serían sujetos activos de la misma (en atención de los tres criterios antes mencionados).

Como hemos mencionado anteriormente, el artículo 149 de la Constitución establece que [l]as autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, *pueden ejercer las funciones jurisdiccionales (...)*” (resaltado nuestro), disposición que podría interpretarse en el sentido de que, en tanto se trata de un derecho, dichas autoridades podrían - en un caso específico - renunciar a ejercitarla para que éste sea resuelto en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Al respecto, SÁNCHEZ refiere que:

[...]la importancia de entender el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas como un derecho y no como una obligación radica en que los pueblos indígenas dentro de la autonomía que se les confiere pueden decidir asumir o no el ejercicio de estas funciones. En este sentido, si la autoridad indígena se niega a conocer de un caso, no está incurriendo en una denegación de justicia, simplemente está ejerciendo su derecho. Pero también, si la autoridad indígena decide asumir el conocimiento del caso, y las reglas vigentes determinan que es competente, debe conferirse igual valor a sus decisiones respecto de las decisiones de los jueces ordinarios [...] <sup>182</sup>

Por otro lado, BURGOS, al referirse al caso colombiano, sobre la posibilidad de renunciar a la facultad de administrar justicia señala que:

[...] la jurisprudencia y algunos autores han entendido que las autoridades indígenas pueden renunciar a la potestad de juzgar un caso que involucre a uno de los miembros de la comunidad y que fuere realizado dentro de su territorio, para que sea resuelto por el sistema jurídico nacional, sin que ello constituya denegación de justicia, sino simplemente se estaría

---

<sup>182</sup> SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. La Jurisdicción Especial Indígena. Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2000, p. 130.

ejerciendo su derecho a decidir, a resolver el caso en la justicia ordinaria o en su propia justicia<sup>183</sup>.

En el mismo sentido, ARDITO refiere que en “el caso del Perú no sería muy lógico que se impusiera esta función como obligatoria para las autoridades comunales, sobre todo en los casos en que se sienten poco preparadas para ello, debido a la gravedad de los problemas o porque consideran preferible que la instancia estatal los resuelva<sup>184</sup>.”

A nuestro parecer dicha renuncia podría constatarse siempre y cuando no conlleve la vulneración del principio de igualdad y – en todo caso – no conlleve denegación de justicia respecto de las personas que la solicitan. Ello, básicamente por lo siguiente:

- a) La jurisdicción especial indígena – como hemos insistido antes – no sólo es una facultad de las autoridades indígenas, producto de su autonomía, *sino también y sobre todo un derecho en ejercicio del cual los miembros de un determinado pueblo indígena acuden a sus autoridades (fuero indígena) a efectos de que éstos - de conformidad (pero no exclusivamente) a su derecho propio – defiendan determinados derechos o resuelvan un conflicto de intereses*; y,
- b) La posibilidad de renuncia del ejercicio de la facultad jurisdiccional por parte de la jurisdicción indígena podría conllevar la vulneración de los derechos de los procesados (en la mayoría de los casos miembros de los propios pueblos indígenas), entre otros, su derecho a ser juzgados por su juez natural (artículo 139.3 de la Constitución) y, consecuentemente, su

---

<sup>183</sup> BURGOS GUZMÁN, Filipo. “Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver”. En: *Revista Derecho del Estado* N° 21 (diciembre de 2008). Universidad Externado de Colombia (páginas 95 – 108), p. 105.

<sup>184</sup> ARDITO VEGA, Wilfredo. El artículo 18, inciso 3, del Código Procesal Penal: riesgos y posibilidades. Op. cit., p., 122.

derecho a ser juzgados de conformidad con su *derecho propio* (artículo 149).

En este sentido, el Consejo Superior de la Judicatura<sup>185</sup> de Colombia ha considerado, al resolver un caso sobre narcotráfico en el cual estaban implicados dos miembros de una comunidad indígena y donde se generó un conflicto de jurisdicción entre una Sala Penal y un Cabildo de una comunidad indígena, que “una vez que la comunidad asume esa facultad ésta lo hace para todos los miembros y no al azar, frente a unos sí y frente a otros no, situación que atentaría contra la igualdad, el acceso a la justicia y el debido proceso”<sup>186</sup>. Así, una vez que las autoridades indígenas asumen su competencia, ésta se torna obligatoria para todos los casos posteriores, por lo tanto, en cierto modo ésta tendría el carácter de obligatoria.

Ahora bien, en supuestos de hecho en los cuales las autoridades indígenas decidan renunciar a ejercer la jurisdicción indígena por la complejidad del conflicto o por la materia a resolver, consideramos que en principio no habría inconveniente alguno; siempre y cuando, en la justicia ordinaria se garanticen todas y cada una de las prerrogativas del derecho de acceso a la justicia que tienen los miembros de los pueblos indígenas y, a su vez, la justicia ordinaria tome consideración y respete el derecho indígena al momento de resolver.

Algunos autores, como BURGOS, señalan que entre dichos casos podrían estar por ejemplo aquellas conductas o conflictos sociales cuya lesividad

---

<sup>185</sup> El Consejo Superior de la Judicatura es un organismo colombiano de la Rama Judicial, que tiene un reconocimiento constitucional. Así, según el artículo 254, dicho consejo se divide en dos salas: La Sala Administrativa y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Tiene como funciones principales administrar la carrera judicial, investigar disciplinariamente la conducta de los funcionarios de la Rama Judicial, [...] dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y otras que señala la ley.

<sup>186</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación penal N.º 34.461 de la Sala de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Proceso N.º 34461, caso sobre narcotráfico.

desborda el ámbito cultural y territorial del pueblo indígena respectivo, siendo perjudiciales para todo el conjunto de la sociedad<sup>187</sup>.

A título de ejemplo, se mencionan algunos delitos, tales como el narcotráfico, el terrorismo, la desaparición forzada, el lavado de activos, entre otros<sup>188</sup>. Incluso, para el aludido Consejo Superior de la Judicatura de Colombia estos supuestos de hecho excepcionales también comprenderían aquellos “conflictos donde las víctimas del delito sean menores de edad que no pertenezcan a la respectiva comunidad; o por miembros de la comunidad en detrimento de integrantes de la misma etnia, pero por fuera del territorio indígena”<sup>189</sup>.

Contrariamente a estas posiciones, resulta ilustrativa la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia al declarar la nulidad de lo actuado por la justicia ordinaria en un caso sobre el delito de narcotráfico, donde los imputados eran dos miembros de una comunidad indígena. En este caso, dicha Sala ordenó remitir el expediente del referido caso a las autoridades indígenas.

Al respecto, dicha Sala señaló que si se excluyen de la jurisdicción indígena asuntos graves o de trascendencia universal, como los delitos de narcotráfico, esta limitación se traduce en una restricción indebida a la autonomía de las comunidades indígenas y obviamente el incumplimiento del acuerdo intercultural consagrado en la Constitución<sup>190</sup>.

Por lo tanto, consideramos que las autoridades de la justicia indígena son competentes para conocer todo tipo de casos de acuerdo a las tres

---

<sup>187</sup> Citado por BURGOS GUZMÁN, Filipo. “Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver”. Op. cit., p. 106

<sup>188</sup> *Ibíd.*

<sup>189</sup> *Ídem*, p. 107

<sup>190</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación penal N.º 34.461 emitida por la Sala de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Proceso N.º 34461, caso sobre narcotráfico.



competencias antes mencionadas, incluso materias como los delitos de narcotráfico. Una reducción externa de las materias que se aboque la jurisdicción especial indígena sería contraria al reconocimiento constitucional y afectaría el cabal cumplimiento de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT<sup>191</sup>.

### **1.7.3. Posibilidad de revisión de las decisiones de la jurisdicción especial indígena por parte de la jurisdicción ordinaria**

En atención de los argumentos antes expuestos, podemos colegir que no existe la posibilidad de revisión de las decisiones de la jurisdicción especial indígena por parte de la jurisdicción ordinaria habida cuenta del carácter exclusivo y obligatorio de dicha jurisdicción especial (con las excepciones señaladas anteriormente).

Ello, sin embargo, no obsta reconocer el derecho de toda persona a recurrir ante una instancia jurisdiccional ordinaria, a través de un proceso constitucional de hábeas corpus o de amparo – en ningún caso a través de un recurso impugnativo - si considera que algunos de sus derechos humanos fundamentales han sido violados o existe el peligro de que sean violados, sea como consecuencia de la ejecución de una decisión jurisdiccional o en el contexto del respectivo proceso que la originó, sin importar el tipo de jurisdicción en la cual se haya constatado tal vulneración.

En este supuesto de hecho concreto, la posibilidad de impugnar a través de un proceso constitucional de hábeas corpus o de amparo una decisión proveniente de la jurisdicción indígena, no deben confundirse dos realidades distintas: “a) la del mero reconocimiento de actos y decisiones de las autoridades indígenas, que precisamente por ser entidades de derecho público y formar parte del

---

<sup>191</sup> YRIGOYEN, Raquel. “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. En: *Revista El Otro Derecho* N.º 30. *Variaciones sobre la justicia comunitaria*. Op., Cit., p.184.

Estado, no tienen por qué serles revisadas sus decisiones por la jurisdicción ordinaria; y b) la de *la garantía de amparo que asistiría a todo indígena, como ciudadano, al cual se le puede haber violado algún derecho fundamental*<sup>192</sup> (resaltado nuestro).

En este sentido, coincidimos con YRIGOYEN cuando señala que “las autoridades indígenas/comunitarias no queden como simples espectadoras de un ejercicio siempre ajeno del poder jurisdiccional y sometidas pasivamente a la interpretación de los jueces ordinarios, sino que se constituyan en autoridades jurisdiccionales con todas las potestades que la Constitución les ha reconocido”<sup>193</sup>.

Por lo tanto, consideramos imperativo subrayar que en estos casos concretos la jurisdicción ordinaria no debería – por lo menos en principio - avocarse a conocer respecto del fondo del asunto, sino tan sólo respecto de la vulneración de los derechos fundamentales presuntamente violados, a través del proceso constitucional. Ello, a efectos de evitar que la justicia ordinaria tome como suyas las competencias que le corresponden a la justicia indígena, en atención de lo dispuesto por el artículo 149 de la Constitución.

Así, de ser necesario un nuevo enjuiciamiento sobre el asunto de fondo, el caso deberá retornar al respectivo fuero indígena para que éste, en ejercicio de su facultad jurisdiccional y en aplicación de su *derecho propio*, lo resuelva respetando los derechos humanos fundamentales cuyo ejercicio antes se haya desconocido.

---

<sup>192</sup> CABEDO, Vicente. “*De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena*”. En: Revista Política y Cultura, primavera 2004, Número 21 (páginas 73 – 93). Universidad Autónoma Metropolitana – Xochimilco, México, 2004, p. 90.

<sup>193</sup> YRIGOYEN, Raquel. “*Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*”. En: Revista El Otro Derecho N.º 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Op., Cít., p.189.

Ahora bien, en el supuesto de hecho específico en el cual un proceso constitucional de amparo llegue - a través del denominado recurso de agravio constitucional - ante el Tribunal Constitucional, esta instancia ha establecido - desde una interpretación flexible de la configuración constitucional de dicho proceso (es decir, cuando el juez constitucional asume plena jurisdicción sobre el fondo y la forma del proceso ordinario) - un canon bajo el cual realizará el control constitucional de las resoluciones judiciales (desde el examen del acto lesivo, la validez o no de una norma legal, hasta el valor probatorio de las pruebas).

Así, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 23 de su sentencia recaída en el Expediente N.º3179-2004-AA/TC (Caso Apolonia Ccollcca Ponce)<sup>194</sup>, ha establecido expresamente tres pasos que le posibilitarían el control constitucional legítimo de las resoluciones judiciales ordinarias, los cuales son los exámenes de razonabilidad, coherencia y suficiencia (canon interpretativo):

- a. Examen de razonabilidad. – Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.
- b. Examen de coherencia. – El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.
- c. Examen de suficiencia. – Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

---

<sup>194</sup> Recurso de agravio constitucional interpuesto por Apolonia Ccollcca Ponce contra una resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia). Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03179-2004-AA.html>

Además, consideramos importante que en el presente caso el Tribunal Constitucional, a pesar de asumir una interpretación flexible del proceso constitucional de amparo y de haber establecido el aludido canon interpretativo, deje expresa constancia - en su fundamento 21 - de la vigencia de criterios jurisprudenciales previos, a saber:

- a) Que el objeto de este proceso constitucional es la protección de derechos constitucionales y no el de constituir un remedio procesal que se superponga o sustituya al recurso de casación. En efecto, los procesos constitucionales de tutela de derechos no tiene por propósito, *prima facie*, verificar si los jueces, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, infringieron normas procedimentales que no incidan en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela procesal (*error in procedendo*), o, acaso, que no hayan interpretado adecuadamente el derecho material (*error in iudicando*). Pero el juez constitucional sí tiene competencia para examinar dichos errores cuando los mismos son constitutivos de la violación de un derecho fundamental.
- b) Que se utilice como un mecanismo donde pueda volverse a reproducir una controversia resuelta por las instancias de la jurisdicción ordinaria. El amparo contra resoluciones judiciales no tiene el efecto de convertir al juez constitucional en una instancia más de la jurisdicción ordinaria, pues la resolución de controversias surgidas de la interpretación y aplicación de la ley es de competencia del Poder Judicial; siempre, claro está, que esa interpretación y aplicación de la ley se realice conforme a la Constitución y no vulnere derechos fundamentales. En efecto, en el seno del amparo contra resoluciones judiciales sólo puede plantearse como pretensión que una determinada actuación judicial haya violado (o no) un derecho constitucional, descartándose todos aquellos pronunciamientos que no incidan sobre el contenido protegido de estos.

En atención de lo antes manifestado, consideramos que mientras no contemos con una Ley de Coordinación entre la justicia ordinaria y la jurisdicción indígena, los tres elementos del aludido canon interpretativo - establecidos por el propio Tribunal Constitucional - pueden ser de utilidad en la revisión que ésta instancia realice de las resoluciones provenientes de la jurisdicción indígena (respecto de los cuales se hay iniciado un proceso constitucional).

Ahora bien, reconocemos que en casos como los antes aludidos, en los cuales la jurisdicción ordinaria (a través de un proceso constitucional) evaluará la vulneración o no de los derechos humanos fundamentales producto del ejercicio de la jurisdicción indígena en un caso específico, es determinante que dichos jueces estén debidamente capacitados respecto del contenido, los alcances y los límites de dicha jurisdicción especial indígena, ello a efectos de no vulnerar o desconocer alguna de las prerrogativas de ésta.

Finalmente, coincidimos con YRIGOYEN cuando propone la conformación de tribunales mixtos conformados por jueces estatales y autoridades indígenas/comunitarias que resuelvan a través de reglas de equidad los posibles conflictos entre la jurisdicción indígena y los derechos humanos (y no con base en un solo derecho: el estatal o el derecho consuetudinario); esto con el objetivo de entender las diferentes posiciones y promover soluciones para prevenir las violaciones de los derechos<sup>195</sup>.

#### **1.7.4. Coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria**

Como anteriormente hemos mencionado, a pesar de los diversos intentos por regular normativamente los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, aún no contamos con una norma que desarrolle la disposición contenida en el último párrafo del artículo 149. A pesar de ello, esto no es impedimento para que los jueces cumplan con el mandato constitucional de coordinar.

Así, el reconocimiento de la jurisdicción indígena “debe traducirse en la búsqueda de la coordinación entre las instancias comunales de justicia y los operadores del sistema de justicia estatal, como jueces, fiscales, policías,

---

<sup>195</sup> YRIGOYEN, Fajardo. “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. En: *El otro derecho N.º 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria*. Op.cit. p. 188.



etc.”<sup>196</sup>. Al respecto, resulta interesante el análisis que realiza RUIZ MOLLEDA cuando señala que:

[...] el artículo 149 tiene claramente dos partes que desarrollan temas distintos entre sí y que son distinguibles a nivel conceptual: la primera diseña el estatuto y los elementos constitutivos de la justicia comunal; en la segunda, se establecen los criterios de conexión con la jurisdicción ordinaria. El propio texto de dicha disposición señala que la ley no desarrollará el conjunto de elementos que componen la justicia comunal, sino un ámbito más reducido y preciso, aquel relacionado con la coordinación entre la justicia comunal y la justicia ordinaria<sup>197</sup>.

Por otro lado, en el caso colombiano, no existe una ley que desarrolle la coordinación entre ambas jurisdicciones; sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado en la sentencia T 552 de 10 de julio de 2003 que:

La Constitución dispone que corresponde a la ley establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional. Sin embargo, la ausencia de esa ley no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación<sup>198</sup>.

En el mismo sentido, ARIZA sostiene que: “[...] la inexistencia de una Ley Reglamentaria de la coordinación interjurisdiccional no significa que la cooperación entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria no se pueda dar. La cooperación debe realizarse, entre otras razones, porque

---

<sup>196</sup> INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. “La reforma judicial pendiente. Hoja de ruta”. Programa Justicia Viva e Instituto de Defensa Legal, Lima, enero de 2011, p. 19.

<sup>197</sup> RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. “El fundamento constitucional de la justicia comunal”. Óp., cit., p. 151.

<sup>198</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T -552 de 10 de julio de 2003, p.2. Puede accederse al texto completo de dicha sentencia en el siguiente enlace web:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm>

de hecho la Jurisdicción Indígena existe, se ejerce y está reconocida jurídicamente por la Constitución”<sup>199</sup>.

Ahora bien, esta coordinación entre ambas instancias jurisdiccionales implica “la posibilidad de ponerse de acuerdo entre dos, de armonizar conceptos si esto posible, pero la coordinación entre sistemas demanda siempre el respeto a las instituciones y prácticas propias de cada sistema jurídico y no a la subordinación de un sistema a otro [...]”<sup>200</sup>.

En atención de los argumentos antes citados, consideramos necesario y acuciante establecer mecanismos de diálogo intercultural que permitan que las autoridades indígenas y las autoridades de la justicia estatal impartan justicia, teniendo en cuenta el respeto por los derechos humanos.

Sin dejar de tomar en cuenta lo antes mencionado, consideramos útil contar con una ley que - partiendo por reconocer la autonomía y exclusividad de la jurisdicción indígena - establezca las pautas generales de coordinación entre las autoridades indígenas que ejercen dicha jurisdicción y los operadores de la justicia ordinaria: efectivos policiales, representantes del Ministerio Público, jueces y funcionarios de los establecimientos penitenciarios, entre otros.

En este sentido, si bien constatamos la existencia de algunos mecanismos de coordinación y, eventualmente, de colaboración que se han ido configurando en la práctica, consideramos que resulta necesario y acuciante contar con un marco legal específico que, en atención estricta de la Constitución vigente y del denominado *bloque de constitucionalidad*, establezca un marco de coordinación entre ambas jurisdicciones que garantice el ejercicio cabal del

---

<sup>199</sup> ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. “*Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2010, p. 12.

<sup>200</sup> Ídem, p.16.

derecho y facultad de los pueblos indígenas a ejercer su propia jurisdicción. Al respecto, como resalta YRIGOYEN:

Si bien hay algunas prácticas de coordinación entre autoridades comunales y estatales, no se han institucionalizado mecanismos basados en una concepción democrática y pluricultural. Como parte de un *proceso de consulta nacional se debería preguntar por los mecanismos y problemas actualmente existentes*, así como respecto de las propuestas que tienen los pueblos/comunidades indígenas/campesinas y las autoridades estatales sobre esta materia<sup>201</sup> (resaltado nuestro).

Por lo tanto, de promulgarse una ley de coordinación que desarrolle el artículo 149º de la Constitución, por la gran diversidad cultural ésta deberá tener en cuenta lo siguiente:

[...] debe basarse en principios para el diálogo y la coordinación, respetando las tradiciones culturales y buscando la defensa de los derechos humanos. Debería establecerse un adecuado reparto de competencias y atribuciones en forma clara y conforme a las realidades locales, y proporcionar herramientas para coordinación no sólo con jueces sino también con fiscales, policías, defensores públicos, etc. *Ésta norma debe ser validada por los actores de la justicia estatal pero, sobre todo, por los actores comunales indígenas, respetando el derecho a la consulta*<sup>202</sup> (resaltado nuestro).

Un tema de especial importancia en el proceso de configuración de la normativa que establezca y regule los mencionados mecanismos de coordinación entre ambas jurisdicciones, será que - en tanto se tratará de una medida legislativa que los afectará directamente - el Estado tiene la obligación ineludible de garantizar el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e

---

<sup>201</sup> YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el Pluralismo legal*. Artículo correspondiente al texto de una ponencia presentada por la mencionada autora en la reunión entre congresistas y ronderos organizada por la Defensoría del Pueblo “Hacia una Ley de Rondas Campesinas” el día 2 de abril de 2002. Consulta: 10/10/2013. Disponible en: <http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>

<sup>202</sup> INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL-IDL. “La reforma judicial pendiente. Hoja de ruta”. Programa Justicia Viva e Instituto de Defensa Legal, Lima, enero de 2011, p. 21.

informada durante todas las etapas de la misma en atención de los estándares internacionales sobre la materia.

En este sentido, como bien ha recordado la Defensoría del Pueblo - en el aludido Informe Defensorial N.º 109 – en el debate correspondiente al proceso legislativo respectivo necesariamente *se debe tomar en cuenta lo siguiente:*

[...] la participación de los principales involucrados, en especial, los actores de la justicia comunal: autoridades comunales, ronderas o indígenas, *teniéndose claro que no se trata de regular su funcionamiento, sino de operativizar las obligaciones de respeto y coordinación que tienen al respecto las autoridades estatales*<sup>203</sup> (resaltado nuestro).

Ahora bien, el 5 de noviembre de 2013, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República aprobó por unanimidad el dictamen que propone la “Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia”<sup>204</sup>. Dicho proyecto reúne las propuestas de distintas instituciones del Estado (como la Defensoría del Pueblo, Poder Judicial, Ministerio de Cultura, entre otros), así como las planteadas por varias organizaciones indígenas.

Cabe señalar que dicho dictamen tiene como antecedente principal al proyecto de Ley 331/2011-PJ presentado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia al Congreso de la República (el denominado *Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia*<sup>205</sup>), durante el mes de

---

<sup>203</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 109 “Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán”*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2006, p. 32.

<sup>204</sup> Dictamen N.º 01-2013-2014 (Dictamen recaído en los proyectos de Ley 313/2011-PJ y 2751/2013/CR, con el texto sustitutorio por el cual se propone la Ley de coordinación intercultural de la justicia) de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República del Perú, del 5 de noviembre de 2013.

<sup>205</sup> El Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización intercultural de la Justicia fue constituida el día 11 de mayo de 2011 a través de la Resolución Administrativa N° 202-2011-P-PJ. Consulta: 12/12/2013.: [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_int/doc20102011-164527.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc20102011-164527.pdf).

octubre del año 2011. Dicho anteproyecto fue producto del trabajo de la *Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz*<sup>206</sup>.

Al respecto, consideramos significativo que producto del trabajo de la mencionada Comisión se hayan desarrollado durante el año 2011 tres encuentros macro regionales (en los departamentos de Chiclayo, Lima y Arequipa), en el contexto de los cuales se debatió tales iniciativas con la presencia de representantes de organizaciones de los pueblos indígenas y a través de la utilización de metodologías participativas.

Ahora bien, a nuestro parecer los principales aciertos de la propuesta de la Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia se encuentran en sus disposiciones generales y son los siguientes:

- El artículo 3° establece atinadamente como principios generales de la coordinación: a) La coexistencia de jurisdicciones de justicia; b) La interculturalidad como base de la interacción entre las jurisdicciones especial y ordinaria; c) la cooperación entre autoridades y órganos de resolución; d) La complementariedad y reconocimiento de resoluciones; y, e) El respeto a los derechos fundamentales;
- La primera disposición complementaria final reconoce un *bloque de justicia intercultural* como criterio de interpretación de la ley que integra las disposiciones constitucionales, los instrumentos internacionales (especialmente el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de

---

<sup>206</sup> A dicha Comisión se le encargó el desarrollo y el monitoreo de los “*componentes, acciones y tareas concretas de una hoja de ruta del Poder Judicial en su interrelación con la Justicia Indígena, tanto en lo referente al mutuo conocimiento de los sistemas de justicia a nivel sociológico y legal, a la coordinación entre sistemas de justicia y la resolución de conflictos entre ellos, como en lo que se refiere a la formulación de las iniciativas legislativas correspondientes, y la articulación de estas labores con aquellas propias de la Justicia de Paz*”.



Discriminación contra la Mujer y los estándares internacionales), la legislación específica del sistema jurídico nacional, así como las costumbres, valores, prácticas e instituciones propias de los pueblos indígenas.

A pesar de los aciertos generales antes reseñados, consideramos especialmente preocupante algunas disposiciones de la propuesta de ley que restringen arbitrariamente las diversas prerrogativas que tienen la jurisdicción especial indígena en la Constitución vigente y el denominado “bloque de constitucionalidad”. Entre ellas, podemos mencionar las siguientes:

- El inciso h del artículo 2 al establecer que podrán ser identificados como pueblos indígenas las comunidades campesinas y comunidades nativas, restringe su ámbito de aplicación a las rondas campesinas. Asimismo, consideramos que sería más preciso que dicha disposición cambien el término “podrá” por el de “deberá”. También mencionar que según el primer párrafo de dicho artículo solo son considerados pueblos indígenas aquellos que descienden de poblaciones que habitan en el país en la época de la colonización, restringiendo el ámbito de aplicación a aquellas poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista y del establecimiento de las actuales fronteras estatales, como lo señala el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.
- El artículo 10 restringe arbitrariamente la competencia material de la jurisdicción especial indígena respecto de los delitos de narcotráfico y de terrorismo. Al respecto, como anteriormente hemos señalado consideramos que la jurisdicción indígena es competente para resolver todo tipo de conflictos.
- Finalmente, el artículo 11 que aborda el tema de los denominados conflictos de competencia, establece que ante un conflicto entre ambas jurisdicciones estas serán resueltas mediante el dialogo de buena fe en

reuniones de trato directo hasta llegar a un acuerdo. A nuestro parecer sería adecuado incorporar que en caso no se llegué un acuerdo, dicho conflicto deberá ser resuelto en salas especializadas en temas indígenas de la Corte Superior de Justicia respectiva o en el propio Tribunal Constitucional (de manera equiparable a la facultad de éste de resolver los conflictos de competencias entre las instancias locales, regionales y nacionales de gobierno).

Después de la breve reseña de los principales aciertos y aspectos que consideramos que deben tomarse en cuenta antes de la promulgación de la mencionada ley, subrayamos la necesidad acuciante de promover un debate nacional abierto y participativo para contar lo más pronto con una norma que, respetando tanto el texto constitucional como los estándares internacionales que forman parte de su denominado “bloque de constitucionalidad”, establezca dichos mecanismos de coordinación en el marco del proceso de interculturalidad en el cual nos encontramos inmersos.

### **1.8. La jurisdicción especial indígena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano**

Además del reconocimiento explícito del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT (en tanto tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por el Estado) y, por lo tanto, su consideración expresa como parte del denominado “*bloque de constitucionalidad*” (véase *supra* 1.3), el Tribunal Constitucional peruano ha abordado algunos casos sobre los derechos de los pueblos indígenas, aunque aún no al detalle o a profundidad, el tema de la jurisdicción especial indígena.

Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional en los últimos años, salvo algunas excepciones, no ha cumplido su verdadero rol de garante de la Constitución y de los derechos humanos fundamentales, amparando, por el

contrario, los intereses de las empresas privadas en desmedro de la cabal vigencia de los derechos de los pueblos indígenas. Al respecto concordamos con LANDA cuando menciona que:

[...] en los últimos años, con nuevos jueces faltos de independencia del gobierno y de las grandes empresas, se ha producido un repliegue en la construcción jurisprudencial de la tutela de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. No obstante, la interculturalidad es un proceso social contemporáneo con profundas raíces históricas que se va insertando en las estructuras del Estado Constitucional, a pesar de los recodos de alguna jurisprudencia<sup>207</sup>.

A pesar del lamentable repliegue antes mencionado, consideramos importante aludir a algunas sentencias que reconocen el derecho consuetudinario y la jurisdicción indígena como manifestaciones del reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural del Estado, así como de las diversas prerrogativas que dicho reconocimiento conlleva.

La primera sentencia del Tribunal Constitucional que, además de aludir expresamente al *contenido cultural* de la Constitución e insistir en el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, reconoce explícitamente *el carácter multicultural y poliétnico del Estado* es la recaída en el **Expediente N.º 0042-2004-AI/TC (Impuesto a los espectáculos taurinos)**<sup>208</sup>, en cuyo primer fundamento el Tribunal manifiesta que:

El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona

<sup>207</sup> LANDA ARROYO, César. “*Interculturalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Consulta: 12/08/2013. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2012\\_04.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_04.pdf)

<sup>208</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente N.º 0042-2004-AI/TC, de 13 de abril de 2005. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: [http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html#\\_ftnref4](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html#_ftnref4)

humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú.

Consecuencia de ello es que el Tribunal Constitucional deje expresa constancia - en su segundo fundamento – que:

[...] el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural”, ello por cuanto, como expresa el Tribunal en su quinto fundamento, “en sociedades poliétnicas y multiculturales como es la sociedad peruana, el Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas. En ese sentido, el pluralismo cultural constituye un imperativo del Estado y del sistema democrático frente a la diversidad cultural.

Consideramos especialmente relevante que el Tribunal Constitucional haya ponderado en su real valía la denominada multiculturalidad (y el proceso de interculturalidad que ésta conlleva) más que como una carga (problema) como un capital humano (posibilidad) al mencionar expresamente – en su tercer fundamento - que “la multiculturalidad del Estado peruano, no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural”. En este sentido, el Tribunal cita una lúcida reflexión de Will Kymlicka, quien refiere que:

[...] la diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido cuasi estético de que crea un mundo más interesante, como porque otras culturas poseen modelos alternativos de organización social que puede resultar útil adaptar a nuevas circunstancias. Este último aspecto suele mencionar con relación a los pueblos indígenas, cuyos estilos de vida tradicionales proporcionan un modelo de relación sostenible con el entorno<sup>209</sup>.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el

---

<sup>209</sup> Ídem, párrafo 3.

**Expediente N.º 04611-2007-PA/TC (Caso de la comunidad nativa Sawawo Hito 40)** <sup>210</sup>, los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz dan un paso significativo adicional al hablar de una *Constitución Multicultural* o del *contenido multicultural de la Constitución* a partir de una lectura sistemática de aquellas disposiciones constitucionales (incluido el artículo 149 que aborda la jurisdicción especial indígena), las cuales “han recogido derechos y obligaciones no sólo de índole cultural, sino especialmente de carácter multicultural” (fundamento 6 de su voto). Tal reconocimiento de la denominada *Constitución Multicultural*, según los magistrados:

[...] marca un cambio y un distanciamiento con la igualdad formal postulada durante muchos años por el Estado liberal. En el caso de una Constitución Multicultural, la diversidad cultural pasa a ser la condición esencial que determina la construcción de un modelo distinto de Estado, donde sólo el reconocimiento de un “estatus jurídico” particular a las comunidades indígenas puede significar la presencia de una real y efectiva igualdad material, basada en la dignidad” (fundamento 8 de su voto).

Precisamente por ello, dichos magistrados insisten en la relevancia de este cambio de enfoque (en el fundamento 9 de su voto) por cuanto consideran que:

[...]sólo la comprensión de nuestra Constitución como un texto normativo marcado por esta realidad fáctica y conceptual, donde se ha otorgado autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, donde se ha reconocido el derecho a su propia lengua, a su cultura, a la libre disposición de sus tierras **y a su propia jurisdicción**; puede permitir el respeto de su existencia digna, libre e igual, tanto como grupo humano y colectivo, como por las individualidades que lo conforman, tal como lo manda el artículo 1 de nuestra Carta Fundamental; constituyendo, por otro lado, la única base sobre la cual se puede construir un nuevo contrato social inclusivo que se alimente de la pluralidad y la coexistencia pacífica y respetuosa. (resaltado nuestro).

---

<sup>210</sup> Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia recaída en el expediente N.º 04611-2007-PA/TC. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html>



Además de las dos sentencias antedichas, a nuestro parecer de singular importancia por abordar los marcos conceptuales en los cuales se ejercen los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluido el derecho de ejercer la jurisdicción especial indígena, algunas otras sentencias del Tribunal Constitucional aluden explícitamente a ésta última al reconocer su vigencia y la aplicación del derecho consuetudinario.

Así, en la sentencia recaída en el **Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias Salaverry)**<sup>211</sup>, el Tribunal Constitucional al abordar los alcances de la denominada jurisdicción arbitral deja constancia – en su fundamento 7 – que:

[...] el **reconocimiento constitucional de fueros especiales**, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139°); constitucional (artículo 202°) y de **Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°)**, no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva (resaltado nuestro).

Por su parte, en la sentencia recaída en el **Expediente N.º 03343-2007-PA/TC (Caso Cordillera Escalera)**<sup>212</sup>, el Tribunal Constitucional menciona – en su fundamento 32 – que:

[...] la libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, *y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad*, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales” (resaltado nuestro).

<sup>211</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente N.º 6167-2005-PHC/TC. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

<sup>212</sup> Tribunal Constitucional del Perú Sentencia recaída en el expediente N.º Expediente N.º 03343-2007-PA/TC. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

Del mismo modo, en la sentencia recaída en el **Expediente N.º 0022-2009-PI/TC (Caso Gonzalo Tuanama I)**<sup>213</sup>, el Tribunal Constitucional al abordar el carácter pluricultural y poliétnico del Estado reconoce – en su fundamento 4 - que las Comunidades Campesinas y Nativas tienen el derecho de “*aplicar su derecho consuetudinario*, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales” (resaltado nuestro).

Por otro lado, consideramos relevante mencionar la sentencia del **Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 00006-2009-PI/TC**<sup>214</sup> (**Inconstitucionalidad de la Ley de carrera judicial**), en la cual el magistrado Vergara Botelli en su voto particular disidente (fundamento 8), considera que el reconocimiento del carácter pluricultural y poliétnico de nuestro país añade una especial dificultad a la función del juez, debido a que:

[...] obliga a ser necesariamente un miembro más de su comunidad y poder así expresar mejor los usos y costumbres de su pueblo. La Constitución Política del Estado al considerar la vigencia del derecho consuetudinario nos está exigiendo también nacionalidad de nacimiento cerrándole la posibilidad a los extranjeros para una suerte de importación de jueces, pues lo que quiere la norma constitucional es que el juez debe ser, preferentemente, nativo del lugar de su destino.

Cabe resaltar que dicho magistrado considera además que “para que un juez pueda resolver los casos que se presentan a su decisión debe necesariamente conocer la identidad, costumbres, realidades, usos, idioma o dialecto que constituyen la realidad o base del conflicto que los interesados someten a su consideración evitando así pronunciamientos aislados de personas extrañas”, apartado en el cual dicho magistrado concuerda con la sentencia que – en su

<sup>213</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente N.º 0022-2009-PI/TC. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

<sup>214</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente N.º 00006-2009-PI/TC. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia en el siguiente enlace web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00006-2009-AI.html>

apartado 20 – consideró que “[...] el juez, al resolver un conflicto, debe tener en cuenta no sólo la aplicación objetiva del Derecho, sino la situación concreta de las partes, dentro de una cosmovisión específica en la cual éstas están insertas, tomando en cuenta su identidad, costumbres o idiomas”.

En este mismo sentido, el magistrado Landa Arroyo - en los fundamentos 2 y 5 de su voto – considera atinadamente, respecto del denominado *derecho lingüístico de los justiciables* (el derecho de toda persona de usar su propio idioma en el contexto de los procesos judiciales o procedimientos administrativos en los cuales está involucrado), que:

El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural exige, en el ámbito de la administración de justicia, que los jueces no sólo deben conocer razonablemente los elementos culturales de un pueblo en el cual llevan a cabo su labor jurisdiccional, sino que también deberían conocer su lengua [...] sólo se respeta, en los procesos y procedimientos, el contenido esencial del derecho fundamental a expresarse en su propia lengua, cuando en efecto se puede hacer valer los recursos judiciales y administrativos, orales o escritos, en su lengua originaria, sino también cuando la autoridad judicial o administrativa que vaya a decidir una controversia debe tener también un mínimo conocimiento de ella o contar con un intérprete.

Sobre dicha sentencia, CLAVERO menciona que el Tribunal Constitucional antes de seguir optando por la improbable naturalización del juez “de afuera” (de la justicia ordinaria) debió optar por la justicia indígena, esto al señalar que:

Si es tan importante a efectos incluso constitucionales que el juez esté integrado en la comunidad y muy especial en el caso de que la misma sea indígena, ¿por qué no se cuenta con la jurisdicción comunitaria en vez de empeñarse en la improbable naturalización del juez o jueza de fuera? La Ley, está claro, opta por la jurisdicción no indígena, pero ¿Por qué el Tribunal Constitucional no la toma en consideración una vez que adopta y enfatiza la doctrina de la comunitarización de la justicia?<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> CLAVERO, Bartolomé. “Perú: estatuto judicial, Tribunal Constitucional, jurisdicción indígena”. En: *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América Indígena*. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), Dinamarca, 2011, p. 173.

Sobre el particular, a nuestro parecer el Tribunal Constitucional debió optar por desarrollar con mayor detalle el tema de la justicia indígena reconocida en la Constitución Política del Perú y en los principales instrumentos internacionales del cual el Estado peruano es parte.

### ***El caso de la Comunidad Nativa Tres Islas:***

La sentencia del Tribunal Constitucional del caso de la comunidad nativa Tres Islas recaída en el Expediente N.º 01126-2011-HC/TC constituye un importante avance jurisprudencial en materia de los derechos de los pueblos indígenas, en la cual el Pleno de dicho Colegiado reconoce explícitamente los mecanismos de defensa de los territorios comunales de los pueblos indígenas como manifestaciones de su autonomía. Así, el Tribunal Constitucional al resaltar que el Constituyente ha dispuesto, en los artículos 2 inciso 19; 48; 89; 149 y 191; que:

[...] los pueblos indígenas han sido proveídos de herramientas legales cuyo objeto es proteger su existencia y su cosmovisión. De esta manera se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse siempre dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, el dialogo intercultural, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno<sup>216</sup>.

Otro aspecto relevante de la sentencia del Tribunal Constitucional es cuando se refiere al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (“derecho a la autodeterminación” según el Tribunal), al señalar que:

[...] el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y su aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta

---

<sup>216</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 01126-2011-HC/TC. Madre de Dios. Caso de la comunidad nativa Tres Islas, del 11 de setiembre de 2012, párrafo 16.

sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas<sup>217</sup>.

Por otro lado, resulta fundamental que el Tribunal Constitucional se haya referido al derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas, debido a que con base en dicho derecho los pueblos indígenas eligen libremente el modo de organizarse. Es decir, tener su *propio sistema jurídico* y político para alcanzar su desarrollo social, económico y cultural en condiciones de igualdad respecto de otros.

El Tribunal Constitucional reconoce que la decisión de la comunidad nativa Tres Islas de impedir el ingreso de los vehículos de las dos empresas de transportes, en tanto mecanismo de defensa de su derecho a la propiedad comunal de su territorio, es una legítima manifestación de su autonomía indígena. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional consideró que la medida adoptada por la comunidad más que propiamente una decisión jurisdiccional fue una manifestación de dicha autonomía (no jurisdiccional). Así, el Tribunal manifestó que:

[...] la finalidad de la función jurisdiccional comunal o indígena es la de resolver conflictos interpersonales sobre la base del derecho consuetudinario [...]. En efecto, la Comunidad Nativa Tres Islas, mediante sus representantes, no resolvió un conflicto interpersonal, sino que plasmó una medida sobre el “uso y la libre disposición de sus tierras”, en virtud de la autonomía reconocida por el artículo 89 de la Constitución<sup>218</sup>.

En conclusión consideramos que la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la comunidad nativa Tres Islas constituye un hito y un significativo precedente en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente de su derecho a la libre determinación, su derecho a la autonomía y su derecho a la propiedad colectiva de su territorio comunal. En este sentido, se trata de una decisión que aporta en beneficio del ineludible y

---

<sup>217</sup> Ídem, fundamento 23.

<sup>218</sup> Ídem, fundamento 41.



acuciante proceso de interculturalidad en marcha en nuestro país. Además constituye un esfuerzo del Tribunal Constitucional por abordar en su debida complejidad la temática de los derechos de los pueblos indígenas intentando dejar atrás concepciones reduccionistas y simplistas.

### ***El caso de la comunidad campesina de Aucallama***

Finalmente, luego del avance que constituyó la sentencia del caso de la comunidad nativa Tres Islas, el Tribunal Constitucional en el caso de la comunidad campesina de Aucallana, recaída en el Expediente N.º 00220-2012-PA/TC, omitió pronunciarse sobre la jurisdicción indígena, perdiendo una gran oportunidad para su respectivo análisis.

Se trata de un caso donde la Asamblea Comunal con base en su autonomía decide expulsar a Mago Isabel Tello Ramos y otros (miembros de una anterior junta directiva) por la comisión de varios delitos en agravio de la comunidad (delitos de asociación ilícita para delinquir, fraude en la administración de personas jurídicas, estafa y apropiación ilícita).

Frente a esta decisión, con fecha 29 de enero de 2010, Mago Isabel Tello Ramos y otros interponen demanda de amparo contra la comunidad campesina de Aucallama, solicitando al Tribunal Constitucional que ordene se les restituya sus derechos como miembros de la mencionada comunidad. Los demandantes refieren que han sido cesados como comuneros de manera irregular, y que la comunidad ha lesionado sus derechos constitucionales.

El presidente de la comunidad responde a dichas acusaciones, manifestando que los demandantes estuvieron presentes e hicieron sus respectivos descargos en la asamblea comunal. Sin embargo, de la lectura de la sentencia se evidencia un desconocimiento de las facultades jurisdiccionales de las comunidades campesinas por los representantes de la comunidad para su respectiva defensa.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo, para la cual declaró inaplicable la decisión contenida en el acta comunal de fecha 2 de marzo de 2008 y ordenó a la comunidad que reponga a los demandantes en su condición de comuneros.

El Tribunal Constitucional para sostener su decisión analiza los hechos desde la figura del *procedimiento disciplinario sancionador en las organizaciones de interés público – comunidades campesinas o nativas en el Perú* (sic) utilizando para ello lo dispuesto en los artículos 89 de la Constitución y en el artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas N.º 24656<sup>219</sup>, en vez de utilizar el artículo 149 de la Constitución, 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT y 3, 4, 34 y 35 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, principalmente, normas que reconocen la administración de justicia de las comunidades campesinas.

Finalmente, coincidimos con RUIZ MOLLEDA cuando señala que “[...] debió ser más claro el TC, cuando declaró fundada la demanda, debiendo pedirle a la comunidad que se vuelva a pronunciar, en claro respeto a la autonomía de la justicia indígena, la cual no está subordinada a la justicia ordinaria [...]”<sup>220</sup>.

### **1.9. La jurisdicción especial indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**

En el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la República, específicamente en el contexto de su Sala Penal Permanente, se han emitido algunas

---

<sup>219</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 00220-2012-PA/TC, de 3 de octubre de 2012. Fundamentos 3 y 4 de la sentencia.

<sup>220</sup> RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La justicia comunitaria en la jurisprudencia peruana: entre el acceso a la justicia y la autodeterminación*. En: GALVEZ RIVAS, Aníbal y SERPA ARANA, Cecilia. *Justicia intercultural en los países andinos contribuciones para su estudio*. Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria, Lima, 2013, p. 326.

sentencias de interés relacionadas al ejercicio de la jurisdicción especial indígena en casos concretos de procesos penales iniciados respecto de miembros de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas quienes ejercitaron la jurisdicción indígena en sus respectivos ámbitos de actuación.

De la lectura de dichas sentencias, es posible reseñar sucintamente algunos criterios jurisprudenciales que se han estado utilizando en estos supuestos de criminalización de actos desarrollados – en su mayoría por miembros de rondas campesinas - en ejercicio de una facultad constitucional y legal<sup>221</sup>:

- Se reconoce la facultad de las rondas campesinas de defensa y cooperación frente al delito común (en atención del artículo 6 de la Ley N.º 2456 concordado con el artículo 149 de la Constitución). Dicha facultad a través de la cual las rondas campesinas se organizan (lo cual no constituye delito de coacción) no puede ser, sin embargo, extralimitada por cuanto ello conllevaría la pérdida de la cobertura constitucional y legal de dicha prerrogativa (Expediente N.º 4382-97 procedente de Piura);
- Se reconoce que tanto las comunidades campesinas como las rondas campesinas autónomas, en tanto ejercen jurisdicción indígena manteniendo el orden público en el ámbito de sus respectivos ámbitos geográficos, no cometen los delitos de coacción, extorsión, secuestro y/o

---

<sup>221</sup> Reseña realizada en atención de los fragmentos de sentencias y resúmenes incluidos en las siguientes publicaciones:

LA ROSA CALLE, Javier & RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2010, pp. 117 – 119.

INSTITUTO PERUANO DE EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS Y LA PAZ – IPEDEHP. *Criminalización de la Pluralidad Jurídica*. Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz, Lima, 2011, pp. 109 -111.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El reconocimiento estatal de las rondas campesinas. Normas y Jurisprudencia*. Serie Documentos Defensoriales – Documento N.º 11. Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, pp. 143 -157.

usurpación de funciones, en la medida que estarían en uno de los supuestos de hecho del inciso 8 del artículo 20 del Código Penal que exime de responsabilidad penal *al que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo* (Expedientes N.º 4086-2001 procedente de Cajamarca; N.º 975-2004 procedente de San Martín; N.º 625-2008 procedente de Amazonas; entre otras); y,

- Se reconoce que tanto las comunidades campesinas como las rondas campesinas (sean o no parte de éstas últimas), pueden - en el ejercicio de sus funciones - detener a personas, privaciones de la libertad que no constituyen delitos de secuestro (Expedientes N.º 5622-97 procedente de Piura; N.º 764-2004 y N.º 1523-2004 procedentes de Cuzco; N.º 3473-2004 procedente de Cajamarca; N.º 752-2006 procedente de Puno; N.º 625-2008 procedente de Amazonas; entre otros).

Además de los criterios jurisprudenciales antes reseñados, contenidos en varias de sus sentencias, en el ámbito de dicha instancia del Poder Judicial y precisamente respecto de diversas Ejecutorias Supremas *que analizan y deciden sobre la relevancia jurídico penal de los diferentes delitos imputados a los que integran Rondas Campesinas o Comunales*, se ha emitido el Acuerdo Plenario N.º 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema sobre “*Rondas Campesinas y Derecho Penal*” (calificada por la propia Corte Suprema como precedente vinculante), cuyos principales considerandos, fundamentos y conclusiones son materia de análisis al abordar el tema de las rondas campesinas como sujetos titulares de la jurisdicción especial indígena en el caso peruano (véase *infra* 1.5.1.5).

Como hemos podido constatar, a diferencia de otras Cortes Supremas, como el caso de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la Corte Suprema de Perú no tiene un desarrollo jurisprudencial significativo sobre la temática específica de la jurisdicción especial indígena, circunscribiéndose casi exclusivamente al

ámbito penal antes referido: supuestos de hecho de miembros de comunidades campesinas y rondas campesinas procesados penalmente por algunos delitos (secuestro, coacción, usurpación de funciones, entre otros) por ejercer dicha jurisdicción indígena.





## CAPÍTULO II

### EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL CASO PERUANO

Abordada la temática de la jurisdicción indígena como una manifestación del derecho a la libre determinación y de la autonomía de los pueblos indígenas, en el presente capítulo trataremos los principales aspectos que consideramos de relevancia para una comprensión general del control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

A continuación desarrollaremos el origen histórico del control difuso relacionado al *principio de supremacía de la Constitución*; su contenido y alcances según la normativa nacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; su carácter de facultad no privativa de los jueces o tribunales ordinarios (ni del Poder Judicial); su especial rol en la consolidación y defensa del denominado *bloque de constitucionalidad*; y, la importancia del ejercicio del denominado *control de convencionalidad* como un mecanismo complementario del mismo.

De este modo, dicha comprensión general nos posibilitará, teniendo presentes la naturaleza, contenido y alcances de la jurisdicción indígena (abordadas en el primer capítulo), sustentar la viabilidad de su aplicación por parte de la jurisdicción indígena (tercer capítulo), mecanismo útil - a su vez - para la protección de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas (cuarto capítulo).

## **2.1. Origen histórico del control difuso de la constitucionalidad de las leyes: El principio de supremacía de la Constitución**

El denominado *control difuso de la constitucionalidad de las leyes* puede ser definido, en términos generales, como aquella facultad de cualquier juez o tribunal de declarar la inaplicabilidad de una norma de rango legal o de inferior jerarquía que contravenga la Constitución (sea formal o materialmente) en el contexto de algún caso concreto sometido a su competencia. La inaplicación de la norma en dicho caso concreto solo tiene efecto *inter partes*.

Cabe precisar que además del control difuso existe otro modelo de control de constitucionalidad denominado como el *control concentrado*, en el cual, dicha facultad es detentada por una sola instancia, se trate de la Sala Constitucional de algún Tribunal Supremo de Justicia o de un Tribunal Constitucional en tanto entidad autónoma (como en el caso peruano).

A continuación realizaremos una sucinta reseña del proceso histórico de este mecanismo de control constitucional indisoluble imbricado al denominado *principio de supremacía de la Constitución*.

### **2.1.1. Disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos de América en las cuales se fundamentó el *principio de la supremacía de la Constitución***

Si bien podemos encontrar antecedentes a la formulación del *principio de la supremacía de la Constitución*, como por ejemplo en la sentencia de inicios del siglo XVII en la cual el juez Edward Coke (en el caso de Thomas Bonham) afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey<sup>222</sup>, la posibilidad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (“*judicial review*” en el ámbito anglosajón), históricamente se remonta - en su formulación explícita - a una sentencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América del día 24 de febrero de 1803, recaída en el Caso *Marbury versus Madison*<sup>223</sup>.

La Corte Suprema mencionada, presidida por el juez John Marshall, estableció en dicha sentencia los fundamentos del denominado *principio de la supremacía de la Constitución* a partir de la interpretación de dos disposiciones concretas de la Constitución mencionada. Las referidas disposiciones en las cuales el juez John Marshall basó su interpretación son las siguientes<sup>224</sup>:

Artículo III, Sección 2 (primer párrafo):

**El Poder Judicial tendrá jurisdicción en todos los casos, que de acuerdo con la Ley y la equidad dimanen de esta Constitución**, así como de los tratados concertados o por concertarse, bajo su autoridad; en todos aquellos que conciernan a embajadores, ministros y cónsules; en todos los que caigan en la jurisdicción del almirantazgo y la marina; en las controversias en las que los Estados Unidos sean parte; en las desavenencias entre dos o más Estados; en las que surjan entre un Estado y los ciudadanos de otra entidad” (resaltado nuestro).

<sup>222</sup> FERNANDEZ MARQUEZ, Mario. *Control difuso de la Constitucionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano* (página 6). Consulta: 02/08/2013. Disponible en: <http://mariofernandezmarquez.files.wordpress.com/2010/05/controldifusodelaconstitucionalidadenelsistemajuridicomexicano.pdf>

<sup>223</sup> Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, del 4 de febrero de 1803, recaída en el Caso *Marbury versus Madison*. Consulta: 06/08/2013. Puede accederse al texto completo de la sentencia (en inglés) en el siguiente enlace web: [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0005\\_0137\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html)

<sup>224</sup> La versión en español de las disposiciones de la Constitución Norteamericana han sido transcritos de: RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso N° XXIII, 2002, p., 40.

Artículo VI (segundo y tercer párrafos):

Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se dictaren y todos los tratados celebrados o que se celebren con la autoridad de los Estados Unidos, **deberán considerarse la ley suprema en el país; y los jueces de cada Estado acatarán lo que ella disponga, sin considerar lo que dispongan en contrario la Constitución o las leyes de cada Estado** (resaltado nuestro).

Los senadores y representantes mencionados, así como los miembros de las diversas legislaturas estatales, y **todos los funcionarios de los Poderes ejecutivo y judicial**, tanto de los Estados Unidos como de los diferentes Estados, **se obligarán por juramento o promesa a sostener esta Constitución** pero jamás se exigirá profesión de fe religiosa como requisito para ocupar un empleo o cargo público de los Estados Unidos (subrayado nuestro).

Ahora bien, como podemos constatar, dichas disposiciones constitucionales establecen claramente:

- a) Un ámbito significativo de facultades a la jurisdicción del Poder Judicial en el ámbito del sistema federal norteamericano;
- b) La preeminencia de la Constitución respecto de otras leyes y constituciones en cuanto *ley suprema* en el país; y,
- c) La obligación de los funcionarios de todos los poderes de garantizar su vigencia; como abordaremos inmediatamente, el juez John Marshall, a partir de dichas disposiciones, configura el contenido del *Principio de la Supremacía de la Constitución* y la facultad *de ejercicio obligatorio* de los jueces (dimanante de dicho principio) de inaplicar una norma - en el contexto de un caso concreto - en tanto contravenga la Constitución.

### 2.1.2. Argumentos relevantes del fallo *Marbury versus Madison* de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica

A continuación transcribiremos los principales argumentos de la aludida sentencia relacionados directamente a la configuración del *principio de*

*supremacía de la Constitución*, transcripción que consideramos de interés por la consistencia y secuencia lógica de sus argumentos (subrayado nuestro en todos los casos):

[...] **los preceptos así establecidos [en la Constitución] deben considerarse como fundamentales; y como la autoridad de la cual proceden es suprema, y actúa con rareza, están destinados a ser permanentes.**

Esta voluntad original y suprema es la que organiza el gobierno y asigna a las diversas dependencias sus respectivos poderes. Puede abarcar hasta allí o bien establecer ciertos límites que no deberán ser traspuestos por esas dependencias.

[...] Las facultades de la legislatura están definidas y circunscritas; y para que esos límites no sean confundidos u olvidados hay una Constitución escrita. **¿Con cuáles fines se limitan los poderes y cuál el objeto de que esa limitación se consigne por escrito, si esos términos pueden, en cualquier tiempo, ser traspasados por aquellos a quienes se trata de confinar?** La diferencia entre un gobierno con poderes restringidos y otro con facultades ilimitadas, está abolida si esos límites no confinan a la persona con respecto a la cual aquéllos se imponen, y si los actos que se prohíben y los que se permiten requieren iguales obligaciones. El hecho de que la Constitución controle cualquiera disposición legislativa incompatible con ella; o de que la legislatura modifique la Constitución mediante un decreto común, entraña una proposición tan simple que no amerita discutirse.

**Entre estas alternativas no hay término medio. La Constitución es una ley excelsa, inmodificable por los medios ordinarios, o bien se encuentra en un mismo plano con las disposiciones legislativas comunes y, a semejanza de otros actos, es alterable cuando a la legislatura le plazca modificarla.** Si la primera parte de la alternativa es la cierta, entonces, una disposición legislativa que se oponga a la Constitución, no es una ley; si la correcta es la última parte, las constituciones escritas resultan ser intentos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia esencia, es ilimitable.

En realidad, todos aquellos que han formulado constituciones escritas, las consideran como si fueran **la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno así estructurado debe considerar nulo todo decreto de la legislatura que se oponga a la Constitución.** Esta teoría se adhiere esencialmente a una constitución



escrita y, por tanto, esta Corte debe estimarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. Así pues, no debe perderse de vista una consideración ulterior de este asunto.

Así pues, **si una ley es contraria a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso determinado, de modo que el tribunal deba decidir ese caso conforme a la ley, sin tener en cuenta a la Constitución; o bien, conforme a ésta y sin considerar la ley; el tribunal debe determinar cuál de estos ordenamientos en pugna debe normar el caso. Lo anterior radica en la esencia misma del ejercicio de la justicia. Si entonces los tribunales se basan en la Constitución y ésta es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislatura, la Constitución, y no ese decreto común, debe regir el caso al cual ambas se aplican [...]**

Así pues, la terminología particular de la Constitución de los Estados Unidos, **reitera y fortalece el principio, que se supone esencial en todos estos instrumentos escritos, de que una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, así como otras dependencias, quedan obligados por ese instrumento.**<sup>225</sup>

En atención de los fundamentos seleccionados antes transcritos, consideramos de utilidad el esfuerzo que realiza NINO de sistematizar la secuencia lógica del razonamiento del juez John Marshall en base a algunas premisas y una conclusión:

Premisa 1. El deber del poder judicial es aplicar la ley.

Premisa 2. Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra.

Premisa 3. La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.

Premisa 4. La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser válida.

Premisa 5. La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso.

Premisa 6. El Congreso está limitado por la Constitución.

---

<sup>225</sup> La versión en español de los principales fundamentos del Juez John Marshall en el contexto del Caso *Marbury versus Madison* han sido transcritos de: RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso N° XXIII, 2002, pp. 41 – 43.

Premisa 7. Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: Una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial<sup>226</sup>.

Ahora bien, como podemos constatar luego de la lectura de los principales fundamentos de la sentencia en el *Caso Marbury contra Madison*, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*) tiene un origen histórico relacionado directamente a la consolidación de los denominados tres poderes del Estado. Así, como sostiene LANDA:

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico de mecanismos jurisdiccionales orientados a salvaguardar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, superando así la concepción de la pretendida soberanía parlamentaria que consideraba a la ley y a los códigos como las máximas normas del ordenamiento jurídico nacional<sup>227</sup>.

Al respecto, CLAVERO resalta que:

[...] antes de la estricta *judicial review* existe la lata *jury review*. Podría pensarse que estamos transitando entre jurisdiccionalismos, pasando de uno de derecho de tradición a uno de derecho de libertad, pero hay un factor ya no jurisdiccional que se cruza, precisamente el del poder legislativo presidiendo una trinidad de poderes. Ahora es cuando está inventándose el constitucionalismo y ahora es cuando entrará como principio la separación de poderes<sup>228</sup>.

Por lo tanto, se destaca el rol del Poder Judicial respecto de la Constitución en tanto instrumento que contiene la propia configuración de las reglas de juego de los tres poderes, en relación con esto CLAVERO señala que: “Desde temprano, entrándose en el siglo XIX, sería en cambio el poder judicial y en

<sup>226</sup> Citado por FERNANDEZ MARQUEZ, Mario. *Control difuso de la Constitucionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano*. Op. cit., p. 12.

<sup>227</sup> LANDA ARROYO, César. *El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: CASTILLO FREYRE, Mario (Editor). Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje (páginas 105 -138). Lima, PALESTRA EDITORES S.A.C, 2009, p. 119.

<sup>228</sup> CLAVERO, Bartolomé. *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 76.

especial el de la Federación, mediante la judicial review, el que acabará asumiendo el papel de intérprete de las reglas de juego ordinario de los poderes”<sup>229</sup>.

En este contexto, el control difuso no sólo constituye un mecanismo jurídico sino también político, directamente relacionado a una Constitución viva y dinámica – “*living constitution*” – “[...]donde la creación del Derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva”<sup>230</sup>, contexto en el cual “[...]resulta el jurisdiccional de control constitucional indudablemente otro poder, éste sobrevenido, a la sombra densa y larga que arrojan los poderes constitucionales numerarios”<sup>231</sup>.

### **2.1.3. El principio de supremacía de la Constitución como fundamento del control difuso de la constitucionalidad de las leyes**

De la sucinta revisión de los fundamentos de la sentencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América en el *Caso Marbury versus Madison* y sus principales alcances, podemos colegir que el denominado *principio de supremacía de la Constitución* puede formularse en términos sucintos como aquel según el cual la Constitución – en tanto se considera la norma suprema de cualquier ordenamiento jurídico - prevalece respecto de cualquier ley, reglamento u otra norma del mismo, así como respecto de cualquier decisión contenida en un acto administrativo (en caso de conflicto entre ésta y aquellos).

---

<sup>229</sup> CLAVERO, Bartolomé. *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Ídem, p. 107.

<sup>230</sup> LANDA, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Vigésimo Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 22.

<sup>231</sup> CLAVERO, Bartolomé. *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Ídem, p. 273.

Así, el *principio de supremacía de la Constitución* en tanto sustento material que posibilita garantizar dicha supremacía constitucional se constituye, a través de esta tarea, en uno de los fines esenciales del Derecho Procesal Constitucional junto con la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Asimismo, se trata de un principio que se constituye en el fundamento teórico que sustenta la jerarquía normativa entre las normas pertenecientes a un determinado sistema u ordenamiento jurídico. En este sentido, KELSEN refiere que:

Como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico que se pretende conocer [...]. La Constitución es pues la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y la forma como estos órganos habrán de proceder. Es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del ordenamiento estatal<sup>232</sup>.

Ahora bien, la supremacía o jerarquía de la Constitución en el ámbito de los ordenamientos jurídicos es tanto material como formal. Así, como sostiene LANDA, la supremacía material de la Constitución se fundamenta en dos elementos:

Uno, por su origen, por cuanto la Constitución es emanación del poder constituyente, que en un sistema democrático es la fuente de legitimación del poder político y el orden jurídico. Dos, por su contenido, en la medida que la Constitución expresa jurídicamente los contenidos esenciales que integran a dicha comunidad, es decir los derechos fundamentales y la organización del poder político<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> KELSEN, Hans. “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*” (Traducción al español de Rolando Tamayo Salmorán). En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Número 10 (Julio – Diciembre de 2008), p. 11.

<sup>233</sup> Citado por LANDA, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Vigésimo Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Op. cit., p. 29.

Respecto de la supremacía formal de la Constitución, la misma se encuentra, en el caso peruano, establecida en el artículo 51° de la Constitución Política de 1993 la cual dispone - en su primer párrafo – que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”.

Por consiguiente, según LANDA de la disposición mencionada se derivan dos consecuencias específicas “[u]na, que la Constitución es una *lex legis* –ley de leyes- en tanto se encuentra en el vértice de las demás normas y prima en caso de conflicto sobre ellas, y; *norma normarum* –norma fuente de normas- en tanto constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico”<sup>234</sup>.

En términos equivalentes, el Tribunal Constitucional al abordar la supremacía normativa de la Constitución, en su sentencia recaída en el expediente N° 00005-2007-PI/TC (sobre la vigencia de la justicia militar policial), ha mencionado que ésta se encuentra garantizada en sus dos vertientes:

[...]tanto aquella *objetiva*, conforme a la cual la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico (artículo 51°: la Constitución prevalece sobre toda norma legal y así sucesivamente), como aquella *subjetiva*, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°: el poder del Estado emana del pueblo, quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen), o de la colectividad en general (artículo 38°: todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación), puede desconocer o desvincularse respecto de sus contenidos.<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> Citado por LANDA, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Vigésimo Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Op. cit., p. 29.

<sup>235</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente N.° 00005-2007-PI/TC, del 26 de agosto de 2008, fundamento 6.



Consideramos relevante que el Tribunal Constitucional además haya reconocido explícitamente que dicha fuerza normativa de la Constitución conlleva lo siguiente:

i) una *fuerza activa*, entendida como aquella capacidad para innovar el ordenamiento jurídico, pues a partir de ella existe una nueva orientación normativa en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, derogando expresa o implícitamente aquellas normas jurídicas infraconstitucionales que resulten incompatibles con ella (en las que precisamente se produce un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida); y ii) una *fuerza pasiva*, entendida como aquella capacidad de resistencia frente a normas infraconstitucionales que pretendan contravenir sus contenidos [Exp. 00047-2004-AI/TC FJ 56]<sup>236</sup>.

Respecto de la importancia de estas dos fuerzas es precisamente a las cuales LANDA se refiere al sostener que:

[...] la Constitución y el principio de la supremacía constitucional han ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del Derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados; lo cual no es sólo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el Derecho, la jurisprudencia. La propia jurisdicción y el rol de la judicatura<sup>237</sup>.

De hecho, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia citada, a partir del reconocimiento de dicha fuerza normativa, reconoce la especial importancia que la interpretación constitucional tiene para garantizar dicha supremacía, la cual se concretiza precisamente a través de los dos mecanismos de control constitucional de las leyes que la Constitución Política de 1993 ha establecido para tales efectos; es decir, el control difuso y el control concretado. En este sentido, el Tribunal sostiene que:

---

<sup>236</sup> Ídem, fundamento 7.

<sup>237</sup> LANDA, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Vigésimo Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Op. cit., p. 30

Si bien la aludida vinculatoriedad de la Norma Fundamental exige que los sujetos obligados (ciudadanos, poderes públicos, etc.), a fin de efectivizar el respectivo contenido constitucional deban realizar ejercicios interpretativos, tal interpretación siempre debe tomar en consideración aquella realizada por los intérpretes especializados y autorizados en definitiva para interpretar y controlar la Constitución. [...] tal norma suprema ha establecido que los intérpretes especializados de esta sean los jueces ordinarios (artículo 138º: en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera), y que en definitiva, como Supremo Intérprete de la Constitución se encuentre el Tribunal Constitucional (artículo 201º: el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, artículo 204º: la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto, entre otros)<sup>238</sup>.

## **2.2. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la normativa nacional vigente**

Partiendo por realizar una breve reseña histórica de los antecedentes constitucionales del control difuso en el caso peruano, analizaremos las diversas disposiciones de la normativa nacional vigente (Constitución Política de 1993, Código Procesal Constitucional y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) que abordan explícitamente el control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

### **2.2.1. Antecedentes constitucionales del control difuso en el caso peruano**

A pesar de la preexistencia de los antecedentes históricos del control difuso de la constitucionalidad de las leyes y del temprano reconocimiento de la Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico (reconocimiento explícito desde las primeras Constituciones), la posibilidad de que los jueces o tribunales inapliquen en un caso concreto una norma que contravenga la

---

<sup>238</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 00005-2007-PI/TC., fundamentos 24 y 25.

Constitución ha sido - en el caso de la historia constitucional peruana - producto de un proceso lento.

Al respecto, como señala LANDA, este lento proceso ha estado caracterizado por una historia constitucional que “[...] ha sido pródiga en la dación de textos constitucionales y en la incorporación nominal de modernas instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el ejercicio del poder con plena lealtad constitucional de sus gobernantes”.<sup>239</sup> Precisamente por ello, dicha historia constitucional da cuenta de lo siguiente:

[...] una precaria vida democrática [...] lo que siempre ha dado lugar a que los poderes fácticos – económicos, políticos o sociales – de carácter coyuntural o estructural, suplieran o convivieran con las frágiles instituciones tanto políticas como jurídicas del Estado peruano, profundizando más la disonancia entre la norma constitucional y la normalidad constitucional, así como limitando, gravemente, la realización de la Constitución<sup>240</sup>.

### **La Constitución Política de la Monarquía Española de 1812**

En este contexto, aún antes de la independencia, la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 estableció en su artículo 372 que: “Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presente para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella”<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra Editores, 2003 (Segunda edición corregida y aumentada), p. 71.

<sup>240</sup> Ídem, p. 73

<sup>241</sup> Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, denominada Constitución de Cádiz. Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Consti1812.pdf>

Así, desde aún antes del inicio de la vida republicana se reconocía la supremacía normativa de la Constitución, estableciéndose que las infracciones a la misma deben ser corregidas, además de preverse que quienes la hayan contravenido deben ser sujetos de responsabilidad y, por ende, sancionados.

### **La Constitución Política de la República Peruana de 1823**

Por su parte, la Constitución Política de la República Peruana de 1823, primera Constitución de la vida republicana del Perú, reconoció explícitamente la supremacía de la Constitución al dedicar su Capítulo IV de la Sección Tercera a la *Observancia de la Constitución*<sup>242</sup>. En este sentido, estableció en su artículo 186 que: “El primer cuidado del Congreso, luego después de la apertura de sus sesiones, será examinar las infracciones de la Constitución que no se hubieren remediado, a fin de decretar lo necesario para que se haga efectiva la responsabilidad de los infractores”.

Por su parte, su artículo 187 estableció que: “Todo peruano debe reclamar ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo, o ante el Senado la observancia de la Constitución, y representar fundadamente las infracciones que notare”. Asimismo, su artículo 188 mencionó que: “Todo funcionario público, de cualquier fuero que sea, al tomar posesión de su cargo, ratificará el juramento de fidelidad a la Constitución, prometiendo bajo de él cumplir debidamente sus obligaciones respectivamente”.

### **La Constitución Política del Perú de 1826**

La Constitución Política de 1826 insiste en que las facultades de cada instancia que ejerce una función del poder se sujetarán a lo establecido en la Constitución en tanto norma de mayor jerarquía. Así, su artículo 10 señaló que:

---

<sup>242</sup> Constitución Política de la República Peruana de 1823. Puede accederse a dicho texto constitucional a través del siguiente enlace web: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1823.pdf>

“Cada Poder ejercerá las atribuciones que le señala esta Constitución, sin excederse de sus límites respectivos”.<sup>243</sup>

En el mismo sentido, su artículo 150 manifestó que: “Los Poderes Constitucionales no podrán suspender la constitución, ni los derechos que correspondan a los peruanos, sino en los casos y circunstancias expresadas en la misma Constitución, señalando indispensablemente el término que deba durar la suspensión”.

Por su parte el artículo 12 señaló que es deber de todos los peruanos “Vivir sometido a la Constitución y a las leyes”. Esta Constitución refirió además una serie de mecanismos para sancionar las infracciones de la Constitución: a) El inciso 4 del artículo 47 estableció que es una de las atribuciones del Senado “La iniciativa de las leyes que repriman las infracciones de la Constitución y de las leyes, por los magistrados, jueces y eclesiásticos”; b) El artículo 51 manifestó que son atribuciones de la Cámara de Censores “1. Velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los Tratados Públicos. 2. Acusar ante el Senado, las infracciones que el Ejército haga de la Constitución, las leyes, y los Tratados Públicos”.

### **Las Constituciones de 1828, 1834, 1836, 1839 y 1856**

Las Constituciones de 1828, 1834, 1836, y 1839 establecieron – con algunos matices – disposiciones equivalentes a las contenidas en el aludido Capítulo IV de la Sección Tercera de la Constitución Política de 1823 relacionadas a la observancia de la Constitución, estableciendo la obligación del Congreso de velar por su observancia y sancionando a sus infractores (control político).

---

<sup>243</sup> La Constitución Política del Perú de 1826. Puede accederse a dicho texto constitucional a través del siguiente enlace web: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1826.pdf>



Por su parte el artículo 10° de la Constitución de 1856<sup>244</sup> refirió que “[e]s nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicos, y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes”.

Si bien nos encontramos ante una disposición novedosa que constituyó un avance y un antecedente del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, ésta no conllevó propiamente el establecimiento de un mecanismo específico de control, por cuanto, como señala LANDA, “esta disposición no tuvo desarrollo legislativo ni desarrollo jurisprudencial, debido a que dicha Constitución duró sólo cuatro años y que el Derecho público, de entonces, estaba aún inmaduro para desarrollar una institución, propia de la siguiente centuria”.<sup>245</sup>

### **La Constitución para la República del Perú de 1920**

La Constitución para la República del Perú de 1920 si bien no hace aún alusión explícita al control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al incorporar en el último párrafo de su artículo 24 el *Hábeas Corpus* como una garantía constitucional al señalar que “[l]a persona aprehendida o cualquiera otra podrá interponer conforme a la ley el recurso de Habeas Corpus por prisión indebida”<sup>246</sup>, estableció un mecanismo a través del cual los tribunales empezaron a ejercitar algunos atisbos de dicho control difuso de la constitucionalidad de las leyes en el contexto de la defensa del ejercicio del derecho a la libertad personal.

---

<sup>244</sup> Constitución de la República Peruana dada el 13 de octubre de 1856 y promulgada el 19 de octubre del mismo año. Puede accederse a dicho texto constitucional a través del siguiente enlace web: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1856.pdf>

<sup>245</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Op. cit., p. 92

<sup>246</sup> Constitución para la República del Perú, dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920. <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1920.pdf>

Antes de abordar el primer reconocimiento explícito en el ámbito constitucional peruano del control difuso de la constitucionalidad de las leyes – el cual se concretó en la Constitución Política de 1979 - consideramos relevante dar cuenta de dos antecedentes de dicha facultad jurisdiccional en la normativa nacional legal (infra constitucional):

- En primer lugar, el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 estableció expresamente que: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”<sup>247</sup>. Si bien en el ámbito doctrinario la disposición mencionada fue bien recibida, en la práctica tal disposición no fue aplicada y menos aún desarrollada por la jurisprudencia debido principalmente al temor de los jueces en aplicarla<sup>248</sup>.
- En segundo lugar, el artículo 8 del Decreto Ley N.º 14605 “Ley Orgánica del Poder Judicial” (promulgada en 1963 por el gobierno de facto de Pérez Godoy) establecía que “Cuando los jueces y tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentran que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera”<sup>249</sup>. Como podemos constatar este artículo contiene la primera formulación explícita en el ámbito de la normativa nacional del control difuso de la constitucionalidad de las leyes<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> Código Civil de 1936.  
[http://www.notarioslalibertad.org/Jurisprudencia/Normas\\_Historicas/Codigo\\_civil\\_de\\_1936.pdf](http://www.notarioslalibertad.org/Jurisprudencia/Normas_Historicas/Codigo_civil_de_1936.pdf)

<sup>248</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El control normativo de la constitucionalidad en Perú: Crónica de un fracaso anunciado*. Texto disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Autónoma de México – UNAM. Consulta: el 22/13/2013. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/96/art/art3.htm>

<sup>249</sup> Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Ibíd.*

<sup>250</sup> Cabe mencionar que este artículo recoge lo que la denominada Comisión Villarán propuso en el artículo 142º del Anteproyecto de Constitución de 1931, propuesta desechada en el texto final Constitución Política de 1933)

Como podemos advertir de la breve reseña de las constituciones previas a la Constitución de 1979 y de los dos antecedentes legales antes reseñados LANDA manifiesta que:

[...] pese a estos escauceos del control judicial de las leyes, a nivel constitucional, lo cierto es que la idea de la supremacía constitucional sobre la ley y, en consecuencia, el control judicial de las leyes, *tuvo su origen nominal en la legislación civil y judicial*. No obstante, en la práctica, la élite judicial careció de una autoconciencia sobre el rol jurídico político que implicaba controlar el poder, dada su obsecuente sumisión a la ley (subrayado nuestro)<sup>251</sup>.

### La Constitución Política del Perú de 1979

Finalmente, como mencionamos antes, con el artículo 236 de la Constitución Política de 1979 recién se reconoce explícitamente en el ámbito constitucional peruano la posibilidad de los jueces de ejercer el denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes al establecer que: “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”<sup>252</sup>.

El reconocimiento explícito de esta facultad se presenta - en la Constitución de 1979 - simultáneamente al reconocimiento del denominado control concentrado de la constitucionalidad de las leyes por parte del entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual - según su artículo 298 inciso 1 - es competente para: “Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo”.

---

<sup>251</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Op. cit., p. 92

<sup>252</sup> Constitución Política del Perú de 1979. Puede accederse a dicho texto constitucional a través del siguiente enlace web: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1979.pdf>

### 2.2.2. El control difuso en la Constitución Política de 1993: contenido y alcances del artículo 138

Antes de abordar sucintamente el contenido y alcances del artículo 138 de la Constitución vigente, consideramos relevante aludir a dos disposiciones constitucionales específicas que se constituyen en presupuestos normativos del control difuso en el caso peruano.

Por un lado, el artículo 38 al señalar que “ todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación” establece la obligación general (*erga omnes*) de respetar, cumplir y defender el texto constitucional, una de cuyas principales manifestaciones será precisamente la inaplicación - en cualquier ámbito jurisdiccional - de una norma que contravenga el respectivo texto constitucional.

Por su parte, el artículo 51 al establecer que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente reconoce explícitamente el *principio de supremacía de la Constitución*, fundamento último del control de la constitucionalidad de las leyes.

Teniendo presente las dos disposiciones antes mencionadas, el segundo párrafo del artículo 138 reconoce explícitamente la facultad y obligación de los jueces (como analizaremos más adelante no sólo aquellos conformantes del Poder Judicial sino en general todas las instancias jurisdiccionales) de aplicar el denominado control difuso de constitucionalidad. Dicho precepto establece que: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Como podemos constatar, la Constitución vigente contiene una disposición equivalente a la contenida en el citado artículo 236 de la Constitución Política de 1979 y mantiene además un sistema mixto de control de constitucionalidad (en sus manifestaciones concentrada y difusa), de modo tal que, por un lado, el Tribunal Constitucional ejerce un control constitucional abstracto – esto es al margen de un supuesto de hecho concreto - con efectos *erga omnes* y, por otro, las instancias jurisdiccionales tienen la facultad y obligación de inaplicar una norma que contravenga el texto constitucional en un caso concreto con efectos *inter partes*.

Ahora bien, de la interpretación literal del segundo párrafo del artículo 138 (y teniéndose presente el primer párrafo de dicho artículo, según el cual “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y **se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos** con arreglo a la Constitución y a las leyes” (subrayado nuestro), podríamos colegir equívocamente que la facultad obligación de ejercer el denominado control difuso es privativa de las instancias del Poder Judicial, interpretación errónea que conllevaría que sólo el Poder Judicial estaría obligado por el aludido *principio de supremacía de la Constitución*.

En este sentido, como advierte LANDA “[...] una interpretación literal del artículo 138 de la Constitución resulta insuficiente para garantizar plenamente el principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, elementos esenciales en un sistema político que se precie de ser democrático”<sup>253</sup>.

Conscientes de esta posible equívoca interpretación, consideramos que a partir de una *interpretación sistemática* - y en atención de los principios de *unidad* y

---

<sup>253</sup> LANDA ARROYO, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: CASTILLO FREYRE, Mario (Editor). Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje (páginas 105 -138). Lima, PALESTRA EDITORES S.A.C, 2009, p. 31.



*concordancia práctica* - toda instancia jurisdiccional tiene la facultad obligación de aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes. En este sentido, coincidimos con RUBIO cuando señala que:

[...] el control difuso pertenece no solo a los jueces y Tribunales del Poder Judicial, sino a toda la administración de justicia, es decir, a todos los órganos que ejercen jurisdicción [...]. En la Constitución hay una confusión no aclarada entre Poder Judicial y administración de justicia. Puede verse muy fácilmente que el segundo párrafo de este artículo, todo el 139 y los artículos 140, 142, 148 y 149 no se refieren estricta y exclusivamente al Poder Judicial sino a la administración de justicia del Perú, que es tema distinto y el género del cual es una especie la actividad de los tribunales ordinarios [...] <sup>254</sup>.

También en este sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 3741-2004-AA/TC ha realizado una adecuada interpretación del artículo 138 en atención de algunos de los principios de interpretación constitucional (propuestos por HESSE <sup>255</sup> en la denominada interpretación institucional). Así, el Tribunal Constitucional dejó constancia que:

[...] el artículo 138.º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º (Sic) antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38.º) (sic) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla” <sup>256</sup>.

En esa lógica, el Tribunal resalta que:

Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia

<sup>254</sup> RUBIO, Marcial. *La Constitución Política de 1993 - Volumen V*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 25.

<sup>255</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra Editores, 2003 (Segunda edición corregida y aumentada), pp. 485 – 496.

<sup>256</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente N.º 3741-2004-AA/TC, f. 9.

práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138.º de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal<sup>257</sup>.

Finalmente, del contenido del artículo 138 podemos concluir que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en el caso peruano – como sostiene QUIROGA – tiene carácter subsidiario, residual y subjetivo: *subsidiario* por cuanto es incidental o sobreviene a las labores ordinarias de las instancias jurisdiccionales; *residual* por cuanto se trata de una tarea complementaria a las labores ordinarias de las instancias jurisdiccionales y sólo tiene efectos *inter partes*; y, *subjetivo* por cuanto el ejercicio de control constitucional parte de un caso específico y determinado (una controversia concreta de derechos subjetivos)<sup>258</sup>.

### 2.2.3. El control difuso en el Código Procesal Constitucional: Contenido y alcances del artículo VI del Título Preliminar y artículo 3

El Código Procesal Constitucional contiene dos disposiciones relacionadas al denominado control difuso de la constitucionalidad: el artículo VI de su Título Preliminar (*Control difuso e interpretación internacional*) y el artículo 3 (*Procedencia en actos basados en normas*). El aludido artículo VI del Título Preliminar establece que:

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea

<sup>257</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 3741-2004-AA/TC, f. 8.

<sup>258</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Control ‘difuso’ y control ‘concertado’ en el Derecho Procesal Constitucional peruano”. Artículo publicado en el Blog de Aníbal Quiroga León. Consulta: 18/12/2013. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-el-derecho-procesal-constitucional-peruano>

relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Como podemos constatar, este artículo parte por incluir una disposición equivalente a la contenida en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución de 1993, reconociendo la facultad de los jueces (entiéndase todas las instancias que ejercen jurisdicción según dicha Constitución) de preferir la norma constitucional en casos de incompatibilidad de ésta con otra de norma de inferior jerarquía.

Sin embargo, esta disposición incide en que dicha facultad es también una obligación para los jueces (es decir, no se trata de una mera facultad discrecional) por cuanto establece que en estos supuestos de hecho *el Juez debe preferir la primera* (subrayado nuestro) a diferencia de la mencionada disposición constitucional que establece que en estos casos *los jueces prefieren la primera*.

Adicionalmente, este artículo señala algunos **parámetros y límites** al ejercicio de la facultad y obligación de los jueces de aplicar el control difuso:

- La inaplicación de la norma incompatible con la Constitución - en ejercicio del control difuso - *debe ser relevante para resolver la controversia*, es decir, tal inaplicación debe ser determinante y necesaria para tomar la decisión contenida en el respectiva sentencia;
- Sólo se inaplicará la norma incompatible con la Constitución - en ejercicio del control difuso – si no es *posible obtener una interpretación conforme a la*

*Constitución*, es decir, si no cabe - en atención de los principios de interpretación constitucional – contar con una interpretación de la norma que sea conforme a ésta. La incorporación de este *principio de la interpretación conforme a la Constitución* se justifica por cuanto “las leyes en un Estado democrático gozan de una presunción de constitucionalidad, si una ley es cuestionada de supuesta inconstitucionalidad, esta demanda será desestimada, si es que al interpretarla razonablemente —en sus diversas alternativas— una de sus interpretaciones, al menos, sea conforme a la Constitución”<sup>259</sup>.

- No es posible - en ejercicio del control difuso – inaplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional en el contexto de un proceso de inconstitucionalidad, habida cuenta de que dicha instancia detenta, según lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301)<sup>260</sup>, el papel de “*órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad*”. En este sentido, como sostiene GARCÍA BELAUNDE se trata de un límite “que encontramos justificado, no sólo porque apunta a afianzar el papel rector que debe corresponder al Tribunal Constitucional en este campo, sino en aras de dar coherencia y unidad de criterio a la decisión sobre la vigencia de las normas dentro del ordenamiento jurídico”<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> LANDA ARROYO, César. “*Interpretación Constitucional y Derecho Penal*”. En: HURTADO POZO, José (Director). *Anuario de Derecho Penal 2005 – Interpretación y aplicación de la Ley Penal* (pp. 75 – 104). Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, p. 91.

<sup>260</sup> Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301). Artículo 1.- El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República.

<sup>261</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “*El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú*”. Ponencia presentada en el contexto del “Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional”, Universidad de Nuevo León, Monterrey, 23-25 de setiembre de 2004, p. 16. Consulta: 14/09/2013. Disponible en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ElnuevoCPC.pdf>

- Finalmente, en atención del antedicho papel del Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento, los jueces interpretan y aplican todas las normas legales y reglamentarias según los principios y disposiciones contenidas en la Constitución, conforme a la interpretación de las mismas contenidas en las resoluciones emitidas por el Tribunal en cuanto *órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad*.

Por su parte, el artículo 3 del Código Procesal Constitucional (modificado a través de la Ley N° 28946) permite la procedencia de los procesos constitucionales respecto de normas inconstitucionales autoaplicativas, al establecer que:

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

*Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas.* Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

*En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece [...].*

Para los efectos que nos interesan, consideramos relevante anotar que según este artículo en los supuestos de hecho en los cuales - en el contexto de los procesos constitucionales de amparo y producto del ejercicio del control difuso - se inapliquen normas *autoaplicativas* que contravengan la Constitución, las



decisiones de los jueces deben ser remitidas en calidad de consulta (siempre y cuando no sean impugnadas) a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Esta disposición establece además que en tales supuestos de hecho, dicha inaplicabilidad sólo tiene efectos al caso concreto – *inter pares* - no conllevando afectar la vigencia de la norma autoaplicativa cuestionada.

#### **2.2.4. El control difuso en el Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: Contenido y alcances de la Segunda Disposición Final**

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su Segunda Disposición Final alude al ejercicio del control difuso de la constitucionalidad – en un precepto equivalente al antes analizado primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional – al establecer que “[l]os jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”.

Como mencionamos antes, nos encontramos ante un límite explícito del ejercicio del control difuso, según el cual, sólo en la medida que no sea posible interpretar - en atención de los principios de interpretación de la Constitución - una norma conforme a ésta, será posible inaplicarla.

En este sentido, como ha mencionado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1680-2005-PA/TC (caso Jorge Luis Borja Urbano):

[...]la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces de

toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado<sup>262</sup>.

Resulta interesante mencionar que si bien el aludido principio de la interpretación conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*) ha sido configurado progresivamente en las resoluciones del Tribunal Federal Constitucional de la República Alemana, como refiere GARCÍA DE ENTERRÍA, dicho principio tiene su origen en dos principios establecidos por la Suprema Corte Constitucional de Norteamérica, al señalar que:

[...] todas las normas generales deben interpretarse in harmony with the Constitution, principio al que debe agregarse la regla sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes, ya que también se supone que los organismos legislativos no expiden normas que intencionalmente contradigan a la Carta Suprema<sup>263</sup>.

Hay que destacar que este ejercicio de adecuación de las normas al ordenamiento constitucional deberá a su vez tener como parámetros la razonabilidad y la previsibilidad habida cuenta que, como señala HESSE respecto de todo proceso interpretativo, éste busca “hallar el resultado constitucional correcto por medio de un procedimiento racional y controlable, fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable creando, de este modo, certeza, y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, la simple decisión por la decisión”<sup>264</sup>.

---

<sup>262</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N.º 1680-2005-PA/TC, fundamento 4. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01680-2005-AA.html>

<sup>263</sup> Citado por FIX ZAMUDIO, Héctor & FERRER MACGREGOR, Eduardo. *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Arequipa, Centro de Estudios Constituciones del Tribunal Constitucional del Perú & Editorial Adrus S.R.L., 2009, pp. 31 – 32.

<sup>264</sup> Citado por LANDA ARROYO, César. “*Interpretación Constitucional y Derecho Penal*”. Op. cit., p. 91

Finalmente, la interpretación constitucional es entendida como refiere LANDA como:

“concretización —Konkretisierung—. Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la realidad de cuya ordenación se trata. En este sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma”<sup>265</sup>.

### **2.3. La consolidación y defensa del denominado bloque de constitucionalidad a través del control difuso**

Luego de analizar el contenido y los alcances del control difuso en la normativa nacional vigente, consideramos importante abordar la especial relevancia que para su ejercicio tiene el denominado bloque de constitucionalidad, el cual, precisamente a través del ejercicio de esta facultad y obligación de los jueces, se configura y consolida en el contexto de un proceso dinámico de coordinación e interacción entre los ordenamientos jurídicos interno e internacional en vistas sobre todo a la protección de los derechos humanos fundamentales.

#### **2.3.1. Concepto y naturaleza dinámica del bloque de constitucionalidad**

Partamos por conceptualizar sucintamente el bloque de constitucionalidad como aquel conjunto orgánico y dinámico de principios y normas que - sin aparecer formalmente incluidas en los textos constitucionales - son consideradas y utilizadas como parámetros de control de la constitucionalidad de las leyes (tanto en su manifestación concentrada como difusa) debido a que

---

<sup>265</sup> Ídem, p. 88.

han sido integradas a las Constituciones a través de diversos mecanismos y, en algunos casos, por disposición expresa de la propia Constitución<sup>266</sup>.

El origen histórico de este concepto se remonta a una decisión del Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) de Francia<sup>267</sup> - del 16 de julio de 1971 - a través de la cual ésta otorgó valor jurídico constitucional al *Preámbulo de la Constitución Francesa de 1958*, confrontando una ley sometida a su consideración – la cual restringía el ejercicio del derecho de asociación – con los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” y teniendo presente la especial vinculación del pueblo francés “a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional, tal como los define la Declaración de 1879, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946” a los que alude dicho Preámbulo, configurándose de este modo “un bloque de constitucionalidad”<sup>268</sup>.

Así, teniéndose presentes la fuerza normativa de la Constitución, dimanante del *principio de supremacía de la Constitución* (véase supra 2.1.3); la concepción de una Constitución dinámica y vital – *living constitution* – (véase supra 2.1.2); y, la necesaria coordinación e interacción entre los ordenamientos jurídicos interno e internacional (véase *infra* 2.4.5), la noción de bloque de constitucionalidad resulta especialmente relevante en el ámbito del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes (concebido éste como una facultad y una obligación).

---

<sup>266</sup> ARANGO OYALA, Mónica. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*. En: PRECEDENTE: Anuario Jurídico 2004 (pp. 79 – 102). Cali, Universidad ICESI, 2004, p. 79.

<sup>267</sup> El Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) de Francia es una instancia encargada del ejercicio del control constitucional.

<sup>268</sup> OSPINA MEJÍA, Laura. “Breve aproximación al ‘bloque de constitucionalidad’ en Francia”. En: *Elementos de Juicio, Revista de Temas Constitucionales*, año 1, número 2, Julio - Septiembre de 2006 (pp. 179 – 196). Bogotá, José Gregorio Hernández Galindo, 2006, pp. 187 – 188.

Esto, precisamente porque la posibilidad de garantizar la supremacía constitucional a través de un ejercicio interpretativo posibilita el reconocimiento y consolidación de este ámbito normativo de especial relevancia para garantizar el ejercicio de los derechos humanos fundamentales (en especial - como veremos en los capítulos III y IV - de los derechos económicos, sociales y culturales y de los denominados derechos colectivos de los pueblos indígenas). Al respecto, como menciona LANDA respecto del Tribunal Constitucional – afirmación extensible respecto de las interpretaciones que realizan los jueces en ejercicio del control difuso.

[...] el concepto de jerarquía de la Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, debido a la aparición del bloque de constitucionalidad en virtud del cual, el Tribunal Constitucional para apreciar la inconstitucionalidad de una norma legal impugnada, *además de las disposiciones constitucionales incorpora las leyes de desarrollo constitucional y las relativas a los derechos fundamentales máxime si por mandato constitucional, los derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte*<sup>269</sup> (subrayado nuestro).

Resulta importante subrayar que tanto el contenido como la propia fuerza normativa del denominado bloque de constitucionalidad son producto de ejercicios interpretativos de la Constitución (considerada ésta como un ordenamiento vivo y dinámico precisamente gracias a estos ejercicios) y de las demás normas internas e internacionales que lo conforman, no pudiendo concebirse como algo estático y establecido previamente, sino más bien como un ámbito normativo en permanente configuración y evolución.

En este sentido, como refiere LANDA, la fuerza normativa del bloque de constitucionalidad:

---

<sup>269</sup> LANDA ARROYO, César. *Derecho Procesal Constitucional*. Vigésimo Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Op. cit., p. 31.



[...] no es algo que venga ya dado o acabado por la norma suprema, sino que se convierte en el producto de un proceso interpretativo que se basa en reglas y técnicas constitucionales y de interpretación. Relación que no se puede entender a partir del clásico positivismo constitucional, sino del nuevo paradigma constitucional de los valores y principios que dan sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional<sup>270</sup>.

A continuación abordaremos los principales artículos de la Constitución Política de 1993 que constituyen - en el caso peruano - el fundamento normativo del bloque de constitucionalidad.

### **2.3.2. Fundamento normativo del denominado bloque de constitucionalidad**

Son básicamente siete las disposiciones de la Constitución Política de 1993 que fundamentan el denominado bloque de constitucionalidad:

- El artículo 1 al establecer que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” reconoce explícitamente el principio de la dignidad de la persona como criterio ineludible a tomarse en cuenta en cualquier ejercicio hermenéutico;
- El artículo 3 al establecer que “[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” reconoce un número abierto de derechos humanos (*numerus apertus*) los cuales no se limitan - ni

---

<sup>270</sup> LANDA ARROYO, César. “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”. En: BAZÁN, Víctor & NASH, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Fuerza Normativa de la Constitución* (pp. 17 – 42). Montevideo, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., 2011, p. 26.

en su número ni en sus alcances - a los incluidos explícitamente en dicho texto constitucional;

- El último párrafo del artículo 32 al establecer que “[n]o pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor” reconoce que estos tres ámbitos normativos tienen una especial relevancia debido a lo cual no pueden ser materia de consulta popular a través de un referéndum;
- 
- El artículo 55 al establecer que “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” incorpora formal y materialmente estos instrumentos normativos internacionales al ordenamiento normativo interno, aunque no especifica en forma explícita su prevalencia respecto de las leyes, como lo hacía el artículo 101 de la Constitución Política de 1979 <sup>271</sup>;
- El artículo 56.1 al establecer que los tratados que versen sobre derechos humanos “deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República” otorga a éstos (y a los demás mencionados en dicha disposición) una especial importancia respecto de los demás, aunque no le otorguen explícitamente rango constitucional, como lo hacía el artículo 105 de la Constitución Política de 1979 <sup>272</sup>;
- El artículo 57 al establecer que “cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la

---

<sup>271</sup> Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 101. Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

<sup>272</sup> Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 105. Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

República” otorga a éstos cierta prevalencia respecto de la Constitución, prevalencia que como trataremos luego en el caso de los tratados relativos a los derechos humanos (véase infra 2.3.3) puede ser especialmente significativa para la defensa de éstos; y,

- La Cuarta Disposición Final y Transitoria al establecer que “[l]as 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”<sup>273</sup> establece un inequívoco e ineludible criterio de interpretación que - además de ampliar significativamente los alcances de las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos - se constituye en una manifestación de la antes aludida coordinación e interacción entre los ordenamientos jurídicos interno e internacional.

### **2.3.3. La jerarquía supraconstitucional de los tratados relativos a derechos humanos**

Un tema de especial interés y relevancia relacionado tanto al denominado bloque de constitucionalidad como a los mencionados procesos de coordinación e interacción entre los ordenamientos jurídicos interno e internacional es el relacionado a la jerarquía de los tratados relativos a derechos humanos.

Como se mencionó antes, a diferencia de la Constitución Política de 1979, cuyo artículo 105 otorgaba explícitamente jerarquía constitucional a los tratados relativos a derechos humanos, la Constitución Política de 1993 no alude

---

<sup>273</sup> El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Interpretación de los Derechos Constitucionales) establece una disposición equivalente: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

directamente a la jerarquía de estos instrumentos internacionales de primera importancia, no abordando sistemática ni orgánicamente la temática de las fuentes del derecho, déficit constituyente que - en palabras de LANDA - “[s]e ha convertido en un desafío para la doctrina y la jurisprudencia; en la medida que la integración del derecho nacional y el derecho internacional tiene una importancia jurisprudencial y dogmática, es decir práctica y teórica”<sup>274</sup>.

Si bien podemos constatar diversas posiciones doctrinales sobre la jerarquía de los tratados internacionales relativos a derechos humanos en la Constitución de 1993 (según las cuales tendrían rango administrativo, legal, supralegal, constitucional o supraconstitucional), habida cuenta de la especial importancia que éstos tienen para la protección de los derechos humanos y de la aludida importancia de la coordinación e interacción entre los ordenamientos jurídicos interno e internacional en la defensa y consolidación del denominado Estado de Derecho, concordamos con la posición según la cual éstos tendrían rango supraconstitucional. Ello, en atención de las siguientes tres consideraciones básicas:

- El citado artículo 1 de la Constitución vigente, al establecer que la protección de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo del Estado, reconoce explícitamente el *principio de la dignidad de la persona*, principio de primer orden que incide “directa o indirectamente en las funciones de los derechos fundamentales establecidos, y no sólo en la abstracta norma constitucional. En ese sentido, el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace, en su esencia, referencia todo derecho fundamental [...] la dignidad humana es vinculante, en tanto se le

---

<sup>274</sup> LANDA ARROYO, César. “Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”. En: COLADIC. Publicación digital del Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado. República Dominicana, 17 de julio de 2005, pp. 2 – 3. Consulta: 01/04/2013. Disponible en: [http://www.coladic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2008/07/cl\\_tratados\\_intl\\_tribconst\\_peru170705.pdf](http://www.coladic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2008/07/cl_tratados_intl_tribconst_peru170705.pdf)

concibe de acuerdo con la teoría institucional: como categoría jurídico-positiva y como categoría valorativa”<sup>275</sup>.

- El citado artículo 57 de la Constitución vigente al establecer que en el caso que un tratado afecte disposiciones constitucionales (en este caso aquellas relativas a los derechos humanos que la Constitución reconoce) debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma constitucional, da cuenta de cierta prevalencia de éstos respecto del texto constitucional. Ello, por cuanto, dicha modificación de la Constitución “operaría con la misma fuerza de ley de una ley constitucional capaz de reformar por sí misma la Constitución, en virtud de la autorización del poder constituyente”<sup>276</sup>.
- Finalmente, la citada Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente al establecer que los derechos contenidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados de los cuales el Perú es parte, otorga a éstos la calidad de parámetros para precisar su contenido y alcances, lo cual no sería posible en caso de encontrarse éstos en la misma jerarquía o en una jerarquía inferior. Así, como señala EGUIGUREN, “podría argumentarse que este papel rector o delimitador de los tratados sobre derechos humanos, para efectos de la interpretación del contenido y alcances de los derechos constitucionales, los colocaría en una suerte de rango o posición supraconstitucional”<sup>277</sup>.

---

<sup>275</sup> LANDA ARROYO, César. “*Dignidad de la persona humana*”. En: Cuestiones Constitucionales N° 7 – Julio – Diciembre de 2002 (pp. 109 – 138). México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 130.

<sup>276</sup> LANDA ARROYO, César. “*Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*”. Op. cit., p. 3.

<sup>277</sup> EGUIGUREN, Francisco. “*Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana*”. En: Revista Ius et Praxis (versión digital), Volumen 9, N.º 1. Talca, 2003. Consulta: el 15/03/2014. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100009&script=sci_arttext)



Por lo tanto, podemos concluir a partir de las tres disposiciones antes mencionadas que los tratados relativos a derechos humanos tienen rango supraconstitucional, posición que además de ser la más consecuente con los principios *pro homine* y de la *dignidad de la persona*, como manifiesta LANDA al señalar que:

[...] uniformiza el derecho y la jurisprudencia nacional e internacional, bajo la primacía del derecho internacional. En tal sentido, siguiendo las tesis monistas se asume la supremacía del tratado internacional sobre la Constitución – *treaties supreme law of land* -, postulado que adquiere plena vigencia para la defensa de los derechos humanos, en la medida que la persona humana constituye un sujeto del derecho internacional<sup>278</sup>.

Ahora bien, en el supuesto de hecho concreto en el cual una determinada Constitución o norma interna otorgue mayores alcances o prerrogativas en el ejercicio de algún derecho humano que los tratados internacionales sobre el particular, a pesar de postular el rango supraconstitucional de éstos respecto de aquellos, debemos tener presente el aludido principio *pro homine* según el cual será aplicable al caso concreto la norma más favorable. Este ejercicio – como sostiene atinadamente LANDA - conllevará a la búsqueda de lo siguiente:

[...] una solución razonada y adecuada a las circunstancias; es decir que, unas veces la norma internacional prevalecerá sobre la norma nacional, o, en otras la norma nacional prevalecerá sobre la norma internacional, en función de la norma que mejor proteja a la persona humana y a su dignidad, de conformidad con el principio democrático *in dubio pro homine* o *favor libertatis*<sup>279</sup>.

Finalmente, consideramos de interés mencionar que el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias ha reconocido el rango constitucional de los tratados de derechos humanos. Así, refiriéndose al Convenio 169 de la OIT en

---

<sup>278</sup> LANDA ARROYO, César. “Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”. Op. cit., p. 3.

<sup>279</sup> Ídem, p. 5.

su sentencia recaída en el Expediente N.º 00024-2009-PI (Caso Tuanama Tuanama) sostuvo que:

No sólo forma parte de nuestro ordenamiento interno, sino que además ostenta el máximo rango, pues como hemos precisado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos (...) detentan rango constitucional” (STC N.º 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26). En ese sentido, en aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los tratados sobre derechos humanos en general, y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen la función de complementar -normativa e interpretativamente- las disposiciones constitucionales sobre pueblos indígenas y, en particular, las referidas a sus derechos fundamentales y las garantías institucionales con las que tengan relación<sup>280</sup>.

#### **2.3.4. Elementos que conforman el denominado bloque de constitucionalidad en el caso peruano**

Reconociendo la naturaleza dinámica del bloque de constitucionalidad, su permanente configuración a partir de ejercicios interpretativos (en atención de los principios antes aludidos) y su importancia como parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad, consideramos que en el caso peruano está conformado básicamente por los siguientes ámbitos normativos:

- Las disposiciones constitucionales explícitas de carácter autoaplicativo;
- Las disposiciones contenidas en tratados internacionales relativos a derechos humanos de los cuales el Perú es parte;
- Las disposiciones contenidas en las denominadas leyes orgánicas o aquellas que – dentro del marco constitucional – regulen el ejercicio de derechos humanos fundamentales o las funciones de los organismos y órganos del Estado; y,

---

<sup>280</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N.º 00024-2009-PI (Caso Tuanama Tuanama), fundamento 12. Puede accederse al texto completo de dicha sentencia a través del siguiente enlace web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.html>

- Las disposiciones contenidas en las denominadas leyes de desarrollo constitucional.

El Tribunal Constitucional también comparte una noción amplia de bloque de constitucionalidad no restrictiva al texto constitucional y a los tratados relativos a derechos humanos. Así, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 007-2002-AI/TC, señala lo siguiente:

[...] en determinadas ocasiones ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v. g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido<sup>281</sup>.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en los Expedientes N.º 0020-2005-PI/TC y N.º 0021-2005-PI/TC (expedientes acumulados) estableció que se produce una afectación indirecta de la Constitución, es decir respecto del denominado bloque de constitucionalidad, en aquellos supuestos que la norma legal materia de examen contraviene disposiciones a las cuales la propia Constitución delegó; por lo el colegiado señaló que:

- a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa* (por ejemplo, el requisito de ratificación de las ordenanzas distritales por parte de la Municipalidad Provincial);
- b) La regulación de un contenido materialmente constitucional* (por ejemplo, aquellas leyes que por mandato expreso de la propia Constitución

---

<sup>281</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente N.º 007-2002-AI/TC, fundamento 5. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00007-2002-AI.html>

están encargadas de precisar los alcances de algunos derechos fundamentales); y,

c) *La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales* (por ejemplo, la Ley de Bases de la Descentralización en el contexto del análisis de la constitucionalidad de las ordenanzas regionales)<sup>282</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que ha transitado de una noción de bloque de constitucionalidad *strictu sensu* a una noción *latu sensu*, coincidiendo en términos generales con la noción de bloque de constitucionalidad contenida en varias sentencias del Tribunal Constitucional de Perú. Así, en su sentencia N.º C-191-98 dicha Corte, estableció que:

[...] Resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y *normas de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción [...]. Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias<sup>283</sup>.

Finalmente, además de considerar conveniente asumir una noción amplia de bloque de constitucionalidad, insistimos en que siempre debe tenerse presente – habida cuenta de la coordinación e interacción entre los ordenamientos normativos interno e internacional – que la funcionalidad del conjunto normativo

<sup>282</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en los expedientes acumulados N.º 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (Pleno Jurisdiccional), fundamento 28. Puede accederse al texto completo de dicha Sentencia a través del siguiente enlace web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%200021-2005-AI.html>

<sup>283</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N.º C-191/98, fundamento 5. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc\\_sc\\_nf/1998/c-191\\_1998.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1998/c-191_1998.html)

que constituye el bloque de constitucionalidad conlleva que ante diversas normas (e incluso probables divergencias entre ellas) siempre se elija aquella que mayores alcances o prerrogativas reconozcan a los derechos humanos.

#### **2.4. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú**

El Tribunal Constitucional ha abordado en reiteradas sentencias los alcances del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, entendido éste como un poder deber, es decir como una facultad cuyo ejercicio se constituye - en atención del *principio de supremacía de la Constitución* - en una obligación no sólo para aquellas instancias que ejercen jurisdicción (jueces ordinarios, árbitros, entre otros) sino también para determinadas instancias de la administración pública. A continuación daremos cuenta de algunas de dichas sentencias que consideramos de relevancia para el tema que nos ocupa.

##### **2.4.1. Presupuestos para la validez del control difuso en el caso de los procesos constitucionales**

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 1124-2001-AA/TC (Caso trabajadores de telefónica del Perú) <sup>284</sup>, el Tribunal Constitucional reconoce que el control difuso en tanto *poder deber* de los jueces es *un acto complejo* que conlleva preterir una norma que en principio se beneficia de la presunción de constitucionalidad.

En atención de dicha complejidad, el Tribunal Constitucional estableció en dicha ocasión algunos presupuestos para su validez (circunscritos al contexto

---

<sup>284</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 01124-2001-AA/TC, del 11 de julio de 2002. LIMA. SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A. y FETRATEL. Puede accederse al texto completo de dicha sentencia en el siguiente enlace web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>



de los procesos constitucionales, tales como el amparo), que son los siguientes:

- a. Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3º de la Ley N.º 23506).
- b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (fundamento 13).

#### **2.4.2. El ejercicio del control difuso por parte de las entidades pertenecientes a la administración pública**

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlenque)<sup>285</sup>, el Tribunal Constitucional reconoció que *la facultad de aplicar el denominado control difuso – esto es, garantizar la vigencia del principio de supremacía de la Constitución y la fuerza normativa de la Constitución - no es privativa de los jueces sino que también puede y debe ser ejercitada por las entidades de la administración pública*, ello al establecer explícitamente que éstas:

[...] al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que *la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley – más aún si*

---

<sup>285</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlenque), de 14 de noviembre de 2005. Puede accederse al texto completo de dicha sentencia en el siguiente enlace web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html>

*esta puede ser inconstitucional – sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución*<sup>286</sup> (resaltado nuestro).

Consecuencia de ello, el Tribunal Constitucional señala que la administración pública:

[...] a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución – dada su fuerza normativa –, *sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional* (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º (sic), reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial<sup>287</sup> (resaltado nuestro).

Ahora bien, en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional no sólo reconoció la facultad y obligación de determinadas instancias de la administración pública de aplicar el control difuso, sino que además precisó que de no ejercerse dicha prerrogativa y obligación se estaría vulnerando el derecho a un debido procedimiento. En este sentido, el Tribunal Constitucional señaló que:

[...] es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso (dimensión objetiva), *forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos (dimensión subjetiva)*<sup>288</sup> (resaltado nuestro).

<sup>286</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento 6.

<sup>287</sup> Ídem, fundamento 7.

<sup>288</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente N.º 3741-2004-AA/TC, f. 11.

Así, en la sentencia materia de análisis, el Tribunal Constitucional al determinar, en atención estricta del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>289</sup>, un precedente vinculante a través del cual establece como regla sustancial que “Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución”<sup>290</sup>, no sólo reconoce la fuerza normativa de la Constitución, *sino que otorga - más que una facultad o poder para los tribunales administrativos - derechos para los ciudadanos frente a la administración*, ello, por cuanto, es precisamente la administración pública la principal fuente de vulneraciones de los derechos de las personas, en la medida que sus diversas entidades tienen – a diferencia de otras instancias como el Congreso de la República - una relación permanente y cotidiana con éstos.

En atención de lo antes manifestado, la reciente sentencia recaída en el Expediente N.º 04293-2012-PA/TC (**Caso del Consorcio Requena**)<sup>291</sup>, a través de la cual el Tribunal Constitucional dejó sin efecto el antes mencionado precedente vinculante (Expediente N.º 3741-2004-AA/TC) al considerar equívocamente que “tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad (...)”<sup>292</sup>.

---

<sup>289</sup> Artículo VII. Precedente. “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

<sup>290</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 3741-2004-AA/TC, f. 50.

<sup>291</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 04293-2012-PA/TC, del 18 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>

<sup>292</sup> Ídem., f. 34.

La mencionada sentencia constituye, a nuestro parecer, *no sólo una manifiesta involución en la protección de los derechos humanos de los ciudadanos administrados por parte del Tribunal Constitucional, sino que además es un síntoma inequívoco del debilitamiento institucional de este organismo constitucional autónomo*, cuya principal función precisamente es la defensa de la Constitución y de los derechos humanos ahí reconocidos.

Finalmente, en la última cuestionada sentencia resulta de interés el Voto Singular del Magistrado Urviola Hani quien estima que no cabe dejar sin efecto el precedente vinculante (luego de cuestionar cada uno de los argumentos esgrimidos por la mayoría), sin embargo, considera que debía ser mejorado adicionando una nueva regla que establezca un procedimiento de consulta ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema cada vez que los tribunales administrativos apliquen el control difuso respecto de una ley y que dicha decisión no haya sido judicialmente impugnada por las partes.

#### **2.4.3. El ejercicio del control difuso por parte de los árbitros**

El Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N.º 00142-2011-PA/TC (Sociedad Minera María Julia) - en atención de argumentos equivalentes - estableció que la facultad de aplicar el denominado control difuso también puede y debe ser ejercida por los árbitros en el contexto de los procesos arbitrales. Esto, al señalar que:

[...]Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el

artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal (...) <sup>293</sup>.

Dicha facultad, sin embargo, para que en estos supuestos de hecho concretos cumpla con la finalidad de garantizar el *Principio de Supremacía de la Constitución* debe ser - a juicio del Tribunal Constitucional – modulada o reglada, para lo cual instituyó la regla siguiente:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes <sup>294</sup>.

#### **2.4.4. El ejercicio del control difuso por parte de los jueces del Tribunal Constitucional**

Finalmente, consideramos interesante citar la sentencia recaída en el Expediente N.º 002-96-I/TC por el debate que ocasionó el hecho que el Tribunal Constitucional, en el contexto de un proceso de inconstitucionalidad (demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N° 26657, denominada de "*Ley de interpretación auténtica*" que "interpretaba" el artículo 112 de la Constitución) declarase - en ejercicio del denominado control difuso - la inaplicabilidad de dicha norma (conocida como la ley de la reelección).

En dicha relevante sentencia, tres de los siete magistrados (concretamente los magistrados Aguirre Roca, Rey Terri y Revoredo Marsano por cuanto los otros

---

<sup>293</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N.º 00142-2011-PA/TC, fundamento 24.

<sup>294</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N.º 00142-2011-PA/TC, fundamento 26.



cuatro se abstuvieron por haber adelantado opinión) fundamentaron su decisión manifestando que:

Hemos decidido aplicar el "control difuso" -derecho y obligación, constitucionalmente reconocidos a todos los jueces- y no el "control concentrado" -derecho y deber exclusivos del Tribunal Constitucional- porque, en el Pleno Jurisdiccional, durante el debate de la causa, no se logró alcanzar el número de votos señalados en el artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la aplicación del "control concentrado", y no se consiguió el respaldo mayoritario para aplicarlo.

En el presente caso, resulta relevante lo que manifiesta LANDA al señalar que:

[...] si bien la LOTC establece que el Tribunal está sometido, únicamente, a la Constitución y a ella, desde una interpretación que supere el positivismo, *podemos afirmar que sus magistrados pueden apreciar la constitucionalidad concreta de una ley, al amparo de los valores, principios y normas que la Constitución les faculta para mantener el principio de supremacía constitucional*, ejercicio para el cual el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es autónomo e independiente frente a cualquier intervención política o judicial<sup>295</sup> (subrayado nuestro).

A nuestro parecer la sentencia materia de análisis contiene una interpretación adecuada además de valiente (en el nefasto contexto político en el cual se emitió) por parte del Tribunal Constitucional que da cuenta de su inestimable rol no sólo jurídico sino también político en la defensa de los valores que la Constitución recoge. Así como HABERMAS señala:

[...] la cuestión de saber si el Tribunal Constitucional está llamado a jugar un rol activista o modesto no se discute en abstracto. Si se entiende la Constitución como la interpretación y el desarrollo de un sistema de derechos que valora el vínculo interno entre la autonomía privada y la autonomía pública, un ejercicio ofensivo del Derecho constitucional, lejos de ser nocivo es normativamente requerido en el caso de que se trate de la implementación del procedimiento democrático y del modo deliberativo de la formación de la opinión y la voluntad política<sup>296</sup>.

<sup>295</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Op. cit., p. 277.

<sup>296</sup> Citado por LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Ídem., pp. 279 – 280.

## 2.5. El denominado control de convencionalidad de las leyes como un mecanismo complementario al ejercicio del control de constitucionalidad

El denominado control de convencionalidad de las leyes en tanto mecanismo de control de la normativa nacional respecto de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (denominada también Pacto de San José) y su respectivo “*bloque de convencionalidad*”, tiene - como en el caso del control de constitucionalidad en el caso peruano - dos manifestaciones concretas: una de carácter *concentrado*, a cargo de la Corte Interamericana (en cuanto intérprete máximo de dicha Convención) en el contexto de las consultas y los casos contenciosos que son sometidos a su consideración; y, otra de carácter *difuso*, a cargo de los jueces nacionales en el contexto de la resolución de los casos concretos que atienden.

### 2.5.1. Fundamento del control de convencionalidad en el ámbito del Derecho Internacional Público

Consideramos importante empezar precisando que el denominado control de convencionalidad de las leyes se constituye en un mecanismo de control dimanante del principio *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser observados), principio del Derecho Internacional Público según el cual los Estados tienen la obligación de cumplir las obligaciones contenidas en los tratados que ratifican, adecuando para tales efectos su derecho interno.

Este principio (*pacta sunt servanda*) ha sido reconocido explícitamente en el Preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo tercer considerando advierte que “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma “*pacta sunt servanda*” están universalmente reconocidos”.

---

Asimismo, el artículo 26 de dicho tratado internacional establece la obligación de los Estados de cumplir *de buena fe* los tratados ratificados al señalar que: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Por otro lado, el artículo 27 establece la imposibilidad de oponer las disposiciones del derecho interno como argumento para incumplir con los compromisos asumidos en un tratado del que un Estado es parte. Esto al indicar que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Precisamente por dimanar de un principio del Derecho Internacional Público, el control de convencionalidad - como abordaremos a continuación (véase *infra* 2.4.3) – se constituye en una obligación para el Estado cuyo incumplimiento conlleva responsabilidad internacional.

En este sentido, como hemos abordado antes a propósito de los tratados relativos a derechos humanos (véase *infra* 2.3.3), concordamos con LANDA cuando refiere que:

[...]los tratados internacionales son normas jurídicas de aplicación directa e inmediata – *self executing* -; es decir, no son meros derechos morales de naturaleza ética, a la cual se encuentren sometidos residualmente quienes interpreten y apliquen los derechos fundamentales de la Constitución, sino que son normas jurídicas vinculantes y de aplicación obligatorias por los poderes públicos y de respeto por los poderes privados, en la medida que contengan normas más favorables a los derechos fundamentales de la persona demandada que las contenidas en la Constitución<sup>297</sup>.

---

<sup>297</sup> LANDA, Cesar. “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: MÉNDEZ SILVA, Ricardo (Coordinador). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002, p. 330.

### 2.5.2. El denominado control de convencionalidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

En el ámbito del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos el control de convencionalidad encuentra su fundamento general en dos disposiciones específicas de la Convención Americana: el artículo 1 inciso 1 y el artículo 2.

El artículo 1 inciso 1 del tratado internacional mencionado consigna la obligación general de los Estados de respetar y garantizar el ejercicio de todos los derechos contenidos en ella sin discriminación alguna, al establecer que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte, el artículo 2 consigna la obligación de los Estados de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar la vigencia de los derechos contenidos en ella, esto es, adecuar su derecho interno y su *respectiva aplicación* a lo dispuesto en ella. Esto al establecer que:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, *las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*" (subrayado nuestro).

Ahora bien, entre las medidas que los Estados tienen la obligación de adoptar para garantizar la vigencia de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (las cuales pueden ser legislativas o de otro carácter) está precisamente la facultad obligación de los jueces de inaplicar alguna disposición de su derecho interno en la medida que ésta

contravenga los estándares internacionales contenidos en dicho tratado internacional.

En este sentido, como sostiene TORRES, “la adecuación del derecho interno no solo impone a quien ejerce la labor legislativa la incorporación de los estándares de derecho internacional al derecho interno, sino que además involucra a todos los órganos que aplican derecho, en este caso los jueces”<sup>298</sup>, por cuanto “[y]a sea que el legislador no adecue la norma interna o que el juez aplique la norma contraria al parámetro interamericano, se genera responsabilidad internacional que luego es declarada por el tribunal internacional”<sup>299</sup>.

Respecto de la obligación de los Estados contenida en el citado artículo 2 de la Convención, la Corte Interamericana en su sentencia de 2010 recaída en el Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile<sup>300</sup> ha dejado expresa constancia que la misma involucra a todas las entidades del Estado, así estableció que:

Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado” (fundamento 72).

---

<sup>298</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012, p. 29.

<sup>299</sup> Ídem., p. 30.

<sup>300</sup> Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas. Puede accederse al texto completo de dicha sentencia a través del siguiente enlace web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)



En el mismo sentido, la Corte Interamericana en su sentencia de 2006 recaída en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la primera de sus sentencias donde aborda explícitamente el denominado *control de convencionalidad*, establece claramente que:

La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella (...)<sup>301</sup>.

Como podemos colegir de los artículos de la Convención Americana antes citados, así como de las sentencias de la Corte Interamericana antes comentadas, el control de convencionalidad de las leyes – al igual que el control de constitucionalidad - no sólo se constituye en una facultad de los jueces (y por ende de otras instancias que ejerzan jurisdicción), sino que es una obligación cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional de los Estados (incluida la obligación de reparación).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la última sentencia citada ha dejado constancia que:

[...] El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana” (fundamento 123).

---

<sup>301</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), fundamento 123. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

### 2.5.3. Ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Además de los dos artículos de la Convención Americana antes citados (artículos 1.1 y 2), los cuales constituyen una legitimación general para el ejercicio del denominado control de convencionalidad, existen tres disposiciones específicas de dicho tratado internacional - relacionadas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos – relacionadas a dicha prerrogativa y obligación de esta instancia concreta del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por un lado, el artículo 62.3 establece que:

La Corte tiene competencia para conocer de *cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención* que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial (subrayado nuestro).

Si bien el citado artículo no hace referencia explícita al ejercicio del control normativo por parte de la Corte, éste se deduce claramente de su texto que alude a su competencia general respecto de “*cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención*”.

Ello, por cuanto, en el contexto del análisis de la violación concreta de derechos humanos sometida a su consideración (producto de una norma interna o de su aplicación), la Corte – en su condición de máximo intérprete de la Convención - necesariamente deberá realizar un ejercicio para determinar la compatibilidad entre dicha norma interna y lo dispuesto en la Convención, ejercicio producto del cual podrá pronunciarse explícitamente respecto de la misma.

Por su parte el artículo 63 otorga a la Corte la facultad general de disponer la reparación de las consecuencias de la medida que ha conllevado la vulneración de derechos, una de cuyos supuestos de hecho sería precisamente disponer la

inaplicabilidad de una disposición de derecho interno que ocasione tales violaciones. Esto al establecer que:

Quando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, *que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos* y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (subrayado nuestro).

Finalmente, el artículo 64 inciso 2 otorga a la Corte Interamericana<sup>302</sup> la facultad de emitir una opinión concreta respecto de la compatibilidad de una norma específica de derecho interno y lo establecido en la Convención (o su *bloque de convencionalidad*), lo cual como menciona TORRES “muestra de manera clara que dicho tribunal tiene competencia para realizar un examen de convencionalidad en sentido abstracto, ya que en el caso de la función de consulta, esta versa sobre cuestiones de puro derecho”<sup>303</sup>.

#### **2.5.4. Ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales**

Además del control concentrado de la convencionalidad de las leyes a cargo de la Corte Interamericana en ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa, en atención de los artículos 1 inciso 1 y 2 de la Convención Americana (véase *supra* 2.4.2), los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas que fuesen necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en ella, una de las cuales precisamente es la facultad obligación de los jueces de inaplicar una disposición de su derecho interno que contravenga

---

<sup>302</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 64 inciso 2. “La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

<sup>303</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Op. cit., p. 33.

lo establecido en la Convención Americana, esto es ejercitar el control difuso de convencionalidad de las leyes.

En relación con ello, la Corte Interamericana en la sentencia antes citada recaída en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (véase *supra* 2.4.2) reconoció explícitamente por primera vez esta facultad y obligación de los jueces al establecer que:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (fundamento 124).

En una sentencia posterior, concretamente en la sentencia de 2006 recaída en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, la Corte reconoció que dicho control de convencionalidad podría realizarse también de oficio siempre en atención de las competencias de la Corte. Así estableció que:

[...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo 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 las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin

considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones<sup>304</sup>.

Finalmente, consideramos relevante citar un fragmento del voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* según el cual se señala lo siguiente:

El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. [...] Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo “control”<sup>305</sup>.

### 2.5.5. Relaciones entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad por parte de los jueces nacionales

De lo antes expuesto podemos concluir que existe una relación intrínseca entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes, relación que a nuestro parecer expone la relación de coordinación e interacción entre los ordenamientos jurídicos nacional e internacional (enfoque que supera las teorías del monismo o del dualismo).

En efecto - como atinadamente señala TORRES – podemos partir del “presupuesto de que el derecho internacional y el derecho interno son dos

---

<sup>304</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, fundamento 128. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

<sup>305</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores versus México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, fundamento 24 de su voto razonado. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf)



sistemas jurídicos distintos, pero interrelacionados sobre la base de un diálogo creciente, con influencias mutuas y objetos de protección comunes”<sup>306</sup>.

Un ámbito especialmente fructífero y paradigmático para esta coordinación e interacción entre los ordenamientos jurídicos nacional e internacional es precisamente la protección de los derechos humanos. Así, como señala DULITZKY:

En materia de derechos humanos, ya superada la clásica distinción entre derecho internacional y derecho interno, ambos interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales. [...] Las alternativas de este diálogo son múltiples y con diferentes grados de interacción pero con el denominador común de que tampoco en este aspecto hay dos compartimentos estancos. Ambos, órganos internacionales y tribunales nacionales, se observan e influyen recíprocamente<sup>307</sup>.

Precisamente por las diversas limitaciones de las teorías del monismo y del dualismo, cada vez más se incide en esta relación de coordinación e interacción entre los ordenamientos jurídicos nacional e internacional. En este sentido, como atinadamente LANDA señala:

[...] frente a los inconvenientes dogmáticos y prácticos derivados de las tesis monistas y dualistas, la posición constitucional de los tratados viene asumiendo una opción mixta, a través de la tesis de coordinación. Esta última caracteriza al derecho internacional como un derecho de integración, sobre la base de la responsabilidad internacional. Así en función de dicha responsabilidad ya no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus

---

<sup>306</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Op. cit., p. 100.

<sup>307</sup> Citado por AMADO RIVADENEYRA, Alex. “*La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado Derecho Constitucional Internacional*” (nota a pie de página N° 5). Consulta: 18/12/2013. [http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos\\_estudiantiles/07-2011\\_derecho\\_constitucional\\_internacional.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos_estudiantiles/07-2011_derecho_constitucional_internacional.pdf)

obligaciones en el plano internacional, sino su armonización fundamentándose en un neiusnaturalismo integrador<sup>308</sup>.

En este mismo sentido y a partir de este enfoque, CANÇADO TRINDADE ha mencionado– en su voto razonado como juez de la Corte Interamericana en el citado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú* – que:

[...]los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; **deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana**(resaltado nuestro)<sup>309</sup>.

Ahora bien, la aplicación de este enfoque de coordinación entre ambos ordenamientos no conlleva desconocer el principio de subsidiaridad establecido en el artículo 205 de la Constitución Política de 1993 (en este caso del Sistema Interamericano de Derechos humanos respecto de nuestro ordenamiento interno), según el cual “agotada la jurisdicción interna, el individuo puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”, sino que más bien daría cuenta de la necesaria coordinación entre ambos ordenamientos en vistas de efectivizar los mecanismos relacionados a sus objetivos comunes de protección.

En esta lógica, quedaría claro que sólo en el supuesto que los jueces nacionales no hayan ejercitado oportunamente el control de convencionalidad

---

<sup>308</sup> LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra Editores, 2003 (Segunda edición corregida y aumentada), pp. 118 -119.

<sup>309</sup> Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*. fundamento 3 de su voto razonado.

la Corte Interamericana realizaría tal ejercicio siempre y cuando el caso haya sido sometido a su consideración.

Además de lo antes mencionado, debemos tener presente que para el caso específico peruano, tanto la Convención Americana como su denominado *bloque de convencionalidad* constituyen elementos - de primera importancia - conformantes de su denominado bloque de constitucionalidad, debido a lo cual el ejercicio del control de constitucionalidad se identifica con el control de convencionalidad. Es precisamente por ello que TORRES señala que:

En efecto, el ejercicio comparativo permite concluir que en determinados ordenamientos –por ejemplo el peruano – la figura de control de convencionalidad tiene un vínculo directo e incluso se identifica con el concepto de control de constitucionalidad, por elementos como el del objeto controlado, los efectos de las sentencias y la forma en que se lleva a cabo el control de convencionalidad<sup>310</sup>.

Por otro lado, como GARCÍA RAMÍREZ ha manifestado - en su voto razonado como juez de la Corte Interamericana en el citado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (subrayado nuestro) – que:

[...] al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. **De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste**

---

<sup>310</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Op. cit., p. 103.

**determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”**  
(fundamento 2 de su voto razonado) (resaltado nuestro).

Finalmente, por lo antes expuesto concluimos que el denominado control de convencionalidad – en atención de la aludida relación de coordinación entre el ordenamiento interno y el ordenamiento internacional - no sólo resulta aplicable respecto de la Convención Americana y su *bloque de convencionalidad*, sino que se extiende respecto de todo tratado internacional de derechos humanos del cual el Perú es parte.



### CAPÍTULO III

## LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Habiéndose tratado - en los dos capítulos precedentes - los principales aspectos que consideramos de interés para una comprensión general de la jurisdicción especial indígena y del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en el presente capítulo abordaremos , a modo de consolidado sistematizado de los mencionados capítulos, la viabilidad y el sustento constitucional para la aplicación de dicho mecanismo de garantía del *principio de supremacía de la Constitución* por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción.

Tal aplicación del control difuso de la constitucional de las leyes por parte de la jurisdicción indígena se concretará en la inaplicación de una norma - la cual puede ser tanto del *derecho oficial u formal* o de su *derecho propio* - en un caso concreto en la cual la autoridad indígena que ejerce jurisdicción considera que contraviene la Constitución y el marco normativo que configura el denominado *Derecho Común Cooperativo*.



### 3.1. Presupuestos para la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la jurisdicción indígena en el ámbito del *Derecho Común Cooperativo*

Del mismo modo como en los capítulos primero y segundo abordamos los presupuestos constitucionales - tanto de la jurisdicción especial indígena como del denominado control difuso de constitucionalidad de las leyes – como pasos previos para abordar su naturaleza jurídica y sus principales prerrogativas en cuanto institutos jurídicos<sup>311</sup>, a continuación consolidaremos los principales presupuestos que nos posibilitan sustentar la viabilidad y legitimidad de la aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena en el ámbito del denominado *Derecho Común Cooperativo*.

Consideramos necesario iniciar precisando que hemos tomado la noción de *Derecho Común Cooperativo* - propuesta por HÄBERLE - para designar aquella necesaria integración y coordinación entre el derecho nacional e internacional a la cual hemos hecho referencia antes (véase *supra* 2.3.3) y que tiene una importancia tanto teórica (en el ámbito de la dogmática jurídica) como práctica (en el ámbito jurisprudencial).

En este sentido, según HÄBERLE un *Estado Constitucional Cooperativo* será aquel “cuya identidad, incluso a nivel internacional, se halla dentro de un complejo tejido de relaciones inter y supranacionales, así como en la medida en que toma plenamente conciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia solidaridad”<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> Utilizamos la noción de “institutos jurídicos” a partir de la distinción – que nos parece práctica – existente en las dogmáticas jurídicas alemana e italiana entre “institutos” o “figuras” jurídicas e “instituciones jurídicas” u “organismos” (principalmente del Estado) existentes en un Estado Constitucional.

<sup>312</sup> HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid, Editorial Tecnos, 2002, p. 261.

Esto conlleva a plantear una nueva relación de *complementariedad* entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, de modo que:

[...] las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de derecho son tan intensas que sólo puede producir su '*complementariedad*' respecto del modelo de Estado cooperativo que representan; de ahí que podamos afirmar que surge una especie de '*derecho común de cooperación*' [...] El Estado '*social cooperativo*' no conoce la alternativa del llamado '*primado*' del derecho internacional ni tampoco la del derecho interno del Estado, sino que lo hace a través de las relaciones conjuntas del derecho internacional y de los ordenamientos constitucionales nacionales internos hasta el extremo de que parte del derecho interno constitucional y del internacional terminan por fundirse en una unidad, en un todo común inescindible<sup>313</sup>.

Ahora bien, esta nueva relación de complementariedad y de apertura del Derecho Constitucional respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conlleva también una apertura y reformulación del papel de los jueces, tanto de aquellos pertenecientes al Poder Judicial como de todos aquellos que configuran el sistema de administración de justicia. Así, coincidimos con DEL TORO cuando señala que:

La apertura constitucional al DIDH para ser realmente efectiva, requiere también la consecuente apertura de los propios jueces constitucionales, de los jueces en general y de todos los demás operadores jurídicos [...] El Estado constitucional cooperativo del que habla Häberle, requiere de jueces "abiertos" que conciban a la Constitución no como una normativa estática en el tiempo sino como un proceso público abierto y evolutivo. La Constitución viva "vive" de la interpretación y a través de los procesos interpretativos en los que se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos<sup>314</sup>.

---

<sup>313</sup> Ídem, p. 263.

<sup>314</sup> DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. "*La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial*". En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado (nueva serie), año XXXVIII, N.º 112, 2005 (páginas 325-363), p. 351.

Finalmente, esta noción de *Derecho Común Cooperativo* nos posibilitará tener presente dos nociones – también planteadas por HÄBERLE - que consideramos de inestimable importancia en el desarrollo de la presente tesis<sup>315</sup>: por un lado, considerar la dignidad humana como la *premisa antropológico cultural* del Estado Constitucional; y, por otro, considerar la democracia - el régimen democrático - como la *consecuencia organizativa* de dicha premisa.

### **3.1.1. La jurisdicción indígena como un derecho colectivo dimanante del principio de libre determinación de los pueblos indígenas u originarios**

Un primer presupuesto de la aplicación del denominado control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena es el reconocimiento de dicha jurisdicción especial como una concretización de su derecho a la libre determinación – véase *supra* 1.1.4 – (principio y derecho dimanante a su vez de los principios y derechos a la igualdad y la libertad).

En este orden de ideas, el reconocimiento de la facultad de las autoridades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus ámbitos territoriales – y por lo tanto de aplicar el control difuso de constitucionalidad como cualquier otra instancia jurisdiccional - no es una mera concesión política o prerrogativa otorgada por el Estado, sino que es una consecuencia ineludible - una manifestación práctica - de su derecho a la libre determinación.

Derecho por cuyo ejercicio se impone – como veremos más adelante - la necesidad también de inaplicar normas del *derecho oficial o formal* y del *derecho propio* en atención de principios y normas contenidos en la

---

<sup>315</sup> Para una introducción general a dichos conceptos recomendamos la lectura del libro de Peter Häberle “El Estado Constitucional” a cuyo texto completo se puede acceder en Internet a través del siguiente enlace web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=14>

Constitución y en el *corpus iuris* que configura el *Derecho Común Cooperativo*, configurado a partir del reconocimiento de la dignidad de la persona humana como la “*premisa antropológico cultural*” del Estado.

Si bien, en un primer momento, este explícito reconocimiento pudiera parecer no tener una relevancia significativa en la sustentación de la viabilidad de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena, consideramos que se trata de un presupuesto por cuanto sólo a partir de su reconocimiento es posible entender a cabalidad la naturaleza jurídica y las prerrogativas de la jurisdicción indígena, así como la inestimable importancia de ésta en el contexto del proceso de interculturalidad aún postergado pero acuciante en países como el nuestro.

### **3.1.2. La jurisdicción indígena como una manifestación de la autonomía jurídica de los pueblos indígenas**

La autonomía jurídica de los pueblos indígenas a la que alude el artículo 89 de la Constitución Política de 1993 - además de ser un presupuesto constitucional de la propia jurisdicción indígena (véase *supra* 1.4.2.3) – se constituye también en un presupuesto de la aplicación del control difuso por parte de ésta, por cuanto, es en atención de dicha autonomía que las autoridades indígenas:

- a) Pueden aplicar, aunque – como abordaremos más adelante - no exclusivamente, su *derecho propio*;
- b) Utilizar sus propios mecanismos de solución de conflictos; y,
- c) Inaplicar – de ser el caso - una norma *oficial* o *propia* en salvaguarda de principios constitucionales o de sus derechos colectivos reconocidos en el ámbito del *Derecho Común Cooperativo*.

En este sentido, como mencionamos antes – véase *supra* 1.1.4 – el reconocimiento del derecho a la libre determinación está imbricado al reconocimiento del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, la cual se ejerce en el ámbito de un Estado plurinacional, donde precisamente un límite de dicha autonomía son los derechos humanos fundamentales.

En este contexto es precisamente donde opera el criterio de la Corte Constitucional de Colombia de *la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía* (véase *supra* 1.4.2.3), siendo precisamente el control difuso de la constitucionalidad un mecanismo privilegiado.

De hecho, el control difuso es un mecanismo a través del cual las propias autoridades indígenas que ejercen jurisdicción pueden salvaguardar bienes e intereses jurídicos de superior jerarquía para garantizar que las normas infra constitucionales no se constituyan en un óbice arbitrario en el ejercicio de su autonomía constitucionalmente reconocida.

### **3.1.3. La jurisdicción indígena como una facultad de las autoridades indígenas de aplicar no sólo ni exclusivamente su derecho propio**

Consideramos que ante probables objeciones a la viabilidad de la aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena, aduciendo que dicho mecanismo no es uno perteneciente a su derecho consuetudinario (que nosotros preferimos denominar *derecho propio*), es importante dejar constancia que la facultad contenida en el artículo 149 de la Constitución peruana vigente – véase *supra* 1.4.3 – según la cual las autoridades indígenas *pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales* no constituye en ningún sentido un óbice para que éstas utilicen



un mecanismo concreto que, no siendo en estricto de su derecho consuetudinario (al cual como mencionamos antes – véase *supra* 1.4.3.2 - preferimos denominar *derecho propio*) es una facultad y un mandato general, no sólo para todas las instancias que ejercen jurisdicción, entre las cuales está la jurisdicción indígena, sino también respecto de las entidades pertenecientes a la administración pública y al arbitraje

En tal sentido, si bien en principio las autoridades indígenas aplicarán su *derecho propio* en la solución de los casos y conflictos de intereses sometidos a su consideración, nada obsta que también puedan utilizar otros mecanismos en salvaguarda de los derechos humanos existentes en el *corpus iuris* del *Derecho Común Cooperativo*, sobretodo en salvaguarda del cabal ejercicio de sus propios derechos colectivos. Ello, por cuanto, como señala atinadamente SÁNCHEZ (al calificar a los pueblos indígenas como contemporáneos que denominamos tradiciones):

[...] los usos y costumbres famosas que se supone caracterizan a los indígenas, no son tradiciones, usos y costumbres que existieron hace no sé cuántos años y que se mantienen por un proceso permanente de clonación. *Las culturas y los derechos propios de los pueblos son el producto de la llamada tradición; son producto de imposiciones, el producto de apropiaciones, que permiten tener hoy una unidad, un sistema consistente de sentido que puede tener elementos propios, y, puede tener elementos de otras sociedades.* No es menos indígena el que utiliza vacunas, *no es menos indígena el que utiliza la jurisprudencia de la Corte Constitucional para hacer justicia*, no es menos indígena quien ha ido a estudiar a otra parte y es profesional. Nuestros pueblos son indígenas porque ellos quieren ser indígenas, porque quieren tener un sentido de vida alternativo y de existencia diferente, fundamentalmente aceptando su condición de miembros de un sujeto colectivo<sup>316</sup>(resaltado nuestro).

---

<sup>316</sup> SÁNCHEZ, Esther. “*Algunas reflexiones sobre Jurisdicción Especial Indígena y política constitucional de reconocimiento*”. En: TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Ponencias del Seminario “Administración de justicia y pueblos indígenas en la perspectiva intercultural”* Caracas – Venezuela Abril 2002 (páginas 121 – 133). Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, p. 125.

Por lo tanto, en un mismo contexto de diálogo intercultural y de retroalimentación entre saberes jurídicos CLAVERO considera que es imperativo a una jurisprudencia constitucional que responde a una pluriculturalidad de alcance transversal que:

[...] los valores culturales de los pueblos indígenas no deberán reducirse a un apartado estanco en sus espacios jurisdiccionales, sino que muy al contrario, habrán de permear, en concurrencia con otros valores, toda la jurisprudencia constitucional. De no ser así, ni el Tribunal Constitucional ni el Estado mismo serán plurinacionales<sup>317</sup>.

Concluimos subrayando que la facultad de ejercer dicha jurisdicción *de conformidad con el derecho consuetudinario* no conlleva en ningún sentido que la misma se ejerza *exclusivamente* de conformidad con tal derecho, pudiendo utilizarse todo mecanismo útil incluido en la Constitución o en el denominado *Derecho Común Cooperativo*.

#### **3.1.4. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes como una facultad de todos los órganos que administran justicia y, por lo tanto, una facultad no exclusiva ni privativa del Poder Judicial**

Teniéndose presente que el *principio de supremacía de la Constitución* (recogido en los artículos 38 y 51 de la Constitución Política de 1993) involucra no sólo a todas las instancias jurisdiccionales (pertenecientes o no al Poder Judicial), a las entidades pertenecientes a la administración pública (véase *supra* 2.1.3), sino también a todos los ciudadanos y ciudadanas (obligados al respeto y defensa de la Constitución), el control difuso de la constitucionalidad de las leyes se constituye en una facultad no exclusiva del Poder Judicial (justicia ordinaria), sino que lo es respecto de todas las instancias que administran justicia (entre las cuales se encuentran las autoridades indígenas

---

<sup>317</sup> CLAVERO, Bartolomé. “Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: el reto constituyente de Bolivia”. En: Revista Española de Derecho Constitucional, N.º 94, enero – abril 2012, páginas 29 – 60, p. 37.

que ejercen jurisdicción) e incluso de algunas instancias pertenecientes a la administración pública.

Así, como sustentamos antes (véase *supra* 2.2.2), a partir de una *interpretación sistemática* de la Constitución – realizada en atención de los principios de *unidad y concordancia práctica* – podemos colegir que toda instancia que administra justicia, es decir que ejerce jurisdicción tiene la facultad de aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, no siendo ésta una prerrogativa exclusiva ni privativa del Poder Judicial (justicia ordinaria).

Por consiguiente, en el caso que las autoridades indígenas - en el contexto del ejercicio de sus funciones de administrar justicia - advierten que la norma infraconstitucional o de su derecho propio resulta incompatible con La Constitución y las normas que configuran su bloque de constitucionalidad (“derecho común cooperativo”) tienen el *poder deber* de inaplicar dicha norma, es decir, pueden aplicar el control difuso como mecanismo legítimo y constitucional para garantizar sus derechos colectivos e individuales frente a normas (incluso propias) que los vulneran.

Por lo tanto, consideramos que esta interpretación es compatible con la Constitución y con lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional, instancia que en reiterada jurisprudencia (véase *supra* 2.4) estableció que una interpretación en el sentido de considerar que sólo el Poder Judicial puede aplicar el control difuso sería *producto de un defectuoso e inadecuado ejercicio de interpretación constitucional*.

En efecto, el Tribunal Constitucional, al abordar los alcances del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes estableció en el caso Salazar Yarlenque que se trata de un poder deber no sólo para aquellas instancias que ejercen jurisdicción ordinaria, sino también para otras instancias que ejercen jurisdicción y determinadas instancias de la administración pública.

De la misma opinión es LANDA cuando señala que “dichos tribunales administrativos no se limitan a constatar la adecuación de las normas administrativas a las normas legales, puesto que también tienen el poder-deber de proteger los derechos fundamentales de los administrados y la primacía jurídica de la Constitución”<sup>318</sup>.

No obstante ello, cabe mencionar que lamentablemente el Tribunal Constitucional en una reciente sentencia recaída en el Expediente N.º 04293-2012-PA/TC (Caso del Consorcio Requena) dejó sin efecto su reiterada jurisprudencia y precedente constitucional recaído en el caso Salazar Yarlenque sobre el deber que tienen los tribunales administrativos que administran justicia de aplicar el control difuso.

Al respecto, como anteriormente lo hemos manifestamos – véase *supra* 2.4.2 - dejamos constancia de nuestro desacuerdo con dicha sentencia que implica un retroceso en contra de la protección y defensa de los derechos fundamentales, que supuestamente debe garantizar el Tribunal Constitucional en atención estricta del Principio de Supremacía de la Constitución.

### **3.1.5. El control difuso como un *recurso efectivo de una autoridad competente para proteger derechos* en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Además de los cuatro presupuestos antes analizados que sustentan la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción, existen dos disposiciones específicas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>319</sup> que se constituyen en argumentos complementarios de especial interés.

---

<sup>318</sup> LANDA ARROYO, César. “*El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. En: CASTILLO FREYRE, Mario (Editor). Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. PALESTRA EDITORES S.A.C, Lima., p.33.

Por un lado, el inciso a) del artículo 2 de dicho tratado internacional establece que “[t]oda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados **podrá interponer un recurso efectivo**, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales” (subrayado nuestro).

Por su parte, el inciso b) del mismo artículo establece que “[l]a autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, **o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado**, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y **desarrollará las posibilidades de recurso judicial**” (subrayado nuestro).

Ante las dos disposiciones concretas antes citadas, nada obsta para que en un caso concreto de vulneración de derechos – sean colectivos o individuales– las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción (*autoridades competentes previstas expresamente en la Constitución Política de 1993*) puedan inaplicar una determinada norma – sea de su *derecho propio* o del *derecho formal oficial* – a efectos de garantizar el ejercicio de dichos derechos en la medida que los mismos serían conculcados por la vigencia de alguna norma perteneciente a cualquiera de los dos ámbitos normativos antedichos.

En dichos casos, sería precisamente el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el *recurso efectivo* que posibilitaría en un determinado supuesto de hecho garantizar el ejercicio de los derechos vulnerados o en peligro de vulnerarse.

---

<sup>319</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor para el estado peruano 28 de julio de 1978. Puede accederse al texto completo de dicho tratado internacional a través del siguiente enlace web: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>



### 3.2. La aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción

Teniéndose presente los antecedentes antes abordados y el análisis realizado anteriormente de la normativa que regula el denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, esto es, el artículo 138 de la Constitución de 1993<sup>320</sup> (véase *supra* 2.2.2) y el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>321</sup> (véase *supra* 2.2.3), nada obsta que las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción - en un caso concreto sometido a su consideración - puedan inaplicar una norma infra constitucional en defensa de la primacía de la respectiva norma constitucional y del denominado *Derecho Común Cooperativo*.

Como podemos constatar, ninguna de las dos normas antes aludidas – una perteneciente al propio texto constitucional y otra al denominado “*bloque de constitucionalidad*” - restringen la posibilidad de ejercer el denominado control difuso exclusivamente a los jueces pertenecientes al Poder Judicial, sino aluden a los jueces en general. Precisamente debido a ello, CLAVERO sostiene que:

El Código Procesal Constitucional no hace excepción alguna en lo que respecta a la competencia judicial de control de constitucionalidad ni en la Constitución la hay. *Toda la justicia tiene esta competencia y la justicia indígena es justicia, para ella misma desde luego, pero también para la propia Constitución [...] no hay razón para entender que tanto la justicia de*

---

<sup>320</sup> Artículo 138 de la Constitución Política de 1993: “[...] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

<sup>321</sup> Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.- “[...] Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”.

*paz como la justicia indígena estén privadas de competencia en el ámbito del control difuso de constitucionalidad*<sup>322</sup> (resaltado nuestro).

Ahora bien, serían básicamente dos los supuestos de hecho – específicos y diferenciados - donde cabría dicha aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la justicia indígena: uno respecto de las normas del derecho *formal u oficial* emitido por las diversas instancias legislativas (tales como el Congreso de la República) y ejecutivas (tales como los Ministerios) con potestades legislativas que contravienen la Constitución; y, otro, respecto del *derecho propio* de los pueblos indígenas (derecho consuetudinario en la terminología de la Constitución) que contravienen la Constitución.

### **3.2.1. La aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena respecto de la normativa legal u “oficial”**

Un primer supuesto de hecho específico en el cual es totalmente viable que las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción apliquen el control difuso de constitucionalidad es respecto de normas del derecho *formal u oficial*, es decir, de las normas emitidas por las diversas instancias de los denominados Poder Legislativo y Ejecutivo, así como de los gobiernos locales y regionales que cuentan con potestades legislativas.

Como veremos más adelante – véase *infra* 4.2.1 – existen varios casos posibles en los cuales cabría tal aplicación, principalmente en salvaguarda del ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, cuyas principales prerrogativas - en atención de los estándares internacionales contenidos en el denominado *Derecho Común Cooperativo* – pueden verse limitadas o restringidas en su cabal ejercicio por la vigencia de normas infra constitucionales que las contravienen, no las reconocen o no las respetan completamente.

<sup>322</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Perú: Control de Constitucionalidad, Justicia Indígena y Derecho de Consulta*. Consulta: 08/08/2012. Artículo aparecido en la bitácora digital del autor (<http://clavero.derechosindigenas.org>), páginas 6 y 7.

Al respecto, según CLAVERO, uno de los supuestos de hecho concretos en los cuales cabría la aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena es la reciente normativa emitida por el Congreso de la República sobre del derecho de consulta previa, libre e informada, respecto de cuya inconstitucionalidad se tiene a la justicia. Pero “no sólo se tiene al Tribunal Constitucional, sino a todo el sistema judicial con todas sus posibilidades de control difuso de constitucionalidad y, entre estas, a la propia justicia indígena”<sup>323</sup>. En este mismo orden de ideas, CLAVERO menciona que:

[...] no hay razón para entender que tanto la justicia de paz como la justicia indígena estén privadas de competencia en el ámbito del control difuso de constitucionalidad. No hay razón para no acudir a la propia justicia indígena en *defensa del derecho de consulta impugnándose las normas que aparentemente cubran actuaciones de toda índole que conculquen tal derecho*. No se arguya que la parte indígena sería entonces juez además de parte, pues, con este argumento, la justicia del Estado también sería siempre justicia de parte<sup>324</sup>. (Subrayado nuestro).

De la misma opinión es PEÑA, quien considera que en la medida que la propia Constitución otorga a los pueblos indígenas la facultad de juzgar y resolver sus conflictos, en atención del artículo 149 de la Constitución, éstos tienen el derecho constitucional de ejercer el control difuso o aplicar la supremacía constitucional en su territorio según lo establecido en el artículo 138 de la Constitución. Por lo tanto, los pueblos indígenas “*pueden no acatar los Decretos y Leyes que afectan sus históricos derechos de propiedad y recursos naturales de subsistencia por considerar que atentan contra la misma Constitución Política del Perú*”<sup>325</sup> (subrayado nuestro).

<sup>323</sup> CLAVERO, Bartolomé. Perú: Control de Constitucionalidad, Justicia Indígena y Derecho de Consulta. Op. cit., p., 5

<sup>324</sup> CLAVERO, Bartolomé. Perú: Control de Constitucionalidad, Justicia Indígena y Derecho de Consulta. Op. cit., páginas 56.

<sup>325</sup> PEÑA JUMPA, Antonio. *La legítima defensa constitucional de las comunidades amazónicas: Derechos constitucionales que pueden prevenir un desastre jurídico*. Consulta: 12/08/2012. Artículo aparecido en el siguiente enlace web: <http://derechoydesastre.wordpress.com/2009/05/17/la-legitima-defensa-constitucional-de-las-comunidades-amazonicas-derechos-constitucionales-que-pueden-prevenir-un-desastre-politico/>

En concordancia con los aludidos autores, a nuestro parecer, el actual contexto político de nuestro país y las diversas y recientes ocasiones en las cuales los gobiernos de turno, so pretexto de promover (muchas veces a ultranza) las inversiones nacionales e internacionales desconociendo en muchos casos concretos las diversas prerrogativas y alcances de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, justifica la necesidad de promover el control difuso como mecanismo legítimo de defensa de éstos.

Así, consideramos que estamos en un contexto que hace imperativo activar todos los mecanismos disponibles que puedan ser efectivos para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas en atención de los estándares nacionales e internacionales que configuran el denominado *Derecho Común Cooperativo*. Uno de dichos mecanismos ejercitados por los propios titulares de los derechos colectivos es precisamente la posibilidad de aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

### **3.2.2. La aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena respecto de su *derecho propio***

El segundo supuesto de hecho en el cual es totalmente viable que las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción apliquen el control difuso es respecto de aquellas normas que perteneciendo a su *derecho propio* (derecho consuetudinario según la terminología de la Constitución) contravengan los derechos humanos fundamentales y principios incluidos en la Constitución y el *Derecho Común Cooperativo*.

Ello conlleva que, en el caso concreto que los jueces indígenas consideren que una disposición específica de su *derecho propio* (véase supra 1.4.3.2) contraviene algún derecho o principio contenido en la Constitución o en el

---

denominado *Derecho Común Cooperativo* inapliquen dicha norma al caso concreto en salvaguarda de la vigencia de dicho derecho o principio.

Consideramos que este segundo supuesto concreto de aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena respecto del *derecho propio* sería de especial relevancia en aquellos supuestos en los cuales éste contenga disposiciones cuya aplicación conllevaría la violación de derechos humanos fundamentales, situación que precisamente constituye el límite de la aplicación de la jurisdicción indígena según el artículo 149 de la Constitución (véase *supra* 1.4.4).

Así, por ejemplo, en aquellos casos en los cuales según un determinado *derecho propio* se apliquen sanciones que constituyan casos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes; o se vulneren derechos humanos, tales como el derecho a la no discriminación entre hombres o mujeres, las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción estarían legítimamente facultados y obligados a inaplicar dichas disposiciones de su *derecho propio* para garantizar el ejercicio de los derechos humanos fundamentales contenidos en la Constitución y en el *denominado Derecho Común Cooperativo*. Ello, por cuanto, como manifiesta DE SOUSA, que:

En la arquitectura del Estado moderno, el derecho infraconstitucional no puede violar la Constitución dada la primacía que le es atribuida en cuanto ley fundamental. Siempre que se reconoce oficialmente el pluralismo jurídico, **todos los sistemas de justicia reconocidos deben, de igual modo, obedecer la Constitución [...]** Por eso, **la obediencia que la justicia indígena debe a la Constitución es la misma que la debida por la justicia ordinaria**. Dada asimismo la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), tanto la justicia indígena como la justicia ordinaria le deben obediencia<sup>326</sup> (resaltado nuestro).

---

<sup>326</sup> DE SOUSA, Boaventura. “*Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*”. En: DE SOUSA SANTOS, Boaventura & EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (Editores). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (páginas 11 – 48). Quito, Fundación Rosa Luxemburg & Ediciones Abya Yala, 2012, pp. 37 – 38.



En concordancia con el autor antes citado, a nuestro parecer, la aplicación del control difuso de constitucionalidad respecto de las normas del *derecho propio* resultaría especialmente útil en aquellos casos en los cuales los propios sistemas jurídicos indígenas incluyen prácticas cuya aplicación vulneraría principios o derechos constitucionalmente reconocidos, respecto de los cuales existe un consenso internacional respecto de su vigencia en toda circunstancia y contexto, en la medida que se encuentran íntimamente imbricados a la premisa antropológica de todo Estado Constitucional de Derecho, esto es la dignidad de la persona humana.

### **3.2.3. La aplicación del control difuso de *convencionalidad* de las leyes por parte de la jurisdicción indígena**

Teniéndose presente los caracteres y alcances del denominado *control difuso de convencionalidad de las leyes* (véase *supra* 2.5) como mecanismo complementario del *control difuso de constitucionalidad*, podemos colegir que las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción están facultadas también a inaplicar cualquier disposición interna (sea del derecho formal u oficial o de su derecho propio) que contravenga dichas normas jurídicas que como analizamos son vinculantes y de aplicación directa e inmediata (véase *supra* 2.3.3 y 2.5.1).

Esto, a través del cual los jueces nacionales tienen la posibilidad de cotejar las normas nacionales frente a los estándares internacionales de protección de derechos humanos - contenidos tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en los demás tratados sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte (incluida la Convención 169 de la OIT) .

La aplicación del *control difuso de convencionalidad* cobra especial interés en el caso de la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, toda vez que precisamente en las diversas normas que configuran los denominados *bloques de constitucionalidad* – véase *supra* 2.3.4 – y de

*convencionalidad* se encuentran los principales estándares de protección de estos derechos, constituyendo un todo orgánico e integrado que configura el denominado *Derecho Común Cooperativo*.

En este sentido, estamos ante un ámbito privilegiado donde opera la denominada “comunicación transjudicial” (*transjudicial communication*) consistente en la relativización de un ordenamiento nacional a través de la apertura constitucional respecto de normas pertenecientes al derecho internacional (contenidas generalmente en tratados internacionales).

Así, como atinadamente menciona TORRES, el denominado *control de convencionalidad* se constituye en una “manifestación de la existencia de multiplicidad de instancias jurisdiccionales tendentes a articular la garantía efectiva de los derechos fundamentales. De hecho, en ello reside la noción de complementariedad de las jurisdicciones, en este caso entre la constitucional y la jurisdicción interamericana”<sup>327</sup>, complementariedad que precisamente es la razón de ser y el sustento del *Derecho Común Cooperativo* propuesto por Häberle.

A su vez, el denominado *control de convencionalidad* fortalece el papel del juez (sea éste un juez ordinario o un juez indígena) en su ineludible y primaria función de garante de los derechos humanos fundamentales de las personas. En este sentido:

[...] el hecho que el control de convencionalidad también **sea manifestación de la existencia de puentes dialógicos permite colocar de relieve el papel del juez en la protección de los derechos del individuo**. [...] La relevancia del rol de este último se construye a partir de la idea que **la Constitución es una norma que por su grado de indeterminación permite al juez desarrollar capacidad argumentativa en los procesos de aplicación e interpretación de la misma**. Dado que

---

<sup>327</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012, p. 139 – 140.

el concepto de Constitución involucra a fuentes de orden externo, entonces todas se encuentran vinculadas por la tarea interpretativa para dotar de contenido a los derechos [...] <sup>328</sup> (resaltado nuestro).

Así las cosas, cualquier juez nacional – incluidas las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción – al realizar un ejercicio de interpretación respecto de cualquier derecho fundamental, teniendo presentes el artículo 3 (número abierto de derechos fundamentales) <sup>329</sup> y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (interpretación acorde a estándares internacionales) <sup>330</sup>; así como, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (interpretación conforme a tratados internacionales y decisiones de tribunales internacionales) <sup>331</sup> está facultado a inaplicar una determinada norma interna, aplicando en forma simultánea el *control difuso de constitucionalidad* y el de *convencionalidad* de las leyes, salvaguardando así la prevalencia y *supremacía de la Constitución* y del *Derecho Común Cooperativo*.

---

<sup>328</sup> TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Op. cit. p. 140.

<sup>329</sup> Artículo 3 de la Constitución. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

<sup>330</sup> Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. “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”.

<sup>331</sup> Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

### 3.2.4. La posibilidad de revisión de los casos de aplicación del control difuso por la jurisdicción indígena por parte del Tribunal Constitucional

Ahora bien, estando aún pendiente en el caso peruano la regulación de las relaciones de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena a través de una ley de desarrollo constitucional, en atención de lo establecido en el último párrafo del artículo 149 de la Constitución (véase *supra* 1.7.4), consideramos que un tema de dicha agenda pendiente será precisamente abordar qué posibilidades de revisión cabrían por parte del Tribunal Constitucional (máximo intérprete de la Constitución) de aquellos casos en los cuales las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción han ejercido el control difuso de constitucionalidad.

Asimismo, estaría pendiente establecer cuáles serían las funciones de registro de dichos casos en los cuales las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción aplican el control difuso que pudiera desarrollar el Tribunal Constitucional u alguna otra entidad (de registro jurisprudencial o académica) designada por éste.

Al respecto es interesante resaltar lo manifestado por CLAVERO respecto de la coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, ésta “se ha producido en los términos de eculización con la justicia de paz *sin tomarse en cuenta que ambas cuentan con competencia de control de constitucionalidad y que por lo tanto deben también coordinarse hasta con el Tribunal Constitucional*. Un Código Procesal Constitucional reformado habría de ocuparse”<sup>332</sup> (subrayado nuestro).

---

<sup>332</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Perú: Control de Constitucionalidad, Justicia Indígena y Derecho de Consulta*. Op. Cit., p. 6.

Es decir, la necesidad de coordinación no se limita al ámbito de las instancias jurisdiccionales donde se resuelven – o por lo menos se abordan – la mayoría de casos y conflictos sociales (primeras y segundas instancias de la jurisdicción ordinaria), sino que necesariamente también se extiende al ámbito de la jurisdicción constitucional, ámbito donde deberán ponderarse – y acaso registrarse - aquellos casos de ejercicio de control difuso de la constitucionalidad relacionados a la vigencia de los derechos humanos fundamentales.

En este sentido, la referida regulación tendría además que abocarse a la posibilidad incluso de reformular la propia constitución del Tribunal Constitucional, en el cual a nuestro parecer debería haber representación indígena, como en el caso del Tribunal Plurinacional de Bolivia, el cual - según el artículo 197 de la Constitución Boliviana vigente de 2009 - “estará integrado por Magistradas y Magistrados *elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino*” (subrayado nuestro). Precisamente debido a ello, DE SOUSA sostiene respecto de la composición de los tribunales constitucionales que:

[...] 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** [...] No siendo esto posible, por razones políticas u otras, es fundamental que los miembros del Tribunal Constitucional den cumplimiento al objetivo constitucional de construir con el tiempo una justicia intercultural asentada en la ecología de saberes jurídicos<sup>333</sup>.

En buena cuenta de lo que se trata es de constituir una *justicia intercultural* que supere la mera coexistencia de la justicia ordinaria y la justicia indígena, basada en lo que DE SOUSA denomina una “ecología de saberes”, es decir “el

---

<sup>333</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “*Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*”. Op. cit., p. 39.



aprendizaje recíproco de los dos sistemas en presencia y en el enriquecimiento que de ello puede resultar para ambos”<sup>334</sup>.

En este sentido, teniendo como ideal lo que también DE SOUSA denominada **convivialidad**, aquella aspiración de que la justicia ordinaria y la justicia indígena se reconozcan mutuamente y se enriquezcan una a la otra en el propio proceso de relación, obviamente respetando la autonomía de cada una de ellas y los respectivos dominios de jurisdicción reservada<sup>335</sup>.

### 3.3. **A modo de conclusión: El control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena como una manifestación tangible de una sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución Cultural**

En la medida que la Constitución no es un mero entramado de normas (las cuales se interpretan en dinámicos y complejos procesos jurídicos y políticos), sino también la expresión concreta de un contexto cultural específico (en permanente cambio y dinamismo), es decir, la expresión de un determinado estado de desarrollo cultural de la sociedad; el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena se constituye en una expresión concreta de una *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución* (entendida ésta última como proceso público).

Esta concepción plural y abierta de una Constitución “viva” (*living constitution*) – en la concepción HÄBERLE “la teoría de la Constitución como ciencia de la cultura”<sup>336</sup> - resulta de inusitado interés en contextos pluriculturales como los nuestros, en los cuales, además de coexistir contextos culturales diversos que interactúan recíprocamente, resulta necesario y acuciante promover un proceso

---

<sup>334</sup> Ídem, p. 36.

<sup>335</sup> Ídem, p. 34.

<sup>336</sup> Para una introducción general a dicho concepto recomendamos la lectura del libro de Peter Häberle “*Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*” (Madrid, Editorial Tecnos, 2000).

sostenido de interculturalidad, que supere las tendencias meramente asimilacionistas o negacionistas del pasado. Por lo tanto, en estos contextos es precisamente donde las constituciones vivas son consideradas como:

[...] obra de todos los intérpretes de la Constitución en una sociedad abierta, son más bien, de acuerdo con su forma y su contenido, expresión y mediación de cultura, marcos de recepción y (re)producción cultural, así como archivo cultural para las informaciones, las experiencias, las vivencias y el saber popular recibidos<sup>337</sup>.

En este orden de ideas, la aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena se constituye en una expresión paradigmática de lo que el profesor HÄBERLE denomina *una sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*, según la cual:

[...] en los procesos de la interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, **todos los ciudadanos y grupos** [...]. En realidad es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas **—en la medida en que son participantes materiales—**, porque la interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella [...].<sup>338</sup> (resaltado nuestro).

En el mismo orden de ideas, la aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena se constituye en una expresión concreta de lo que el profesor DE SOUSA denomina “convivialidad” entre la justicia indígena y la justicia ordinaria (véase *supra* 3.2.4), requisito básico – según dicho autor - para los acuciantes procesos de refundación del *Estado Plurinacional* requeridos en países como el nuestro.

---

<sup>337</sup> HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid, Editorial Trotta, 1988, p. 46.

<sup>338</sup> HÄBERLE, Peter. “*La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución*”. En: Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 6, Número 11, 2008, (páginas 29 – 61), p. 31.

A modo de conclusión, podemos colegir entonces que los jueces indígenas al ejercer el control difuso de constitucionalidad se constituyen en representantes paradigmáticos – sobre todo en contextos multiculturales como los nuestros - de una *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*, la cual en la medida que es un proceso público y dinámico es expresión de un desarrollo cultural concreto donde dicho mecanismo da cuenta - también ejemplarmente - de un proceso de diálogo intercultural (aún incipiente en países como los nuestros).

En suma, se trata de un espacio - a nuestro parecer – muy propicio para promover, a través de la utilización de un mecanismo previsto para salvaguardar un instituto jurídico de origen “occidental” como *el principio de supremacía de la Constitución*, un espacio de convivencia intercultural, entendida ésta como proceso ético político, es decir, un encuentro de sensibilidades y un diálogo entre racionalidades.

Este espacio estaría signado - además - por la necesidad de garantizar la vigencia de principios y derechos respecto de los cuales existiría - en el ámbito del *derecho común cooperativo* - un consenso multicultural previo o, por lo menos, la constatación cierta de que se trata – en la mayoría de casos – de productos de reivindicaciones indígenas que han ido desmontando categorías mentales que se encuentran en la base de la violencia simbólica y la estigmatización social.

## CAPÍTULO IV

### **ANTECEDENTES Y CASOS HIPOTÉTICOS DE APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA**

Habiéndose abordado precedentemente la viabilidad y el sustento constitucional de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción, en el presente capítulo abordaremos algunos supuestos de hecho concretos en los cuales consideramos que dicho ejercicio sería de especial utilidad para garantizar, tanto el ejercicio de sus derechos colectivos frente a la normativa infra constitucional, como para garantizar la prevalencia de los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución frente a disposiciones de su derecho propio que los contravienen

#### 4.1. Antecedentes de aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de la jurisdicción indígena

Si bien la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes es un mecanismo que puede ser aplicado legítimamente por las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción (en tanto instancias jurisdiccionales que tienen el mandato de garantizar el *principio de supremacía de la Constitución*), en la práctica consuetudinaria tanto de las comunidades nativas, comunidades campesinas y de las rondas campesinas, denominadas así por nuestra legislación, no hemos encontrado antecedentes concretos de dicha aplicación, sea respecto del *derecho formal u oficial* o sea respecto del *derecho propio*.

A nuestro parecer, ello se explica básicamente por dos motivos. En primer lugar, el ejercicio de la jurisdicción indígena aún no ha desplegado en nuestro país todas sus prerrogativas y facultades inherentes a su especial condición, esto es, ser manifestación concreta del ejercicio del derecho a la libre determinación y del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas.

Ello se explica, en parte, por el aún escaso conocimiento y reconocimiento de la jurisdicción indígena por parte de la jurisdicción ordinaria, cuyos jueces no sólo han desconocido sus prerrogativas y facultades, sino que incluso - en muchos casos - la han casi desconocido o pretendido subordinarla a la jurisdicción ordinaria.

En este sentido, la ausencia de una ley concreta que desarrolle las necesarias coordinaciones entre ambas jurisdicciones – mandato específico contenido en el último párrafo del artículo 149 de la Constitución Política – es aún una falencia que debe superarse y atenderse como un paso básico e ineludible en el proceso de diálogo intercultural en nuestro país.

En segundo lugar, las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción se han limitado a aplicar las disposiciones, procedimientos y mecanismos



pertenecientes a su *derecho propio* en la solución de los conflictos sociales internos ocurridos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, sin haber conocido y ponderado suficientemente otros mecanismos que legítimamente pueden ser aplicados por ellos en tanto instancias jurisdiccionales constitucionalmente reconocidas.

El conocimiento, ponderación y aplicación de un mecanismo como el control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción será de especial utilidad en un contexto como el actual, en el cual, por un lado, los pueblos indígenas deben defender el ejercicio de sus derechos colectivos frente a la aplicación de normas infra constitucionales pertenecientes a la *normativa ordinaria* que no reconocen tales derechos en atención de la Constitución y los estándares internacionales existentes; y, por otro lado, los pueblos indígenas deben fortalecer y legitimar su jurisdicción indígena, inaplicando aquellas normas de su *derecho propio* que contravengan principios y derechos básicos contenidos en la Constitución y en el denominado *Derecho Común Cooperativo* (por ejemplo, el caso de la equidad de género entre mujeres y varones).

#### **4.2. Casos hipotéticos de aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la jurisdicción indígena**

A continuación, reseñaremos sucintamente algunos casos hipotéticos concretos en los cuales las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción pueden aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, tanto respecto de la *normativa ordinaria* como respecto de su *derecho propio*.

Dejamos expresa constancia que la selección de casos hipotéticos que hemos realizado en ningún sentido agota los supuestos de hecho específicos en los cuales puede aplicarse el control difuso, siendo tan sólo una muestra que consideramos significativa en el actual contexto nacional. En este sentido,

nuestra selección se basa en casos concretos recientes de vulneración de derechos colectivos de los pueblos indígenas, en los cuales, consideramos de especial utilidad, la aplicación del denominado control difuso como un mecanismo útil y efectivo de defensa de sus derechos humanos.

#### **4.2.1. Casos hipotéticos de aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena respecto de la normativa legal “oficial” que contraviene la Constitución**

##### **4.2.1.1. El caso de la Ley y del Reglamento de consulta previa**

Un primer supuesto de hecho concreto en el cual podría aplicarse el control difuso por parte de la jurisdicción indígena sería respecto de algunas disposiciones de las recientes Ley de consulta previa (Ley N.º 29785) y su respectivo Reglamento (Decreto Supremo N.º 001-2012-MC), normas – emitidas por el Congreso de la República y el Ministerio de Cultura respectivamente - que contienen disposiciones restrictivas de los alcances de dicho derecho colectivo, según lo establecido tanto en el Convenio N.º 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los parámetros establecidos por la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana, normas que conforman lo que hemos venido denominando el *Derecho Común Cooperativo*. Al respecto, como atinadamente señala RUÍZ:

Si bien el Congreso y en menor medida el Poder Ejecutivo tienen un margen de discrecionalidad a la hora de configurar el contenido de las normas legales y reglamentarias, esta facultad no implica un poder y una libertad irrestricta. Tiene un límite, el contenido constitucional y/o el contenido esencial del derecho a la consulta, el cual está precisado y desarrollado tanto en el Convenio 169 de la OIT como en su desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y por el Tribunal Constitucional (TC). **Estas reglas son vinculantes y limitan la discrecionalidad del poder político a la hora de desarrollar normativamente el derecho a la consulta [...].** Estas

normas de rango constitucional que desarrollan el contenido del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, **cumplen la función de parámetro y de criterio de validez de las normas de rango legal y reglamentario. Es decir, aquella norma que se oponga o que desnaturalice carecerá de validez y de eficacia jurídica**<sup>339</sup> (resaltado nuestro).

Así, en un caso concreto en el cual en el ámbito territorial de un determinado pueblo indígena, pretenda aplicarse alguna de las disposiciones restrictivas del derecho a la consulta previa, libre e informada, las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción en su ámbito territorial estarían legitimadas constitucionalmente para inaplicar, en un caso concreto sometido a su consideración (sea por los propios pueblos indígenas o por un tercero), dichas disposiciones restrictivas y aplicar la disposición respectiva de la Constitución o del *Derecho Común Cooperativo*. En este sentido, como atinadamente señala CLAVERO:

Una vez que existe la Ley con la virtud de introducir en la agenda el derecho de consulta, si la misma es en efecto deficiente, puede y debe hacerse valer su carácter reglamentario respecto a una norma de entidad constitucional, el Convenio 169, para que sea ésta la que por fin se aplique, como debiera estar haciéndose desde hace más de quince años. El Reglamento puede y debe serlo del Convenio y de la Ley conjuntamente, resolviendo contradicciones y completando lagunas [...] <sup>340</sup>.

Ahora bien, en términos sucintos podemos reseñar aquellas disposiciones concretas de la Ley y del Reglamento del derecho de consulta que podrían inaplicarse en un caso concreto en la medida que se consideren inconstitucionales. A modo de ejemplo tenemos lo siguiente:

A. La Ley de consulta previa establece requisitos adicionales y contrarios para quienes deben ser considerados pueblos indígenas a diferencia de

<sup>339</sup> RUÍZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima, Instituto de Defensa Legal, 2012, páginas 233 – 234.

<sup>340</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Perú: Control de Constitucionalidad, Justicia Indígena y Derecho de Consulta*. Consulta: 13/02/13. Artículo aparecido en la bitácora digital del autor: <http://clavero.derechosindigenas.org>, página 5.

los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT (artículo 7 de la Ley) :

Artículo 7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios

Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes:

- a) **Descendencia directa** de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- c) Instituciones sociales y costumbres propias.
- d) **Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.** (...) (resaltado nuestro de la norma cuestionada).

B. Aplicación del Reglamento de la Ley de consulta sólo respecto de las medidas legislativas o administrativas posteriores a su propia vigencia (artículo 2 inciso 1 del Reglamento), no haciéndose mención a las medidas que se hayan adoptado sin ejercitar el derecho de consulta en el período comprendió entre la entrada en vigencia para el caso peruano del Convenio 169 de la OIT, es decir, a partir del 5 de febrero de 1995 y la fecha de emisión de la Ley de Consulta, el 7 de septiembre de 2011:

Artículo 2 inciso 1: Ámbito de aplicación:

El Reglamento **se aplica a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo** a través de las distintas entidades que lo conforman, **así como a los Decretos Legislativos que se emitan** conforme a lo establecido en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú. [...] (resaltado nuestro de la norma cuestionada).

C. El Reglamento de la Ley de consulta subordina innecesariamente el ejercicio del derecho a la consulta por parte de los gobiernos regionales y locales a un *previo informe favorable* del Vice Ministerio de Interculturalidad (artículo 2 inciso 3 del Reglamento):

Artículo 2 inciso 3:

Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, **previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad**, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas [...] (resaltado nuestro de la norma cuestionada).

- D. El Reglamento de la Ley de consulta desconoce que en el caso de las actividades extractivas, la primera medida administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas es el otorgamiento de una concesión y no el inicio de la etapa de exploración o explotación (artículos 3 i) y 6 del Reglamento):

#### Artículo 3°.- Definiciones

El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones: [...]

- i) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como **el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto**, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas [...] (resaltado nuestro de la norma cuestionada).

#### Artículo 6°.- Consulta previa y recursos naturales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15° del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, **antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3°, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas**, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso. (resaltado nuestro de la norma cuestionada)



- E. El Reglamento de la Ley de consulta refiere que no son materia de consulta las decisiones estatales de carácter extraordinario dirigidas a enfrentar situaciones temporales, tales como las incluidas en los denominados Decretos de Urgencia, normas que en determinados contextos se han emitido con otros fines subalternos, debido a lo cual han sido muy cuestionadas (artículo 5 inciso I del Reglamento):

Artículo 5°.- De la obligación de consultar

La obligación de consultar al o los pueblos indígenas deriva del Convenio 169 de la OIT y de la Ley y constituye una responsabilidad del Estado Peruano. Dicha obligación significa que: [...]

l) **No requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia** derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas que requieren una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas. El mismo tratamiento reciben las medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes [...] (resaltado nuestro de la norma cuestionada).

- F. El Reglamento de la Ley de consulta excluye a las organizaciones nacionales o departamentales de los pueblos indígenas de los procesos de consulta locales desconociendo su derecho de elegir – en ejercicio de su autonomía - si tales “instituciones representativas” participarán o no de tales procesos (artículo 7 inciso 2 del Reglamento):

Artículo 7° inciso 2.- Sujetos del derecho a la consulta [...]

Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas **del ámbito geográfico en el cual se ejecutaría dicha medida o que sea afectado directamente por ella. La consulta se realiza a través de sus organizaciones representativas.** Para ello, los pueblos indígenas nombrarán a sus representantes según sus usos, costumbres y normas propias” (resaltado nuestro de la norma cuestionada).

- G. El Reglamento de la Ley de consulta no establece como obligatorio - sino como **meramente opcional** - que los pueblos indígenas participen en las reuniones preparatorias y en el proceso de elaboración del Plan de Consulta en un caso específico (artículo 15 del Reglamento):

Artículo 15°.- Reuniones preparatorias

Las entidades promotoras **pueden realizar** reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta.

También **podrán realizar** dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores a las contenidas en el Reglamento” (resaltado nuestro de la norma cuestionada).

- H. El Reglamento de la Ley de consulta establece un plazo máximo para todo el proceso de consulta de ciento veinte (120) días calendario, lo cual mellaría en determinados casos complejos la *buena fe* por parte del Estado, habida cuenta de que estaríamos ante procesos de diálogo intercultural que requieren de mayor flexibilidad en cuanto a los plazos (artículo 24 del Reglamento):

Artículo 24°.- Plazo máximo del proceso de consulta

El **plazo máximo** para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta (resaltado nuestro de la norma cuestionada).

- I. El Reglamento de la Ley de consulta señala que no serían materia de consulta obras públicas (tales como infraestructura en salud o educación o relacionada a servicios públicos) que tendrían por objeto “beneficiar” a los pueblos indígenas (Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento):

Décimo quinta.- Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos

La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, **no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento**” (resaltado nuestro de la norma cuestionada).

- J. El Reglamento de la Ley de consulta no reconoce la obligación del Estado de no sólo consultar sino de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en los casos de megaproyectos, es decir de aquellos *planes de desarrollo o de inversión a gran escala* a los cuales alude la Corte Interamericana en el párrafo 134 de su sentencia correspondiente al Caso Saramaka *versus* Surinam<sup>341</sup> (la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento sólo incluye los supuestos de desplazamiento y de depósito de materiales tóxicos); y,
- K. Tanto la Ley del derecho a la consulta como su Reglamento desconocen la obligación establecida por la Corte Interamericana en el párrafo 129 de su sentencia correspondiente al Caso Saramaka *versus* Surinam<sup>342</sup> de “garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio

<sup>341</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka versus Surinam, párrafo 134 “[...] la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)

<sup>342</sup> Cabe mencionar que la Corte Interamericana en dicho caso ha señalado las tres garantías que debe cumplir todo Estado, al respecto menciona: “[...] primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka versus Surinam. Op. Cit., párrafo 129.

Saramaka a menos y hasta que **entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental**” (subrayado nuestro).

En el caso peruano los denominados Estudios de Impacto Ambiental no los realiza el Ministerio del Ambiente (autoridad que sería la técnicamente competente), sino cada sector o ministerio interesado en el desarrollo de la propia actividad. Además, dichos estudios los realizan empresas consultoras contratadas y pagadas por las propias empresas extractivas.

#### 4.2.1.2. **Los casos de normativa nacional perteneciente a los diversos sectores del Poder Ejecutivo que regulan los procedimientos para el ejercicio del derecho a la consulta previa en los contextos del otorgamiento de concesiones o de la aprobación de los instrumentos de gestión ambientales relacionados a éstas ubicados en el ámbito de los territorios de los pueblos indígenas**

Además de las disposiciones antes aludidas de la Ley y del Reglamento que regulan el derecho de consulta en el caso peruano, existen otras normas sectoriales que también podrían ser inaplicadas en un caso concreto en la medida que las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción las consideren inconstitucionales.

Un caso concreto es la Resolución Ministerial N.º 202-2012-MC<sup>343</sup>, a través de la cual el Ministerio de Cultura aprobó la Directiva N° 03-2012/MC, la cual regula el funcionamiento de la *Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios*, cuyos artículo 7.1.3<sup>344</sup> y 7.1.5<sup>345</sup> incorporan dos nuevos requisitos

<sup>343</sup> Ministerio de Cultura. Resolución Ministerial N.º 202-2012-MC del 22 de mayo de 2012.

<sup>344</sup> Resolución Ministerial N.º 202-2013-MC. **Artículo 7.1.3:** “Los criterios objetivos incluyen lo siguiente: “continuidad histórica”, es decir, permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado; “conexión territorial”, entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas; e “instituciones políticas,

para ser considerado pueblo indígena (denominados *elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena*): la permanencia u ocupación de su territorio ancestral y la conservación de la lengua indígena.

Si bien la propia Directiva establece que la mencionada Base de Datos tiene un “carácter declarativo y referencial”, en determinados contextos la aplicación de la misma en tanto herramienta para identificar a los pueblos indígenas podría desnaturalizar lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, exigiendo requisitos adicionales respecto de los ahí establecidos para identificar un pueblo indígena.

Sobre todo, si tenemos en cuenta que algunas comunidades nativas, comunidades campesinas o rondas campesinas debido al mestizaje o a las prácticas de asimilación perpetradas por el mismo Estado dejaron de usar su lengua y, otras, por ejemplo por el contexto del conflicto armado interno vivido en el país, fueron prácticamente expulsadas de su territorio ancestral.

Otra de las normas sectoriales que podrían ser válidamente inaplicadas en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces indígenas que ejercen jurisdicción son los Decretos Supremos N.º 012-2008-MEM y 028-2008-EM, las cuales reglamentan los mecanismos de “participación ciudadana” en los sectores de minería e hidrocarburos.

Tales normas desnaturalizan ostensiblemente el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, por cuanto, como lo establecen el artículo 2.1 del Título preliminar

---

culturales, económicas y sociales distintivas” conservadas total o parcialmente por los grupos humanos en cuestión”.

<sup>345</sup> Resolución Ministerial N.º 202-2013-MC. **Artículo 7.1.5:** “La Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo; y tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de “continuidad histórica” desde tiempos anteriores al establecimiento del Estado”.



del Decreto Supremo N.° 012-2008-MEM<sup>346</sup> y el artículo 4 del Decreto Supremo N.° 028-2008-EM<sup>347</sup>, no tienen como finalidad “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas” (artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT), sino meramente “determinar” o “conocer” si los intereses de los pueblos indígenas involucrados serán afectados o no. Es decir, se reduce el cabal ejercicio del derecho a la consulta al desarrollo de meros talleres informativos, cuyo propósito no es el propio de la consulta establecido por el Convenio 169 de la OIT y la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Además en ambos casos se pretende “consultar” no en el momento del otorgamiento de la concesión (acto administrativo que afecta directamente a los pueblos indígenas) sino antes de las etapas de exploración o explotación, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que establece que los gobiernos deberán de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

#### **4.2.1.3. Los casos de normativa nacional sectorial que regulan algunos de los elementos de los contenidos mínimos (accesibilidad, disponibilidad y calidad) de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tales como el derecho a la salud y a la educación**

Otros supuestos de hecho concretos en los cuales podría ser útil la aplicación del control difuso por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción es respecto de aquellas normas sectoriales (pertenecientes a los

---

<sup>346</sup> Decreto Supremo N.° 012-2008-MEM. Artículo 2.1 (Título Preliminar): “La consulta es una forma de Participación Ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos podrían verse afectados, a efectos de que antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas respecto a los posibles impactos sociales, económicos, ambientales y culturales que podrían generarse a partir de su elaboración y/o ejecución”.

<sup>347</sup> Decreto Supremo N.° 028-2008-EM. Artículo 4: “[...] La consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad”.

sectores de salud o educación por ejemplo) que desconozcan algunos de los contenidos mínimos de los derechos económicos, sociales o culturales.

Los mencionados contenidos mínimos han sido explicitados para el caso específico de los derechos a la educación y a la salud en las *Observaciones Generales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas*, concretamente en la Observaciones Generales N.º 13 “El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)” (21º Período de sesiones de 1999)<sup>348</sup> y N.º 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)” (22º Período de sesiones de 2000)<sup>349</sup>.

En ambos casos, además de las características de *disponibilidad* y *accesibilidad* de los servicios educativos y sanitarios, se consignan también la *aceptabilidad* (el servicio debe ser aceptable, pertinente, *adecuado culturalmente* y de buena calidad) y la *adaptabilidad* (el servicio debe tener *la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación*).

Tales cuatro características concurrentes, las cuales conforman el denominado contenido mínimo o “contenido esencial” de dichos derechos, han sido en reiteradas ocasiones aludidas y desarrolladas por el Tribunal Constitucional de Perú en sus sentencias, conformando inequívocamente el denominado *Derecho Común Cooperativo*.

---

<sup>348</sup> Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), (21º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999). Disponible en: [http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca\\_2010/ONU\\_docs/Observaciones\\_Comite\\_DESC/13\\_educacion.pdf](http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Observaciones_Comite_DESC/13_educacion.pdf)

<sup>349</sup> Puede acceder al texto de dichas Observaciones Generales a través del siguiente enlace web: [http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca\\_2010/ONU\\_docs/Observaciones\\_Comite\\_DESC/14\\_salud.pdf](http://www.observatoriopoliticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Observaciones_Comite_DESC/14_salud.pdf)

Ahora bien, las dos últimas características antedichas son especialmente relevantes cuando nos encontramos en contextos pluriculturales como los nuestros, donde para ejercitar cabalmente tales derechos debe prestarse especial atención al contexto cultural específico donde éste se prestará.

Ejemplos concretos donde se deberán atender dichos contenidos mínimos de tales derechos son la denominada educación intercultural bilingüe y determinadas prácticas ancestrales relacionadas a la salud (como el denominado parto vertical).

Así, en el caso específico que una determinada norma sectorial desconozca o menoscabe dichas características o contenidos mínimos de tales derechos, ésta en un determinado caso - puesto a consideración de la autoridad indígena que ejerza jurisdicción - puede ser inaplicada por ser calificada de inconstitucional.

#### **4.2.1.4. Los casos de normativa nacional sectorial relacionada al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres**

Otro de los ámbitos normativos donde podría legítimamente aplicarse el control difuso por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción es el relacionado al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Ello, por cuanto, existen precedentes de normas procedimentales o directivas que en la práctica han conllevado vulneraciones de tales derechos, en la medida que no han respetado las prácticas culturales de los pueblos indígenas o han pretendido condicionar o limitar el ejercicio de tales derechos desdeñando el ejercicio de los derechos a la identidad cultural y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres indígenas.

En estos ámbitos paradigmáticos y sensibles donde los servicios que brinda el Estado relacionados a la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales deben atender a los contextos pluriculturales de nuestro país atendiendo ineludiblemente a enfoques interculturales, nada obsta entonces que una autoridad indígena que ejerce jurisdicción inaplique en un caso concreto sometido a su consideración alguna norma que juzgue contraria a los principios y normas contenidos tanto en la Constitución como el entramado legal que configura el denominado *Derecho Común Cooperativo*.

#### **4.2.1.5. Los casos de normativa regional o local relacionadas al desarrollo de obras de inversión en infraestructura en el ámbito de los territorios de los pueblos indígenas**

Otro de los ámbitos normativos donde la aplicación del control difuso sería especialmente útil es el relacionado a la normativa regional (producida por los gobiernos regionales) o local (producida por los gobiernos locales) relacionada a las obras de infraestructura, se trate de infraestructura portuaria, vial, sanitaria, educativa, entre otras.

Como cuestionamos anteriormente (véase *supra* 4.2.1.1), la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de consulta establece arbitrariamente que las obras públicas que tendrían por objeto “beneficiar” a los pueblos indígenas no serían materia de consulta, estableciéndose una restricción que consideramos inconstitucional de dicho derecho colectivo, tal como está recogido en el Convenio 169 de la OIT, tratado internacional que no hace distinción alguna entre el carácter “beneficioso” o “perjudicial” de la medida administrativa o legal materia de consulta, sino tan sólo en el hecho que ésta afecte a los pueblos indígenas.

Además en dichos casos la calificación de obras públicas como “beneficiosas” para los pueblos indígenas recaería sólo en las instancias gubernamentales y

no en los sujetos de derechos que serían afectados - sea positiva o negativamente – con las mismas.

A título de ejemplo, podemos citar el caso de un Proyecto de Ley presentado por un grupo de congresistas el día 19 de abril de 2011 (N° 1035/2011/CR) que propone se declare de necesidad pública y prioritario interés nacional la conectividad terrestre entre las localidades de Puerto Esperanza (Provincia de Purús, departamento de Ucayali) e Iñapari (Provincia de Tahuamanu, departamento de Madre de Dios).

La construcción de una carretera entre dichas localidades afectaría ostensiblemente no sólo a los miembros de la comunidad nativa Bélgica, conformada por el pueblo indígena Yine (ubicada en la provincia de Tahuamanu, Madre de Dios), sino que atravesaría la Reserva Territorial a favor de los Pueblos Indígenas en Aislamiento de Madre de Dios (zona que según la normativa nacional e internacional vigente tiene el carácter de intangible).

En casos como el antes reseñado, nada obsta que la autoridad indígena que ejerce jurisdicción en la mencionada comunidad inaplique tanto la norma – como la propuesta en dicho Proyecto de Ley – como la mencionada Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de consulta en la medida que éstas persigan fines inconstitucionales. De igual manera podrían ser inaplicados en un caso concreto normas de alcance regional o local cuya constitucionalidad sea cuestionada.

#### **4.2.1.6. Casos hipotéticos de aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena respecto de su “derecho propio” que contraviene la Constitución**

Además de los casos hipotéticos antes abordados de aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena respecto de la normativa *oficial* que contravenga la Constitución, podemos encontrar supuestos de hecho concretos



en los cuales las autoridades indígenas se encuentran facultadas para inaplicar disposiciones o prácticas ancestrales pertenecientes a su *derecho propio* (*derecho consuetudinario* según la terminología utilizada por la Constitución Política de 1993) en la medida que éstas contravengan los principios y normas contenidos tanto en el propio texto constitucional como en lo que hemos venido denominando – siguiendo HÄBERLE – *Derecho Común Cooperativo*.

Dos casos concretos en los cuales consideramos podrían aplicarse el control difuso de la constitucionalidad respecto del *derecho propio* de los pueblos indígenas, son aquellos relacionados a las disposiciones de dicho *derecho propio* que establecen sanciones o castigos que podrían conllevar torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y aquellos relacionados a los derechos humanos de las víctimas de violencia familiar o por razón de sexo.

En el primer supuesto de hecho antes mencionado, esto es aquellas prácticas que constituyan castigos o sanciones que configuren torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, es decir que sean prácticas contrarias a la dignidad de la persona que constituyan una vulneración o amenaza de vulneración del derecho a la vida, a la integridad personal (física, psicológica o moral), a la salud u otro derecho fundamental, tanto la Constitución Política de 1993 como el propio Convenio 169 de la OIT las proscriben expresamente.

Como analizamos antes – véase *supra* 1.4.4 - el artículo 149 de la Constitución Política de 1993 reconoce las funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas “dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, **siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona [...]**” (resaltado nuestro).

Por su parte, el inciso 1 del artículo 9 del Convenio 169 de la OIT establece que: “**En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos,** deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren

tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros [...]” (resaltado nuestro).

Habida cuenta que en ambos casos nos encontramos ante una explícita limitación relacionada al ejercicio de los derechos humanos, la cual se constituye tanto en una condición de legitimidad como en un límite material para el ejercicio de la jurisdicción indígena, nada obsta que una autoridad indígena que ejerce jurisdicción inaplique en un determinado caso una práctica perteneciente a su *derecho propio* – en otras palabras, aplique el control difuso de la constitucionalidad - en la medida que ésta contravenga lo establecido tanto en la Constitución como en el Convenio 169 de la OIT, pudiendo establecer para dicho caso alguna sanción o castigo compatible con el ejercicio de los derechos humanos fundamentales.

En el segundo supuesto de hecho antes mencionado, esto es los casos de impunidad y el consecuente estado de indefensión en el cual se encuentran muchas mujeres indígenas que son víctimas de violencia familiar o violencia sexual en el ámbito de sus propias comunidades, encontramos otro ámbito paradigmático donde resultaría a nuestro parecer muy importante la aplicación del control difuso de constitucionalidad respecto del *derecho propio*.

Así, podemos constatar que en muchas ocasiones las sanciones previstas en los *derechos propios* de las comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas para los casos de violencia familiar e incluso de violación sexual son o muy benignas (calabozo por unas horas, multas, arreglos económicos, entre otros) o simplemente se solucionan en los ámbitos familiares (no sometándose a consideración de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción), ambas situaciones que conllevan manifiestas, flagrantes y sistemáticas violaciones de los derechos humanos fundamentales de muchas mujeres indígenas.

Al respecto resulta ilustrativo lo manifestado por PAREDES cuando señala que:

En ocasiones la justicia indígena no satisface las demandas de las mujeres en este ámbito, y las sanciones son débiles o no se cumplen. Los reglamentos internos de justicia comunal awajún que he podido revisar imponen sanciones que no satisfacen a las mujeres, como por ejemplo quince días de calabozo por la violación de una menor de edad, o trabajos comunitarios. Ninguna de las dos ofrece reparación ni atención a las víctimas<sup>350</sup>.

En estos contextos, surge la pregunta como sostienen ALMIRÓN y LUIS:

[...] si el reconocimiento de un grupo cultural implica indefectiblemente el respeto por toda actividad practicada dentro de la comunidad **aunque para el derecho y para nuestra propia tradición sea no solo ilegal sino que implique también la aceptación de una dominación o estructura de poder machista dentro de la comunidad**. Es decir, ¿debe la sociedad, el derecho y las instituciones aceptar toda práctica cultural por el solo hecho de existir tal como lo plantea el relativismo cultural?, paralelamente ¿Qué expresan quienes “cumplen” o son “los destinatarios” de la norma interna del grupo? [...] (resaltado nuestro)<sup>351</sup>.

Además de dichas ineludibles cuestiones, podemos constatar que son muchas las mujeres indígenas que rechazan estas prácticas, lo cual demuestra, por un lado, que no se trata de prácticas aceptadas por todos los miembros de las comunidades; y, por otro, que se trata de prácticas que las mujeres consideran en muchos casos como manifiestamente vulneradoras de sus derechos. Así, como sostiene VILLANUEVA:

A diferencia de las autoridades indígenas que relegan la solución de la violencia familiar al ámbito doméstico o de las normas contenidas en los estatutos y reglamentos que sancionan levemente la violencia sexual, **las mujeres consideran que la violencia familiar debe ser tratada por la**

<sup>350</sup> PAREDES PIQUÉ, Susel. “Violencia contra la mujer y el niño en el sector rural: el caso de la defensoría comunal indígena de la FEMAAM”. En: LA ROSA CALLE (Coordinador). “Acceso a la justicia en el mundo rural”. Lima: Instituto de Defensa Legal (IDL). 2007, p. 106.

<sup>351</sup> ALMIRÓN, Sonia & LUIS Lourdes. *Multiculturalismo y respeto por los derechos de las mujeres. Tensiones y estrategias a partir de las decisiones de la justicia en Argentina*. SERIE DE DOCUMENTOS DE TRABAJO ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (Noviembre 2011), página 13.

**justicia comunal y que la violencia sexual debe ser sancionada más severamente**<sup>352</sup> (resaltado nuestro).

Adicionalmente, en supuestos de hecho como éstos debemos tener también muy presente que tanto la Constitución Política del Perú de 1993 como el Convenio 169 de la OIT prohíben prácticas que terminen conllevando tratos discriminatorios entre hombres y mujeres. Así, el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución vigente establece claramente que toda persona tiene derecho “[a] la igualdad ante la ley. **Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole**” (resaltado nuestro).

Por su parte, el inciso 1 del artículo 3 del Convenio 169 de la OIT establece que “[l]os pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. **Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos**” (resaltado nuestro).

Así las cosas, son precisamente casos como éstos los cuales “evidencian que no toda práctica o norma tradicional debe ser aceptada y conservada, pues tal derecho no es absoluto. Que las mujeres sean titulares de derechos constitucionales impide perpetuar una situación de sometimiento al interior de las comunidades indígenas so pretexto de proteger la diversidad cultural”<sup>353</sup>. Por lo tanto, podemos concluir que “no sólo debe tener lugar un diálogo

---

<sup>352</sup> VILLANUEVA FLORES, Rocío. *Tensiones constitucionales: el derecho a la diversidad cultural vs. Los derechos de las víctimas de violencia de género*. En: LA ROSA CALLE, Javier & RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas* (páginas 53 – 72). Lima, Instituto de Defensa Legal, 2010, p. 68.

<sup>353</sup> VILLANUEVA FLORES, Rocío. *Tensiones constitucionales: el derecho a la diversidad cultural vs. Los derechos de las víctimas de violencia de género*. Óp. cit., p. 70.

intercultural sino “intracultural”, pues las mujeres indígenas deben ser escuchadas por sus propias comunidades<sup>354</sup>.

La aplicación del control difuso en estos casos sería precisamente la expresión inequívoca no sólo de un “diálogo intercultural” (la utilización de un mecanismo no perteneciente al *derecho propio* para garantizar los propios derechos individuales y colectivos), sino también de un acuciante y necesario “diálogo intracultural” de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción con las mujeres indígenas víctimas de estas situaciones vulneradoras de sus derechos.

La aplicación del control difuso respecto del *derecho propio* se configura así en un mecanismo que puede ser efectivo para la defensa de los derechos humanos fundamentales, los cuales como atinadamente señala LUIGI FERRAJOLI:

[...] sirven para proteger al más débil frente a cualquiera, también frente a las culturas dominantes en las comunidades a las que se pertenezca: tomando en cuenta que el pluralismo de las culturas es reproducible hasta el infinito, hacia el interior de cada cultura, incluida la nuestra. *Protegiendo a los más débiles incluso contra sus mismas culturas, dominantes respecto a ellos, los derechos fundamentales valen, efectivamente, para tutelar todas las diferencias, comenzando por esa esencial e irreductible diferencia que hace de la identidad también cultural de cada persona un individuo diferente a todos los demás*<sup>355</sup> (resaltado nuestro).

---

<sup>354</sup> VILLANUEVA FLORES, Rocío. *Tensiones constitucionales: el derecho a la diversidad cultural vs. Los derechos de las víctimas de violencia de género*. Óp. cit., pp. 68 – 69.

<sup>355</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Universalismo de los Derechos Fundamentales y Multiculturalismo*. En: IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. N.º 22 - Otoño de 2009 (páginas 35 – 45), p. 40.



#### 4.3. La aplicación del control difuso y la convencionalidad de las leyes por parte de la jurisdicción indígena como un mecanismo de legítima defensa constitucional de sus derechos colectivos e individuales

Después de la sucinta reseña que hemos realizado en el presente capítulo de los diversos casos hipotéticos en los cuales las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción pueden aplicar el control difuso de constitucionalidad – en tanto instancias jurisdiccionales legítimas con facultades constitucionalmente reconocidas – podemos colegir que este mecanismo, en principio garante del denominado ***principio de supremacía de la Constitución***, se constituye en el caso de los pueblos indígenas no sólo en un mecanismo de legítima defensa constitucional de sus derechos colectivos, sino también de legítima defensa constitucional de sus propios miembros respecto de prácticas que, si bien se sustentan en una tradición, pueden vulnerar los derechos humanos fundamentales en un Estado de Derecho Constitucional.

Los casos hipotéticos antes expuestos también dan cuenta de que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la jurisdicción indígena se constituye en una expresión tangible de una *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución* (entendida ésta como *producto cultural dinámico* y como *proceso público*), en la cual la premisa antropológica es la dignidad de la persona humana y el fin último del Estado Constitucional de Derecho es la protección de los derechos fundamentales tanto individuales como colectivos.

Finalmente, el reconocimiento de la legitimidad de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la jurisdicción indígena se constituye en un paso significativo en el proceso de ***diálogo intercultural*** que aún tenemos como agenda pendiente en nuestro país. Es precisamente en contextos como los nuestros donde, como señala LANDA:

[...] es necesario que la sociedad cree, incorpore y otorgue vida a la norma constitucional en la forma de derechos fundamentales, los mismos que

deben ocupar un rol central en la noción de Constitución y en su fuerza normativa. Esto en la medida que la sociedad como cuerpo vital, abierto y plural en permanente desarrollo, siempre ofrece más posibilidades de enriquecimiento de la vida social, que los constituyentes hayan establecido en la Constitución<sup>356</sup>.



---

<sup>356</sup> LANDA ARROYO, César. “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”. En: BAZÁN, Víctor & NASH, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Fuerza Normativa de la Constitución* (pp. 17 – 42). Montevideo, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., 2011, p. 22.

## V. CONCLUSIONES:

1. Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconocen el derecho de los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales como una de las principales prerrogativas de su derecho a la libre determinación y a la autonomía, constituyendo sistemas jurídicos a través de los cuales sus autoridades resuelven sus conflictos internos basándose – en principio – en su derecho propio.
2. El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se constituye en el principio y derecho articulador y sustento último del reconocimiento de todos sus derechos colectivos, comprendiendo básicamente su derecho a elegir sus propias formas de gobierno; su derecho a procurar su desarrollo social, económico y cultural de acuerdo a sus propias cosmovisiones y prioridades; y, su derecho a organizarse libremente sin injerencias externas.
3. El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas forman parte tanto del denominado *bloque de constitucionalidad* de la Constitución Política de 1993, como del denominado *bloque de convencionalidad* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, se constituyen en instrumentos jurídicos internacionales de ineludible aplicación directa por parte de todas las instancias jurisdiccionales nacionales, el Tribunal Constitucional y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, instancias éstas dos últimas que en reiteradas ocasiones han sustentado sus decisiones en estos dos instrumentos jurídicos internacionales.

4. Si bien ni la Comisión ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos han abordado específicamente y al detalle la temática de la jurisdicción indígena, la primera (la Comisión) ha reconocido expresamente que ésta constituye una manifestación de su derecho a la autonomía; y, la segunda (la Corte), ha reconocido en algunas de sus sentencias que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas constituye un mecanismo legítimo para la protección de sus derechos colectivos, tales como sus derechos al territorio, a los recursos naturales, a la consulta, al consentimiento, entre otros.
5. Si bien la Constitución Política de 1993 no reconoce explícitamente la totalidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, contenidos tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, éstos están comprendidos entre los denominados derechos fundamentales no enumerados a los que alude el artículo 3 de la Constitución Política de 1993 y forman parte de su denominado *bloque de constitucionalidad*, siendo normas de rango – por lo menos - constitucional y, por ende, contando con fuerza normativa y, por ende, siendo de aplicación directa.
6. La Constitución Política de 1993 reconoce por primera vez explícitamente - en su artículo 149 - el derecho de los pueblos indígenas (comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas, entre otros grupos) a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios, reconocimiento expreso que constituye un significativo avance en la vigencia de sus derechos a la libre determinación y la autonomía, si bien aún está pendiente la emisión de la Ley que desarrolle la coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (en atención del mandato constitucional expreso contenido en dicho artículo).

7. El primer presupuesto constitucional para el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena es el reconocimiento explícito de la pluralidad étnica y cultural del país, a partir del reconocimiento previo del derecho humano a la identidad étnica y cultural, reconocido en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993. Dicho reconocimiento debe entenderse no como una mera coexistencia entre culturas diferentes, sino como un proceso dinámico de interrelación y recíprocas influencias entre éstas (“diálogo intercultural” o “convivialidad de saberes”).
8. El segundo presupuesto constitucional para el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena es el reconocimiento explícito de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos; es decir, su capacidad de tener derechos y deberes en tanto personas jurídicas reconocidas explícitamente como tales en el artículo 89 de la Constitución Política de 1993.
9. El tercer presupuesto constitucional para el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena es el reconocimiento de la autonomía interna de los pueblos indígenas, reconocida en el segundo párrafo del artículo 89 de la Constitución Política de 1993, entendida ésta como aquella capacidad de organizarse en los ámbitos social, económico, jurídico y político.
10. El cuarto presupuesto constitucional para el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena es el reconocimiento del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993. A través del ejercicio de la jurisdicción indígena, los miembros de dichos pueblos pueden acceder a una tutela jurisdiccional efectiva en sus contextos socio culturales específicos y basada - en principio – en su derecho propio.



11. Un cabal reconocimiento de la jurisdicción indígena conlleva, por un lado, la posibilidad de aplicar su *derecho propio* incluso contra normas ordinarias (en la medida que ello no implique la vulneración de derechos humanos fundamentales), y; por otro, reconocer que la potestad de aplicar el *derecho propio* en ningún sentido conlleva la aplicación sólo y exclusivamente de éste, por cuanto, nada obsta que en el ejercicio de la jurisdicción indígena las autoridades indígenas – a partir de un ejercicio de determinación política - apliquen otras normas, como, por ejemplo, aquellas contenidas en la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
12. El reconocimiento de la jurisdicción indígena comprende el reconocimiento de todas aquellas facultades propias de la jurisdicción ordinaria, tales como la facultad de conocer los hechos relacionados a un determinado conflicto dentro de su territorio (*Notio*); la facultad de convocar a las partes involucradas (*Vocatio*); la facultad de usar la fuerza a efectos de garantizar el desarrollo de actos necesarios para ejercer la potestad jurisdiccional (*Coertio*); la facultad de resolver el asunto (*Iudicium*); y, la facultad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones (*Imperium*).
13. La jurisdicción indígena - en atención de sus tres competencias (material, territorial y personal) - tiene el carácter de exclusividad frente a la jurisdicción ordinaria. En este sentido, la jurisdicción ordinaria no puede abocarse a un caso si la jurisdicción indígena es competente, debiendo inhibirse en tales supuestos de hecho, salvo que la propia jurisdicción indígena solicite expresamente que algún caso concreto sea sometido a la jurisdicción ordinaria.
14. Las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción - una vez que han asumido la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales - no pueden renunciar a ésta en la medida que ello conlleve vulnerar el derecho de

sus miembros al acceso oportuno a la justicia (derechos de los procesados de ser juzgados por su juez natural y de acuerdo – en principio - a su *derecho propio*).

15. No existe – en principio - la posibilidad de revisión de las decisiones de la jurisdicción especial indígena por parte de la jurisdicción ordinaria, habida cuenta del carácter exclusivo de dicha jurisdicción. Sin embargo, ante supuestos de vulneración de derechos humanos fundamentales - producto del ejercicio de la jurisdicción indígena – cabría iniciar los procesos constitucionales pertinentes ante las instancias competentes, las cuales, sin embargo, no podrían avocarse a conocer sobre el fondo del asunto, sino tan sólo respecto de los actos u omisiones específicos que habrían provocado la vulneración de derechos humanos invocada.
16. Teniéndose presente que tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción indígena están en una relación de coordinación (y no de subordinación), aún está pendiente la emisión de una norma de desarrollo constitucional en atención del mandato contenido en el último párrafo del artículo 149 de la Constitución Política de 1993. Sin embargo, ello no obsta que las autoridades indígenas y los agentes de justicia ordinaria coordinen en la práctica de forma equitativa, respetándose las competencias de la jurisdicción indígena y apostando por una convivencia de saberes en el contexto de un diálogo intercultural. En el mismo sentido, dicha omisión podría suplirse con el desarrollo de jurisprudencia constitucional o a través de los denominados Acuerdos Plenarios en el ámbito de la Corte Suprema.
17. El Tribunal Constitucional abordó en reiteradas sentencias los alcances del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, entendido éste como un poder deber, es decir como una facultad cuyo ejercicio se constituye en una obligación no sólo para aquellas instancias

que ejercen jurisdicción, sino también para determinadas instancias de la administración pública.

18. Existe una relación intrínseca entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes, relación que a nuestro parecer expone la relación de coordinación e interacción entre los ordenamientos jurídicos nacional e internacional configurándose el denominado Derecho Común Cooperativo (superándose las teorías del monismo y del dualismo).
19. El primer presupuesto para la aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena es el reconocimiento de dicha jurisdicción como una concretización de su derecho a la libre determinación. En este sentido, la facultad de las autoridades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales comprende la posibilidad de aplicación del control difuso como cualquier otra instancia jurisdiccional ordinaria o arbitral.
20. El segundo presupuesto para la aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena es entender a dicha jurisdicción como manifestación de la autonomía jurídica de los pueblos indígenas reconocida a nivel constitucional. En atención de dicha autonomía es que las autoridades indígenas pueden aplicar su derecho propio y otros derechos que se vayan incorporando a su sistema jurídico; utilizar sus propios mecanismos de solución de conflictos; y, de ser el caso, inaplicar una norma del derecho ordinario o del derecho propio en salvaguarda de los principios constitucionales o sus derechos colectivos reconocidos en el ámbito del *Derecho Común Cooperativo*.
21. El tercer presupuesto para la aplicación del control difuso por parte de la jurisdicción indígena es el reconocimiento de la facultad de las autoridades indígenas de aplicar no sólo y exclusivamente su *derecho propio* o su derecho consuetudinario. La alusión a su derecho

consuetudinario contenida en el artículo 149 de la Constitución en ningún sentido se constituye en un óbice para que las autoridades indígenas utilicen algún otro mecanismo concreto que establece la Constitución para toda entidad u órgano que ejerza funciones jurisdiccionales.

22. La aplicación del control difuso es una facultad de todos los órganos que administran justicia y por lo tanto, una facultad no exclusiva ni privativa del Poder Judicial, a pesar de que lamentablemente el Tribunal Constitucional ha retrocedido en su jurisprudencia respecto de la aplicación de dicho mecanismo por parte de determinadas instancias administrativas.
23. El control difuso se constituye *en un recurso efectivo de una autoridad competente para proteger derechos humanos* al cual alude el artículo 2 inciso a y b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes se constituye en un recurso efectivo que posibilitará en un determinado supuesto de hecho garantizar el ejercicio de los derechos vulnerados o en peligro de vulnerarse.
24. La aplicación del control difuso de la constitucionalidad por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción puede darse en dos supuestos de hecho concretos: cuando la autoridad indígena inaplica el derecho ordinario u oficial que contraviene la Constitución (para salvaguardar sus derechos colectivos en atención de los estándares internacionales contenidos en el *derecho común cooperativo*); o, cuando la autoridad indígena inaplica su propio derecho en la medida que las mismas contravengan algún derecho fundamental contenido en la Constitución o en el denominado *derecho común cooperativo*.

25. En la medida que la Constitución es una expresión concreta de un contexto cultural, es decir, la expresión de un determinado estado de desarrollo cultural de la sociedad; el ejercicio del control difuso por la jurisdicción indígena se constituye en una manifestación concreta de una *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*, la cual - en la medida que es un proceso público y dinámico - es expresión de un desarrollo cultural concreto donde dicho mecanismo da cuenta de un proceso de diálogo intercultural, aún incipiente en países como los nuestros.
26. No se han encontrado en el caso peruano antecedentes concretos de la aplicación del control difuso por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción. Dicha situación se explica, por un lado, por cuanto el ejercicio de la jurisdicción indígena aún no ha desplegado todas sus facultades y, por otro, por el escaso conocimiento de la jurisdicción indígena por parte de la jurisdicción ordinaria, cuyos jueces y otras autoridades ordinarias desconocen sus facultades, o la han pretendido subordinarla a la jurisdicción ordinaria.
27. Las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción se han limitado a aplicar mecanismos de su *derecho propio* en la solución de los conflictos internos, sin haber conocido y ponderado suficientemente otros mecanismos que legítimamente pueden ser aplicados por ellos en tanto instancias jurisdiccionales constitucionalmente reconocidas, tales como las normas y principios reconocidos en la propia Constitución y que cuentan con la mayor fuerza normativa del ordenamiento jurídico.
28. La aplicación del control difuso por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción será de especial utilidad en un contexto como el actual, donde existen normas infra constitucionales pertenecientes a la normativa oficial y normas del *derecho propio* indígena que contravienen



los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en el denominado *Derecho Común Cooperativo*.

29. Un supuesto de hecho concreto en el cual podría aplicarse el control difuso por parte de la jurisdicción indígena sería respecto de algunas disposiciones de la Ley de Consulta Previa y su respectivo Reglamento, normas que contienen disposiciones restrictivas y contradictorias de los alcances de dicho derecho colectivo (según lo establecido en los estándares internacionales y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos).
30. Otro supuesto de hecho concreto en el cual podría aplicarse el control difuso por parte de la jurisdicción indígena sería respecto de los casos de la normativa nacional perteneciente a los diversos sectores del Poder Ejecutivo que regulan los procedimientos para el ejercicio del derecho a la consulta previa en los contextos del otorgamiento de concesiones o de la aprobación de los instrumentos de gestión ambientales relacionados a éstas ubicados en el ámbito de los territorios de los pueblos indígenas.
31. Otro supuesto de hecho concreto en el cual podría aplicarse el control difuso por parte de la jurisdicción indígena sería respecto de los casos de normativa nacional perteneciente a los diversos sectores del Poder Ejecutivo que regulan algunos de los elementos de los contenidos mínimos (accesibilidad, disponibilidad y calidad) de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tales como los derechos a la salud y a la educación.
32. Otro supuesto de hecho concreto en el cual podría aplicarse el control difuso por parte de la jurisdicción indígena sería respecto de la normativa relacionada al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Ello, por cuanto, existen precedentes de normas procedimentales o directivas que en la práctica han conllevado

vulneraciones de tales derechos, en la medida que no han respetado las prácticas culturales de los pueblos indígenas.

33. La jurisdicción indígena también está facultada a aplicar el control difuso respecto de aquellas disposiciones de su *derecho propio* que establecen sanciones o castigos que podrían conllevar torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; en aquellos casos relacionados a los derechos de las víctimas de violencia sexual o familiar en el ámbito de las comunidades; o, respecto de cualquier disposición de su derecho propio que vulnera derechos humanos fundamentales (como los derechos de las mujeres, las personas con discapacidad, entre otros).

34. La aplicación del control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad de las leyes por parte de las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción se constituye en el presente contexto, signado por la existencia de varias normas infra constitucionales que desconocen los alcances de sus derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, en un mecanismo paradigmático de *legítima defensa constitucional* de tales derechos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA:

### I. Doctrina especializada:

1. ALMIRÓN, Sonia & LUIS Lourdes. *Multiculturalismo y respeto por los derechos de las mujeres. Tensiones y estrategias a partir de las decisiones de la justicia en Argentina*. SERIE DE DOCUMENTOS DE TRABAJO ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (Noviembre 2011), Buenos Aires. 2011
2. ALVA AREVALO, Amelia. “La consagración constitucional justicia comunal en el Perú y su plasmación en el ordenamiento jurídico. Análisis del artículo 149° de la Constitución”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 98 - 109). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010
3. ARZAPALO, Tania. “La consagración constitucional justicia comunal en el Perú y su plasmación en el ordenamiento jurídico. Análisis del artículo 149° de la Constitución”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 110 - 123). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010
4. AMADO RIVADENEYRA, Alex. “La emergencia del principio de interacción y el diálogo jurisprudencial a la luz del denominado Derecho Constitucional Internacional” (nota a pie de página N° 5). 2011. Consulta: 18/12/2013.  
[http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos\\_estudiantiles/072011\\_der echo\\_constitucional\\_internacional.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos_estudiantiles/072011_der echo_constitucional_internacional.pdf)
5. ANAYA, James. “Los pueblos indígenas en el derecho internacional”. Presentación de Bartolomé Clavero. Editorial Trotta S.A., Madrid. 2005.
6. ANAYA, James. “Los derechos de los pueblos indígenas”. En: BERRAONDO, Mikel (coordinador). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto. Instituto de Derechos Humanos. 2006.
7. ANAYA, James. “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”. En: *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas* (páginas 194 – 209). Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (editores). IWGIA, Copenhague. 2010.
8. ANN HOCKING, Barbara (Editor). *Unfinished Constitutional Business? Rethinking Indigenous Self-determination*. Aboriginal Studies Press, Canberra. 2005.
9. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. y otros (editores). *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Editorial Dykinson, Madrid. 2005.

10. ARANGO OYALA, Mónica. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*. En: PRECEDENTE: Anuario Jurídico 2004 (pp. 79 – 102). Universidad ICESI, Cali. 2004
11. ARDITO VEGA, Wilfredo. Actividades del Poder Judicial hacia los mecanismos comunitarios de Administración de Justicia. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 10 - 25). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010 .
12. ARDITO VEGA, Wilfredo. El artículo 18, inciso 3, del Código Procesal Penal: riesgos y posibilidades. En: Revista de Derecho PUCP / Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 65. p. 115-134. 2010.
13. AYLWIN O., José (editor). *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias internacionales y contexto chileno*. Instituto de Estudios Indígenas / Universidad de La Frontera, Temuco. 2004.
14. BALLÓN AGUIRRE, Francisco. *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas. Doctrina, principios y normas*. Defensoría del Pueblo, Lima. 2010.
15. BLANCO, Jacqueline. “Logros y contradicciones de la jurisdicción especial indígena en Colombia”. En: Revista Diálogo de Saberes N.º 24, enero – junio 2006 (páginas 51 – 68). 2006
16. BERRAONDO, Mikel y otros. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonía y el Gran Chaco*. Actas del Seminario Regional de Santa Cruz de la Sierra - 20-22 de noviembre de 2006. IWGIA, Copenhague. 2007. Consulta: 05/08/2013.  
[http://www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/0313\\_PUEBLOS\\_INDIGENA\\_S\\_EN\\_AISLAMIENTO.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0313_PUEBLOS_INDIGENA_S_EN_AISLAMIENTO.pdf)
17. BURGOS GUZMÁN, Filipo. “Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver”. En: *Revista Derecho del Estado N° 21* - Diciembre de 2008 (páginas 95 – 108). Universidad Externado de Colombia. 2008.
18. BUSTAMANTE SOLDEVILLA, Minda. “Normatividad y aceptación de los principios del pluralismo jurídico en la justicia ordinaria del Perú”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 91 - 97). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010
19. CABEDO MALLOL, Vicente. “De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena”. En: Revista Política y Cultura, primavera 2004, Número 21 (páginas 73 – 93). Universidad Autónoma Metropolitana – Xochimilco, México D.C. 2004



20. CASTRO, Milka (editora). *Desafíos de la interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*. Universidad de Chile, Programa Internacional de Interculturalidad y Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Santiago de Chile. 2004
21. CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. *El Orden de los Poderes. Historia Constituyente de la Trinidad Constitucional*. Editorial Trotta S.A., Madrid. 2007.
22. CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. “Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Exposición realizada en el contexto de la Reunión del Grupo de Expertos Internacionales sobre “El rol del Foro Permanente de las Naciones Unidas en la implementación del artículo 42 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, desarrollado en la ciudad de Nueva York del 14 al 16 de junio de 2009. [www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM\\_Art\\_42\\_Clavero.doc](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/.../EGM_Art_42_Clavero.doc)
23. CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. “Supremacismo Cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. En: *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas (páginas 366 – 374)*. Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (editores). Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas - IWGIA, Copenhague. 2010.
24. CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. “Perú: Tribunal Constitucional, Convenio sobre Pueblos Indígenas, Declaración de Naciones Unidas”. Consulta: 12/01/13. Artículo publicado en la bitácora digital (blog) del autor. 2010. <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=7216>
25. CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. *¿Hay genocidios cotidianos? y otras perplejidades sobre América indígena*. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas - IWGIA, Copenhague. 2011
26. CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. “Perú: Control de Constitucionalidad, Justicia Indígena y Derecho de Consulta”. 2012. Artículo aparecido en la bitácora digital del autor. Consulta: 13/02/2013. <http://clavero.derechosindigenas.org>
27. CLAVERO, SALVADOR, Bartolomé. “Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: el reto constituyente de Bolivia”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional, N.º 94*, enero – abril 2012, páginas 29 – 60, p. 37. 2012.
28. CLAVERO, Bartolomé. Perú: Control de Constitucionalidad, Justicia Indígena y Derecho de Consulta. Consulta: 08/08/12. Artículo aparecido en la bitácora digital del autor, páginas 6 y 7. <http://clavero.derechosindigenas.org>
29. COLMENARES OLÍVAR, Ricardo. “El Derecho Consuetudinario Indígena en Centro y Sur América: El caso Venezuela”. En: *Revista Frónesis* (edición virtual), Volumen 13, N.º 3, diciembre de 2006. Consulta: 02/09/2012. [http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S131562682006000300004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S131562682006000300004&script=sci_arttext)



30. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS – CAJ. *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Comisión Andina de Juristas, Lima. 2009
31. CONDOR CHUQUIRUNA, Eddie (Coordinador). Manual informativo para autoridades judiciales estatales: La justicia indígena en los países andinos. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009. Consulta: 10/10/2013  
[http://www.cajpe.org.pe/sistemasjuridicos/images/docs/libros/manual\\_judicial.df](http://www.cajpe.org.pe/sistemasjuridicos/images/docs/libros/manual_judicial.df)
32. CHUECAS CABRERA, Adda. *“El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú”*. Consulta: 14/10/2013.  
<http://www.caaap.org.pe/archivos/derecho.pdf>
33. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Antropología y Derecho: rutas de encuentro y reflexión*. I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica – Sección Perú. Oficina Regional de la Defensoría del Pueblo con sede en Iquitos. 2001
34. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N.º 109. *“Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán”*. Defensoría del Pueblo, Lima. 2006
35. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N.101. *“Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial”*. Defensoría del Pueblo, Lima. 2006
36. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El reconocimiento estatal de las rondas campesinas. Normas y Jurisprudencia*. Serie Documentos Defensoriales – Documento N.º 11. Defensoría del Pueblo, Lima. 2010
37. DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. *“La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”*. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado (nueva serie), año XXXVIII, N.º 112, 2005 (páginas 325 - 363). 2005
38. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *“Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”*. En: DE SOUSA SANTOS, Boaventura & EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (Editores). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (páginas 11 – 48). Fundación Rosa Luxemburg & Ediciones Abya Yala, Quito. 2012
39. EGUIGUREN, Francisco. *“Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana”*. En: Revista Ius et Praxis (versión digital), Volumen 9, N.º 1. Talca, 2003. Consulta: 15/03/2014.  
[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100009&script=sci_arttext)

40. ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos y CAICEDO TAPIA, Danilo (editores). *Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito. 2009
41. ETXEBERRIA, Javier. “*La autonomía indígena desde la perspectiva ético-política*”. En: GÓMEZ ISA, Felipe y ARDANAZ IRIARTE, Susana (editores). *La plasmación política de la diversidad. Autonomía y participación política indígena en América Latina* (páginas 21 – 46). Universidad de Deusto, Deusto. 2011
42. FILIPPI, Alberto. “*La construcción histórica y poliétnica de los derechos. Desde los pueblos indígenas a los mestizajes de origen ibérico y africano*”. En Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global. 2009. Consulta: 06/10/2013. <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/172.pdf>
43. FERNÁNDEZ MARQUEZ, Mario. *Control difuso de la Constitucionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano*. Tesis para obtener el título profesional de abogado en la Universidad Autónoma de México – UNAM. Consulta: 02/08/2013. <http://mariofernandezmarquez.files.wordpress.com/2010/05/controldifusodelaconstitucionalidadenelsistemajuridicomexicano.pdf>
44. FERRAJOLI, Luigi. *Universalismo de los Derechos Fundamentales y Multiculturalismo*. En: IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. N.º 22 - Otoño de 2009 (páginas 35 – 45), Puebla. 2009
45. FIX ZAMUDIO, Héctor & FERRER MACGREGOR, Eduardo. *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Centro de Estudios Constituciones del Tribunal Constitucional del Perú & Editorial Adrus S.R., Arequipa. 2011
46. FRANCIA SÁNCHEZ, Luis. “*Tratamiento penal de la diversidad cultural. Análisis de las resoluciones judiciales dictadas por la Corte Suprema*”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 278 - 287). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010
47. FUENTES HUERTA, Miguel. “*Concepción de territorio en el derecho y en los mundos andino y amazónico*”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 260 - 277). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010
48. GAMBOA BALBÍN, César. “*Análisis sobre el estado actual de los pueblos Nahua Kugapakori en el ámbito del Proyecto Camisea*”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 221 - 259). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010

49. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *“El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú”*. Ponencia presentada en el contexto del “Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional”, Universidad de Nuevo León, Monterrey, 23-25 de setiembre de 2004. Consulta: 14/09/2013. Disponible en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ElnuevoCPC.pdf>
50. GITLITZ, John. *“Administrando justicia al margen del Estado. Las Rondas Campesinas de Cajamarca”*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima. 2013.
51. GOMEZ, Magdalena: *“Derecho indígena”*. Instituto Nacional Indigenista. Asociación Mexicana para las Naciones Unidas. México; DF. 1997.
52. GUEVARA GIL, Armando. *“Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú”*. En: *Antropología y Derecho: rutas de encuentro y reflexión*. I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica – Sección Perú (páginas 7 – 27). Oficina Regional de la Defensoría del Pueblo con sede en Iquitos. 2001
53. HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Editorial Trotta, Madrid. 1988
54. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Editorial Tecnos, Madrid. 2000
55. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Editorial Tecnos, Madrid. 2002
56. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Estudio introductorio de Diego Valadés. Traducción e índices de Héctor Fix-Fierro. Universidad Autónoma de México, México. 2003
57. HÄBERLE, Peter. *“La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución”*. En: Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 6, Número 11, 2008, (páginas 29 – 61), Buenos Aires. 2008
58. HUERTA CASTILLO, Beatriz. *“Pueblos indígenas y movimiento social en Madre de Dios”*. Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes – FENAMAD, Puerto Maldonado. 2010
59. HUNDSKOP EXEBIO, Oswaldo. *“El Control Difuso en la Jurisdicción Arbitral”*. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial. N° 91. Año II (páginas 17 – 24), Lima. 2006.
60. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS – IIDH. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica. 2010

61. INSTITUTO PERUANO DE EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS Y LA PAZ. *Criminalización de la Pluralidad Jurídica*. Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz, Lima. 2011
62. KELSEN, Hans. “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*” (Traducción al español de Rolando Tamayo Salmorán). En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Número 10 (Julio – Diciembre de 2008). 2008
63. KYMLICKA, Will. “*Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*”. Editorial Paidós, Barcelona. 1996.
64. LANDA ARROYO, César. “*Dignidad de la persona humana*”. En: Cuestiones Constitucionales N° 7 – Julio – Diciembre de 2002 (pp. 109 – 138). Universidad Nacional Autónoma de México, México. 2002.
65. LANDA ARROYO, César. “*Interpretación Constitucional y Derecho Penal*”. En: HURTADO POZO, José (Director). *Anuario de Derecho Penal 2005 – Interpretación y aplicación de la Ley Penal* (pp. 75 – 104). Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, Lima. 2005.
66. LANDA ARROYO, César. “*Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*”. En: COLADIC. Publicación digital del Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado. República Dominicana, 17 de julio de 2005. Consulta: 01/04/2013. Disponible en:  
[http://www.coladic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2008/07/cl\\_tratados\\_intl](http://www.coladic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2008/07/cl_tratados_intl)
67. LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Editorial Palestra, Lima. 2007.
68. LANDA ARROYO, César. “*El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. En: CASTILLO FREYRE, Mario (Editor). Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje (páginas 105 -138). PALESTRA EDITORES S.A.C, Lima. 2009.
69. LANDA ARROYO, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que versa acerca de derechos fundamentales*. Editorial Palestra, Lima. 2010.
70. LANDA ARROYO, César. “*Derechos fundamentales y justicia constitucional*”. Editorial Porrúa, México D.F. 2011.
71. LANDA ARROYO, César. “*Derecho Procesal Constitucional*”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2011.
72. LANDA ARROYO, César. “*Interculturalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. En: Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, Tomo 39, setiembre 2011 (páginas 73 – 81), Lima. 2011.



73. LANDA ARROYO, César. “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”. En: BAZÁN, Víctor & NASH, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Fuerza Normativa de la Constitución* (pp. 17 – 42). KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., Montevideo. 2011.
74. LA ROSA CALLE, Javier & RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (editores). *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas*. Instituto de Defensa Legal – IDL, Lima. 2010.
75. LA ROSA CALLE, Javier (Coordinador). “Acceso a la justicia en el mundo rural”. Instituto de Defensa Legal (IDL). Lima: 2007.
76. LARS, Leer. “Dialogando la interlegalidad. Autonomía indígena y la transición a la democracia en Oaxaca - México”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 174 - 187). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010.
77. LAURENTE CHAHUAYO, Mery. “La subordinación de lo consuetudinario frente al derecho positivo en la comunidad indígena de Chillhuapampa – Huancavelica”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 80 - 84). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010.
78. LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl. “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (páginas 749 – 759). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.C. 2006.
79. LLASAG FERNANDEZ, Raúl. “Derechos colectivos y administración de justicia”. En: Justicia Indígena. Aportes para un debate (página 125- 136). Abya-Yala. Quito, Ecuador. 2002.
80. LOVATON PALACIOS, David. “Experiencias de acceso a la justicia en América Latina”. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (páginas 227- 282). Volumen 50 (julio-diciembre). Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. 2009.
81. LOVATON PALACIOS, David. “Acceso a la justicia: Llave para la gobernabilidad Democrática. Informe Final del Proyecto “Lineamientos y Buenas Prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas”. Instituto de Defensa Legal. 2007.
82. LOVATON PALACIOS, David. “La justicia de paz en los Andes”. Instituto de Defensa Legal. Lima. 2005.
83. MACKAY, Fergus. “Los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas”. Asociación Pro Derechos Humanos (Aprodeh). Lima, 1999.



84. MÉNDEZ SILVA, Ricardo (Coordinador). “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”. *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), México. 2002.
85. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil. Tomo I*. Editorial Temis, Bogotá. 1996.
86. MORA TORRES, Diana Fernanda. *Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena*. Trabajo de grado para obtener el título de abogada en la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia (Bogotá). 2003.
87. NASH ROJAS, Claudio.  
“*Protección de los derechos humanos indígenas en el Sistema Interamericano*”. Ponencia presentada en el Seminario “Derechos Indígenas: tendencias internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte del Chile”. Iquique: Universidad Arturo Prat. 2003.  
<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/43.pdf>
88. OSPINA MEJÍA, Laura. “*Breve aproximación al ‘bloque de constitucionalidad’ en Francia*”. En: Elementos de Juicio, Revista de Temas Constitucionales, año 1, número 2, Julio - Septiembre de 2006 (pp. 179 – 196). José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá. 2006.
89. PEÑA JUMPA, Antonio. *Justicia comunal en los Andes del Perú. El caso de Calahuyo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 1998.
90. PEÑA JUMPA, Antonio (Coordinador); CABEDO, Vicente & LÓPEZ, Francisco. *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina: Análisis Constitucional, Justicia y Derecho Oaxaqueño (México) & Justicia y Derecho Aymara (Perú)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2002.
91. PEÑA JUMPA, Antonio. *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini – Totería y Liga Agraria de Huancané*. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos - ILSA, Bogotá. 2004.
92. PEÑA JUMPA, Antonio. *Multiculturalidad y Constitución: El caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima. 2009.
93. PEÑA JUMPA, Antonio. “*La legítima defensa constitucional de las comunidades amazónicas: Derechos constitucionales que pueden prevenir un desastre jurídico*”. 2009. Consulta 12/08/2012.  
<http://derechoydesastre.wordpress.com/2009/05/17/la-legitima-defensa-constitucional-de-las-comunidades-amazonicas-derechos-constitucionales-que-pueden-prevenir-un-desastre-politico/>

94. PINTO LÓPEZ, Vladimir. “*El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada a los Pueblos Indígenas en el Perú*”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 206 - 220). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010.
95. PRIETO SANCHÍS, Luis. “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”. En: Derecho y Proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid - AFDUAM N.º 5 (2001) (páginas 201 – 227). Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid. 2001.
96. PODER JUDICIAL DE PERÚ. *Segundo Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural en Comunidades Andinas y Rondas Campesinas: Fortaleciendo la coordinación entre la jurisdicción especial y la justicia ordinaria para construir un país con justicia social*. Poder Judicial, Lima.
97. QUIROGA LEÓN, Aníbal. “*Control ‘difuso’ y control ‘concentrado’ en el Derecho Procesal Constitucional peruano*”. Artículo publicado en el Blog de Aníbal Quiroga León. 1997. Consulta: 18/12/2013.  
<http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-el-derecho-procesal-constitucional-peruano>
98. RUBIO CORREA, Marcial.” *Estudio de la Constitución Política de 1993*”. Volúmenes I & V. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 1999.
99. RUIZ FIGUEROA, Wuillie. “*Obstáculos o barreras para el acceso a la justicia de la población rural en Andahuaylas y Chincheros*”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 50 - 68). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010.
100. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. “*La justicia comunitaria en la jurisprudencia peruana: entre el acceso a la justicia y la autodeterminación*. En: Justicia intercultural en los países andinos contribuciones para su estudio (páginas 312-342). Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria”. Lima. 2013.
101. RUÍZ MOLLEDA, Juan Carlos. “*La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Instituto de Defensa Legal, Lima. 2012.
102. RUÍZ MOLLEDA, Juan Carlos. “*¿Por qué debe reconocerse facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas autónomas?* En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 124 - 173). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010.

103. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. "El fundamento constitucional de la justicia comunal". En: Derecho PUCP / Pontificia Universidad Católica del Perú -- No. 62 (páginas 143-166). 2009.
104. SALMÓN, Elizabeth. *Los Pueblos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción*. Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, Lima. 2010
105. SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. "La Jurisdicción Especial Indígena. Procuraduría General de la Nación e Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá. 2000.
106. SÁNCHEZ BOTERO, Esther. "Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia". En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH N° 41, 2005, San José de Costa Rica (páginas 225 – 251). 2005.
107. SÁNCHEZ BOTERO, Esther. "La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia". En: Revista Nueva Antropología, Volumen XXII, Número 71 (páginas 31 – 49). Universidad Nacional Autónoma de México. 2009.
108. SÁNCHEZ BOTERO, Esther. "El peritaje antropológico: Justicia en clave intercultural". GTZ, Bogotá. 2010.
109. SALLY ENGLE, Merry; GRIFFIPHS, John & TAMANAHA, Brian Z. "Pluralismo Jurídico". Ciclo del Hombre Editores, Universidad de los Andes & Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 2007
110. SANTOS, Boaventura de Sousa. "La reinención del Estado y el Estado Plurinacional". Alianza Interinstitucional CENDA – CEJIS – CEDIB, Cochabamba. 2007
111. SIEDER, Rachel. "Pluralismo legal y globalización jurídica. Retos del multiculturalismo en América Latina". III Encuentro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Quetzaltenango, Guatemala. 2002
112. STAVENHAGEN, Rodolfo. "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas". En: Cuadernos Observatorio Pueblos Indígenas N° 1. Simón Pedro Arnold y Boris Paúl Rodríguez Ferro Editores, Puno. 2010.
113. STRELEIN, Lisa (Editor). "Dialogue about land justice: Papers from the National Native Title conference". Aboriginal Studies Press, Canberra. 2010.
114. TICONA HUAMÁN, Jacinto. "El debido proceso en el ejercicio de la jurisdicción especial comunitaria: Análisis desde la experiencia del sur andino peruano". En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 69 - 79). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS.2010.

115. TORNERO CRUZATT, Yuri. “*Consulta Previa. Protección de los pueblos indígenas en Actividades de Hidrocarburos*”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 188 - 205). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010.
116. TORRES ZÚÑIGA, Natalia. “*El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*”. Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2012.
117. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. “*Postmodernidad y Derecho*”. Monografías Jurídicas N° 86. Editorial TEMIS, Bogotá. 1993.
118. TUBINO ARIAS-SCHREIBER, Fidel. *El interculturalismo frente a los desafíos del pluralismo jurídico*. Artículo publicado en la página web de la Red Internacional de Estudios Interculturales de la Pontificia Universidad Católica del Perú – RIDEI, Lima.  
<http://red.pucp.edu.pe/ridei/temas/el-interculturalismo-frente-a-los-desafios-del-pluralismo-juridico/>.
119. URTEAGA CROVETTO, Patricia. “*Interculturalidad, Interlegalidad y Derechos Humanos*”. Artículo publicado en la página web de la Red Internacional de Estudios Interculturales de la Pontificia Universidad Católica del Perú – RIDEI, Lima.  
<http://red.pucp.edu.pe/ridei/wpcontent/uploads/biblioteca/interculturalidad.pdf>
120. URTEAGA CROVETTO, Patricia. “*Comunidad nativa y derecho: dos experiencias en Madre de Dios, Perú*”. Consulta: 17/09/2013. Disponible en: [red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/comunidad\\_nativa.pdf](http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/comunidad_nativa.pdf).
121. VALENCIA CARMONA, Salvador. “Derecho, autonomía y educación superior”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. 1973.
122. VILLANUEVA FLORES, Rocío. “*Tensiones constitucionales: el derecho a la diversidad cultural vs. Los derechos de las víctimas de violencia de género*”. En: LA ROSA CALLE, Javier & RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas* (páginas 53 – 72). Instituto de Defensa Legal, Lima. 2010.
123. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “*Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú*. En: *Nuevos Rumbos en la administración de justicia. Diciembre de 2000*. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos-ILSA. Colombia, p. 233. 2000.



124. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Retos para construir una juridicidad pluricultural (Balance de los proyectos de ley sobre el art. 149 de la Constitución)”. Texto de una ponencia presentada en el contexto del I Encuentro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica - Sección Perú el día 9 de febrero del 2001. <http://www.alertanet.org/ryf-proyectos.htm>.
125. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el Pluralismo legal”. Texto de una ponencia presentada en la reunión entre congresistas y ronderos organizada por la Defensoría del Pueblo “Hacia una Ley de Rondas Campesinas” el día 2 de abril de 2002. [http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm#\\_ftn1](http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm#_ftn1)
126. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Fundación Myrna Mack, Guatemala. 2003.
127. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. En: Revista El Otro Derecho N.º 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria (páginas 171-197). Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos y Red de Justicia Comunitaria. Bogotá, Colombia. 2003.
128. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. En Revista EL OTRO DERECHO N° 30 (páginas 171 – 195). ILSA, Bogotá. 2004.
129. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Vislumbrando un Horizonte Pluralista: Rupturas y retos epistemológicos y políticos”. En: CASTRO, Milka (editora). *Desafíos de la interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*. Universidad de Chile, Programa Internacional de Interculturalidad y Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Santiago de Chile. 2004.
130. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Hacia una Jurisprudencia Pluralista”. En: Anuario de Derecho Penal 2006. *Derecho Penal y Pluralidad Cultural* (páginas 377-415). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo (Suiza). 2007.
131. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (editora). *Pueblos indígenas, constituciones y reformas políticas en América Latina*. Instituto Internacional Derecho y Sociedad - IIDS, Lima. 2010.
132. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Litigio estratégico en derechos indígenas. La experiencia de la Comunidad Nativa Tres Islas, Madre de Dios, Perú*. GIZ, Lima. 2013.
133. ZEVALLOS SOTO, Sócrates. “Sistema normativo en la cultura andina”. En: Memoria del II Congreso Nacional de Antropología Jurídica del 2008 y de las actividades realizadas el 2009 por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica Sección Perú (páginas 86 - 90). Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. 2010.



## II. Normativa internacional:

1. Carta de la Organización de Naciones Unidas (1948)
2. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969. El Perú ratificó dicho Convenio mediante Decreto Supremo N.º 029-2000-RE el 14 de setiembre de 2000. Y entró en vigor para el Estado peruano el 14 de octubre de 2000. Puede accederse al texto completo de dicha Convención en el siguiente enlace web:
3. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989)
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” (1969)
7. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución aprobada por la Asamblea General el día 13 de septiembre de 2007.

## III. Otros instrumentos jurídicos internacionales:

1. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ante la Comisión de Derechos Humanos de 2004 (sexagésimo período de sesiones).  
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4360.pdf?view=1>
2. Observación individual sobre el Convenio 169 de 2008 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT – CEACR (emitida en el contexto de su septuagésima novena reunión).  
<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitcontrol/ceacr169pe/554-ceacr-peru-2008.html>
3. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ante el Consejo de Derechos Humanos de 2010 (décimo quinto período de sesiones).  
[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.37.Add.7\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.37.Add.7_sp.pdf)
4. Informe del Relator de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ante el Consejo de Derechos Humanos de 2012 (vigésimo primer período de sesiones).  
[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47_sp.pdf)

5. “Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica, el Gran Chaco y la región oriental de Paraguay” de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012).

<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/Directrices-de-Protección-para-los-Pueblos-Indígenas-en-Aislamiento-y-en-Contacto-Inicial.pdf>

6. Corte IDH. Opinión Consultiva N.º OC-10/89 sobre la “interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 14 de julio 1989. Serie A N.º 10.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_10\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf)

7. Corte IDH. Opinión Consultiva 1/82 sobre “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 24 de setiembre de 1982. Serie A N.º 01.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_01\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf)

#### **IV. Normativa nacional:**

1. Constitución para la República del Perú de 1920  
<http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1920.htm>
2. Constitución Política del Perú de 1933  
<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1933.pdf>
3. Constitución Política del Perú de 1979  
<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>
4. Constitución Política del Perú de 1993  
<http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>
5. Código Procesal Constitucional  
[http://tc.gob.pe/Codigo\\_Procesal.html](http://tc.gob.pe/Codigo_Procesal.html)
6. Ley N.º 29785, “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”.  
  
<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29785.pdf>
7. Decreto Supremo N.º 001-2012-MC “Reglamento de la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”

<http://www.mcultura.gob.pe/sites/default/files/docs/reglamento-de-la-ley-nro29785.pdf>

## V. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos:

### a. Casos sobre los derechos de los pueblos indígenas:

1. Corte IDH. *Caso Aloeboethoe y Otros versus Suriname*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C N.º 15.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_15\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf)

2. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la día 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf)

3. Corte IDH. *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)

4. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka versus Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)

5. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros versus Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C N.º 212.

[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_212\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.doc)

6. Corte IDH. *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayacu versus Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C N.º 245.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)

### b. Otras sentencias ante el Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos.

1. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N.º. 158.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

2. Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) versus Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 200. Serie 73 C. N.º 73.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)

3. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

4. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores versus México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N.º 220.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf)

#### **VI. Otros instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos:**

1. CIDH. Caso 1802. TRIBU ACHÉ. (PARAGUAY). 27 de mayo de 1977.

<http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Paraguay.1802.htm>

2. CIDH. CASE 11.140. Mary y Carrie Dann REPORT N° 75/02 \* (Estados Unidos de América). 27 de diciembre de 2002.

<http://www.cidh.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm>

3. CIDH. CASO N° 7615. Caso sobre Yanomani (Brasil). 5 de marzo de 1985

<http://www.cidh.org/indigenas/Brasil7615.htm>

4. CIDH. Informe “*La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*”. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62. Organización de los Estados Americanos, Washington, 2002.

<http://www.cidh.oas.org/Indigenas/indice.htm>

5. CIDH. Informe. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09 Aprobado el 30 de diciembre de 2009.

<http://www.cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

6. *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el día 26 de febrero de 1997 en su sesión 1333a. durante su 95° Período Ordinario de Sesiones.

<http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.2g.htm>

## VII. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano:

1. Sentencia recaída en el Expediente N.° 0042-2004-AI/TC del día 13 de abril de 2005 (Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos contra el artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal)
2. Sentencia recaída en el Expediente N.° 5854-2005-PA/TC del día 8 de noviembre de 2005 (Recurso de agravio constitucional interpuesto por Pedro Andrés Lizana Puelles contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura)
3. Sentencia recaída en el Expediente N.° 6167-2005-PHC/TC del día 28 de febrero de 2006 (Recurso de agravio constitucional interpuesto por Fernando Cantuarias Salaverry contra la Resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima)
4. Sentencia recaída en el Expediente N.° 03343-2007 del día 19 de febrero de 2009 (Recurso de agravio constitucional interpuesto por Jaime Hans Bustamante Johnson contra la resolución de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín)
5. Sentencia recaída en el Expediente N.° 00006-2009-PI/TC del día 22 de marzo de 2010 (Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación contra diversos artículos de la Ley N.° 29277, Ley de la Carrera Judicial)
6. Sentencia recaída en el Expediente N.° 04611-2007-PA/TC del día 9 de abril de 2010 (Recurso de agravio constitucional interpuesto por Juan García Campos en representación de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 contra la sentencia de la Sala Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali).
7. Sentencia recaída en el Expediente N.° 0022-2009-PI/TC del día 9 de junio de 2010 (Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.° 1089)
8. Sentencia recaída en el Expediente N.° 05427-2009-PC/TC del día 30 de junio de 2010 (Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima)



9. Sentencia recaída en el Expediente N.° 1126-2011-HC/TC del día 11 de setiembre de 2012. (Recurso de agravio constitucional interpuesto por la comunidad nativa Tres Islas). Madre de Dios.
10. Sentencia recaída en el Expediente N.° 00220-2012-PA/TC del día 3 de octubre de 2012. (Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Mago Isabel Tello Ramos y otros contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huara).

#### **VIII. Jurisprudencia constitucional comparada:**

1. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.° T-349/96 del día 8 de agosto de 1996.
2. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.° T-523/97, del día 15 de octubre de 1997.
3. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.° SU-510/98 del día 18 de septiembre de 1998.
4. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.° C-127/03 del día 18 de febrero de 2003.
5. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.° T-552/03, del día 10 de julio de 2003.
6. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.° T-009/07 del día 19 de enero de 2007.
7. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.° T-001/12 del día 11 de enero 2012.
8. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.° T-236/12 del día 22 de marzo de 2012.
9. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N.° C-463/14, del día 9 de julio de 2014.
10. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación penal N.° 34.461 de la Sala de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Proceso N.° 34461, caso sobre narcotráfico.

#### **IX. Otros documentos nacionales**

1. Acuerdo Plenario N.° 1-2009/CJ-116 sobre “Rondas campesinas y Derecho Penal”.

2. Dictamen N.º 01-2013-2014 (Dictamen recaído en los proyectos de Ley 313/2011-PJ y 2751/2013/CR, con el texto sustitutorio por el cual se propone la Ley de coordinación intercultural de la justicia) de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República del Perú, del 5 de noviembre de 2013.
3. El Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización intercultural de la Justicia fue constituida el día 11 de mayo de 2011 a través de la Resolución Administrativa N° 202-2011-P-PJ.  
[http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_int/doc20102011-164527.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc20102011-164527.pdf).

