

## LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERU (1993)

J. Fernando Bazán Cerdán  
Juez Especializado Penal de Cajamarca – Perú  
[joferbac@yahoo.es](mailto:joferbac@yahoo.es)

Definitivamente, el Perú no ha sido ajeno al proceso de emergencia indígena y étnica por el que han atravesado los países de América en la década anterior, que –como bien lo señala el ecuatoriano Diego Iturralde<sup>1</sup>- se expresa en el fortalecimiento de los pueblos indígenas (y sus organizaciones) y la inclusión de sus reivindicaciones fundamentales (territorio, desarrollo, identidad cultural, autonomía, etc.) en las recientes reformas constitucionales. Asimismo, esta dinámica de orden social y constitucional se ha desarrollado de manera paralela con los procesos de reforma económica liberal, los intentos de afirmación de la institucionalidad democrática de los Estados y la globalización mundial.

Sin embargo, dentro de este contexto es conveniente establecer las particularidades, límites, posibilidades y retos originados a raíz de la inclusión de la plataforma de derechos de los pueblos indígenas en el cambio constitucional e institucional experimentado en el Perú a partir de 1993, con especial énfasis en lo que se ha venido a denominar la Jurisdicción Especial Indígena, cuyos rasgos primordiales se encuentran delineados en el artículo 149 de la constitución peruana de ese mismo año.

Antes de analizar la formulación constitucional peruana sobre la facultad de las autoridades comunales para ejercer funciones jurisdiccionales al interior del territorio de las comunidades campesinas y comunidades nativas –denominación con las cuales son conocidos la mayor parte de los pueblos indígenas del Perú-, es preciso resaltar algunos datos e indicadores socio-económicos que revelan al Perú como un país pluricultural, multiétnico y multilingüe.

De acuerdo al Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú<sup>2</sup>, en el país existen 72 etnias (7 ubicados en el área andina y 65 en el área amazónica), las cuales se agrupan en 14 familias lingüísticas indígenas. Los grupos étnicos

---

<sup>1</sup> Iturralde G., Diego A. Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas. En: Revista IIDH 41. Edición Especial sobre Derecho Indígena (enero-junio 2005). Ver. <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones-omb.htm>

<sup>2</sup> Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú. Ministerio de Agricultura. Instituto Indigenista Peruano-1994.

caracterizan a la población indígena o a los pueblos indígenas de nuestro país, que, a 1993<sup>3</sup>, ascendían aproximadamente a 7'805,193 pobladores (representando aproximadamente el 35% de la población total nacional), distribuidos de la siguiente manera: campesinos 7'505,975 (96.2 %) y nativos 299,218 (3.8 %).

En la actualidad, según los registros del Ministerio de Agricultura, la población o pueblos indígenas del Perú están organizados mayoritariamente en 5,666 comunidades campesinas -andinas y costeñas-reconocidas<sup>4</sup> y 1,265 comunidades nativas -amazónicas- inscritas<sup>5</sup>. De acuerdo a la misma fuente, las comunidades campesinas ocupan una extensión superficial de 16'706,952.7557 has. y agrupan aproximadamente a 1'041,587 familias. Las comunidades nativas<sup>6</sup> ocupan una extensión superficial de 9'269,332.3145 has. y agrupan aproximadamente a 45,791 familias.

De otro lado, no se puede ocultar que la situación de los indígenas peruanos se caracteriza por la presencia en sus miembros de elevados índices de desnutrición y fecundidad, población mayoritariamente joven, bajas tasas de escolaridad, incapacidad para satisfacer sus necesidades básicas y acceder a servicios públicos, falta de igualdad de oportunidades, marginación, pobreza y extrema pobreza, etc. Aspectos a los que hasta hace poco se sumaron de manera grave los fenómenos de la violencia política, el desplazamiento forzado interno, el narcotráfico, la colonización creciente, etc.; y que, en conjunto, configuran una situación de marcada vulnerabilidad económica, social y jurídica de los pueblos indígenas costeños, andinos y amazónicos del Perú.

Teniendo presente el contexto anterior, por vez primera con la Constitución de 1993 se reconoce el carácter pluriétnico y pluricultural de la nación peruana, elevando a la categoría de derecho fundamental el derecho a la identidad étnica y cultural, que a su vez funda y sostiene el derecho "al propio derecho", expresado a través del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena. El actual modelo constitucional tipifica las relaciones entre el Estado peruano y los pueblos indígenas en materia de

---

<sup>3</sup> IX Censo Nacional de Población de 1993. INEI.

<sup>4</sup> Directorio de Comunidades Campesinas del Perú. PETT. Ministerio de Agricultura (Información a diciembre de 1998).

<sup>5</sup> Directorio de Comunidades Nativas del Perú. PETT. Ministerio de Agricultura (Información a diciembre de 1999).

<sup>6</sup> Las poblaciones indígenas amazónicas no sólo se agrupan bajo la forma legal de comunidades nativas, sino que teniendo en cuenta su organización territorial y socio cultural frente a la sociedad nacional, minoritariamente también pueden ser reconocidas y analizadas con la tipología siguiente: pueblos indígenas aislados; poblaciones indígenas remotas y dispersas; poblaciones indígenas rurales dislocadas y fragmentadas; poblaciones ribereñas; e indígenas urbanos (OIT: Moore).

administración de justicia, reconociendo las potencialidades de la jurisdicción y el derecho consuetudinario indígena como espacios de autodefinición de dichos pueblos, como instrumento para aminorar la vulnerabilidad jurídica en que se encuentran dichos pueblos y como expresión moderna de un sistema judicial plural.

De esta manera, el reconocimiento de las facultades jurisdiccionales comunitarias, el derecho a la educación bilingüe intercultural y la seguridad de la base territorial, constituyen factores esenciales que permiten la reproducción social de tales colectividades y el ejercicio de su identidad (ciudadana y étnica).

Así, el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, a la letra establece que: *"Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial."*

De la norma constitucional glosada, se pueden desprender los siguientes elementos centrales para la configuración de la jurisdicción especial indígena:

1. El reconocimiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las rondas campesinas.
2. La potestad de dichas autoridades de ejercer tales funciones en su ámbito territorial.
3. La potestad de dichas autoridades para aplicar su derecho consuetudinario.
4. La sujeción de dicha jurisdicción al respeto de los derechos fundamentales.
5. La competencia del Poder Legislativo para señalar las formas de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional.

Los tres primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las Comunidades Campesinas y Nativas, léase pueblos indígenas.

Los dos últimos elementos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas con el contexto del ordenamiento jurídico nacional.

De lo anterior podemos sostener como premisa que la relación que se presenta entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, no debe ser entendida en términos de oposición sino de complementación dialéctica. Entendiendo, a la primera, como un espacio diferenciado para la administración de justicia por y para los pueblos indígenas y, a la segunda, como el espacio de articulación con el sistema mayor, a través del cual se afirma la pertenencia al Estado.

En este punto, el planteamiento del problema puede desagregarse en dos niveles deseables: a) Fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena (Arts. 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT); y b) Mejora del funcionamiento del sistema jurídico nacional en su relación con los pueblos indígenas (Art. 12 del Convenio 169 de la OIT); a través de la efectivización de las garantías y derechos de la administración de justicia, tales como derecho a intérprete, asesoría legal, peritajes antropológicos, error de comprensión culturalmente condicionado, etc.

Los niveles destacados permiten desprender la necesidad de formular y ejecutar políticas y acciones positivas estatales orientadas a: a) La creación de mecanismos de consulta y participación (pueblos indígenas e instituciones estatales); b) La supervisión del cumplimiento de los derechos y garantías de la administración de justicia ordinaria; y c) La necesidad de establecer un registro etnográfico sobre las formas y contenidos de los sistemas de resolución de conflictos de los grupos étnicos, y sobre las formas de coordinación y relacionamiento con la jurisdicción ordinaria (Percepción que tienen los pueblos indígenas sobre cuándo y por qué recurren al derecho consuetudinario, y sobre cuándo y por qué recurren a la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta factores tales como la variabilidad lingüística, el grado de aculturación, la mayor o menor articulación con la economía de mercado, etc.).

La Ley de Coordinación a que alude el artículo 149 de la constitución peruana se justifica por la necesidad de explorar los problemas y las soluciones de la zona de intersección entre el mundo del derecho indígena y el derecho nacional, entre la costumbre y la ley; así como para dar acceso a las áreas de autonomía de cada una de las dos esferas, bajo la comprensión de las connotaciones que entraña afiliarse al criterio restrictivo a favor de la autonomía de la jurisdicción especial indígena (La coordinación se justifica en temas de grave conflicto intercultural, en materia penal, específicamente en caso de homicidios) o al criterio maximalista a favor del sistema mayor (La coordinación sólo se justifica en materia civil, no siendo el ámbito penal objeto de coordinación).

La trascendencia de la elaboración de Tamayo<sup>7</sup>, encuentra su nivel de originalidad en la propuesta de criterios para orientar el proceso de coordinación entre ambas jurisdicciones, sugiriéndose:

1. El mayor grado de autonomía jurisdiccional indígena posible con la menor intervención estatal (nicho de derechos fundamentales).
2. La intervención estatal en el ámbito jurisdiccional en principio se restringiría a garantizar la vigencia de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, a partir de una lectura del contexto cultural que sobre dichos derechos se manejan en el ámbito comunal, a fin de contrapesar el alcance y sentido de las sanciones comunitarias como violatorias o no de los derechos humanos.
3. El respeto de la institucionalidad jurisdiccional indígena a partir de principios como la autonomía, autenticidad, sentido y eficacia de la misma, lo cual implica no condicionar a las autoridades tradicionales que administren justicia su transformación en autoridades oficiales del Estado, como pueden ser los jueces de paz.
4. Las formas de coordinación deben ser concebidas a partir del menor grado de formalidad sustantiva y procesal a fin de que las mismas devengan en mecanismos operacionables y aceptados por los usuarios, y no se conviertan en fuentes de mayor conflictividad institucional.
5. El manejo de los posibles conflictos jurisdiccionales puede regularse a través de una coordinación entre dichas jurisdicciones, distinguiéndose entre los siguientes supuestos: a) Los surgidos al interior de la comunidad entre sus miembros, el principio aplicable sería el sometimiento a la jurisdicción especial con el carácter de cosa juzgada (salvo manifiesta violación de los derechos fundamentales); b) Surgidos al interior de la comunidad y que involucre o no indígenas, se aplica la jurisdicción indígena pero cabe invocar la jurisdicción ordinaria (El juez resolverá); y c) Surgidos fuera de la comunidad, los indígenas se someten a la jurisdicción ordinaria, tomando en consideración la cultura.

Por último, las potencialidades de la jurisdicción indígena para los pueblos indígenas y el Estado se manifiestan en las siguientes consideraciones: a) Significa una fuente de continuidad cultural; b) Significa un espacio para recuperar el control sobre la vida comunitaria teniendo como fundamento los valores compartidos; c) Significa un espacio para la organización y defensa del manejo del territorio y sus recursos frente a factores de

---

<sup>7</sup> Tamayo Flores, Ana María. “Balance y Perspectivas de la Jurisdicción Indígena y el Derecho Consuetudinario, a partir del contexto de Vulnerabilidad que enfrentan los Pueblos Indígenas Amazónicos” (Documento de Trabajo). Julio de 1997. En: “Nosotros y los Otros. Avances en la afirmación de los pueblos indígenas amazónicos”. Serie Informes Defensoriales. Informe No. 12. Defensoría del Pueblo. Lima, agosto 1998. Pág. 193.

perturbación externa; d) Significa un espacio de autonomía relativa; Significa un espacio para garantizar la paz social comunal; f) Para el Estado, la institucionalización de la jurisdicción especial indígena puede significar un ejercicio para aprender a compartir el poder bajo ciertas reglas de juego, las cuales encuentran su expresión fundamental en el respeto por el diferente; y g) La jurisdicción especial indígena es una meta que involucra un enorme reto para los pueblos indígenas, sobre todo para aquellos que desean restablecer sus propios sistemas de justicia (período de transición) y para otros pueblos que pueden decidir que algunos casos van más allá de sus habilidades colectivas para resolver y acordarán derivarlos al sistema mayor.

\*\*\*\*\*