

EL DERECHO INDÍGENA EN EL DERECHO PERUANO ACTUAL

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA

SUMARIO: I. La Constitución política; II. La polémica sobre el artículo 19 de la Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y de ceja de selva; III. Los problemas del derecho consuetudinario; IV. La justicia popular fuera de los marcos oficiales.

I. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución de 1979 no contiene referencia alguna al derecho indígena e, incluso, ha eliminado sistemáticamente toda referencia al término indígena, a diferencia de las otras dos Constituciones peruanas del presente siglo, las de 1920 y 1933.

Esto guarda concordancia con la decisión tomada durante el gobierno del presidente Juan Velasco Alvarado de rebautizar el día del indio con la expresión día del campesino.

La Constitución posee tres artículos sobre comunidades campesinas y nativas, que se transcriben a continuación:

Artículo 161. 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.

Artículo 162. El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomenta las empresas comunales y cooperativas.

Artículo 163. Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescindibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una

mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero.

Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.

Los aspectos de la organización de estas entidades como personas jurídicas han sido legislados en los artículos 134 a 139 del Código Civil de 1984.

Las comunidades campesinas se denominaban anteriormente comunidades indígenas. No existe unanimidad respecto a su origen, pues mientras para algunos éste reside en las reducciones o repúblicas de indios de la época colonial, para otros sus antecedentes hay que encontrarlos en el *ayllu* incaico o preincaico. Según Basadre,

Ayllu es palabra común a los idiomas quechua y aymara (...) Quiere decir, entre otras cosas, comunidad, linaje, genealogía, casta, género, parentesco. En su acepción usual, es el conjunto de personas que se llaman descendientes de un mismo tronco y trabajan la tierra en forma colectiva. La idea de descendencia de un tronco común aparece no sólo con el significado de un vínculo de parentesco, sino a la vez, con un sentido religioso, porque el progenitor, convertido en animal o ser inanimado, es objeto de adoración (totemismo). Al lado de estos vínculos de parentesco y religiosos, el trabajo común de las tierras da a los miembros del ayllu un ligamen de tipo económico, a la vez que territorial.¹

No es posible que los *ayllus* hayan permanecido inalterados durante los primeros años de la conquista. De hecho, los mismos incas manipularon los *ayllus* preexistentes para fines de la organización estatal, a la vez que indujeron su conformación en los lugares donde su existencia era desconocida.² Lo más probable es que las comunidades hayan obedecido a las necesidades coloniales de organizar la tributación y el servicio personal de los indígenas, y que en algunos casos hayan coincidido con la predominancia de tributarios de uno o más *ayllus*. Sobre este punto Manuel Marzal puntualiza que

¹ Basadre, Jorge, *Historia del derecho peruano*, 4a. ed. Lima, Editorial Librería Studium, 1988, p. 90.

² *Id.*, p. 104.

Para el indigenismo colonial los indios eran libres, pero tenían un estatuto legal peculiar; además, debían vivir en reducciones, para asegurar su catequización, el cobro del tributo y servicio personal a la minería (mita), que será la columna vertebral de la economía colonial.³

Producida la independencia, el pensamiento liberal que penetró en ella puso en pie de igualdad a los indígenas con los demás ciudadanos, desatándose las restricciones que habían existido para la transferencia de la propiedad inmueble. San Martín abolió los tributos y servicios personales de los indígenas y dispuso que “en adelante no se denominarán los aborígenes indios o naturales (. . .), son ciudadanos del Perú y con el nombre de peruanos deben ser conocidos” (27 de agosto de 1821).

Por su parte, Bolívar, el 8 de abril de 1824, declaró a los indios propietarios de sus tierras, pudiendo venderlas o enajenarlas, y ordenó el reparto de las tierras de la comunidad entre sus miembros, y el 4 de julio de 1825 declaró extinguidos los títulos y autoridad de los caciques, por no reconocer la constitución desigualdad entre los ciudadanos, ni existir títulos hereditarios.⁴

En el presente siglo se vuelve a proteger la propiedad de las comunidades de indígenas. En la Constitución de 1920 se declara que “los bienes de propiedad de comunidades de indígenas son imprescriptibles” (artículo 41), mientras en la de 1933 se garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades y se dispone que dicha propiedad es imprescriptible, inenajenable e inembargable (artículos 207-210).

Entre reconocidas y no reconocidas había alrededor de 4,000 a 4,500 comunidades hacia 1984, asentándose el 98% en la sierra. Para ese entonces sus habitantes sobrepasaban los tres millones, “de los cuales 53% tiene como idioma materno el quechua, el 41% el castellano, el 4% el aymara y el 2%, principalmente nativos en la selva, otros idiomas”.⁵

³ Marzal, Manuel, “Indigenismo y Constitución”, *Revista de la Universidad Católica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, nueva serie, núm. 3, 15 de mayo de 1978, p. 73. Véase también su artículo “Sociedades Indígenas y nueva Constitución”, *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, núm. 35, junio de 1981.

⁴ *Id.*, p. 77.

⁵ Brandt, Hans-Jurgen, *Justicia popular. Nativos. Campesinos*, Lima, Fundación Friedrich Naumann, 1988, p. 107.

Las denominadas comunidades nativas son las que existen en la selva. Se trata de 63 grupos étnicos que agrupan un estimado de 201,462 personas.⁶

Aparte de los tres artículos que hemos venido desarrollando, la Constitución posee otros cuatro que pueden resultar de interés para nuestro tema. El artículo 34 dice que “El Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía”; el artículo 35 se refiere a las lenguas aborígenes y “garantiza el derecho de las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua”; el artículo 83 consagra al castellano como el idioma oficial de la República, pero dispone que “también son de uso oficial el quechua y el aymara en las zonas y la forma que la ley establece”; finalmente, el artículo 259, al referirse a las regiones, indica que éstas “se constituyen sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente. Conforman unidades geoeconómicas.

Independientemente del tema de la protección de la propiedad de las comunidades y de referencias bastante generales al respeto y protección de las tradiciones de las mismas, la Constitución peruana no contiene ninguna referencia que pudiera dar asidero a lo que suele considerarse como derecho indígena, es decir, la existencia de normas compartidas y aceptadas que regulan la vida de los integrantes de una comunidad y la existencia de mecanismos de solución de conflictos entre los miembros del grupo, mecanismos que actúan con referencia a dichas normas para solucionar dichos conflictos o para sancionar a quienes infringen la clase de normas que imponen determinados comportamientos. Pasemos de inmediato a tratar tan interesante materia.

II. LA POLÉMICA SOBRE EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY DE COMUNIDADES NATIVAS Y DE DESARROLLO AGRARIO DE LA SELVA Y DE CEJA DE SELVA

Durante el gobierno militar se promulgaron dos leyes de comunidades nativas: el decreto-ley 20653 y el decreto-ley 22175, que reemplazó a la anterior. En ambos se contempla la posibilidad de administración de justicia de mínima cuantía por parte

⁶ *Id.*, pp. 37-38.

de los organismos propios de las comunidades. El artículo 19 del decreto-ley 22175 dispone lo siguiente:

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

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

Hans-Jurgen Brandt sostiene que

con la dación de la nueva Constitución Política en el año 1979, el art. 19 de la Ley de Comunidades Nativas, perdió su vigencia, al estar contrapuesto a los artículos 232 y 233, inc. 1, de la Constitución. El art. 232 establece que la administración de justicia “se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen”. El artículo de la Constitución no menciona a las comunidades nativas como fuero de administración de justicia. Dado que la enumeración de los fueros en el art. 232 es taxativa y considerando que la Constitución deroga leyes preconstitucionales, si éstas le son contrapuestas, las comunidades ya no tienen la facultad de administrar justicia. El Art. 233, inc. 1, de la Constitución demanda la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional de la justicia estatal.⁷

Francisco Ballón discrepa de la posición de Brandt. Sostiene que no existe incompatibilidad entre el comentado artículo 19 de la Ley de comunidades nativas y el artículo 233, inciso 1, de la Constitución que establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Primero, porque el Estado protege y promueve las tradiciones comunales que no atenten contra el orden jurídico establecido. Segundo, porque la capacidad de resolución o sanción dispuesta en el art. 19 se refiere a un método de control social antes que a un ejercicio de la función jurisdiccional. Y tercero, porque el decreto legislativo número 2, dado durante el gobierno constitucional que reemplazó al gobierno militar, modificó y dero-

⁷ *Id.*, p. 41-42.

gó expresamente varios artículos del decreto ley 22175, sin incluir al artículo 19.⁸

Mi posición tiende a coincidir con la de Brandt, no sólo porque la enumeración taxativa de los grados que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional del artículo 237, que los autores citados no comentan, se impone a la genérica expresión respeto y protección de las tradiciones de las comunidades, del artículo 161, sino fundamentalmente porque según el viejo aforismo, no es posible distinguir donde la ley no distingue, y la primera parte del artículo 19 habla de la resolución o sanción de conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía, utilizando el lenguaje propio de la función jurisdiccional, sin dejar resquicio alguno para rescatar las llamadas formas de control social a que alude Ballón.

Sin embargo, sí estaría vigente la segunda parte, que en mi opinión es sumamente importante, aunque restringida únicamente a las comunidades de la selva. En efecto, en los procesos civiles y penales, los tribunales comunes o privativos tendrán en cuenta al resolver las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las comunidades.

Esta norma es un notable avance y ha sido poco comentado, pues al menos en materia penal los tribunales han seguido utilizando los artículos 44 y 45 del viejo Código penal, que permiten atenuar la represión en los casos de delitos cometidos por “salvajes” o por “indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo”.

Es interesante señalar que en un proyecto de Ley orgánica del Poder Judicial, que debe reemplazar a la actual que data de 1963, se contiene el siguiente artículo sobre jueces de paz:

Artículo 73. El Juez de Paz es principalmente un juez conciliador. En conflictos y controversias y demás causas que contienen características del derecho consuetudinario local, el Juez de Paz tendrá en cuenta la cultura y las costumbres de las partes, siempre y cuando éstas no se contrapongan a las garantías constitucionales.⁹

⁸ *Id.*, pp. 27-29.

⁹ Catacora González, Manuel, *et al.*, *Nueva estructura del Poder Judicial. Proyecto de Ley orgánica del Poder Judicial*, Lima, Editorial Sudamérica, S. A., 1988.

III. LOS PROBLEMAS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

El reconocimiento de la existencia, contenido y legitimidad del derecho consuetudinario es un problema al que se han enfrentado los que han trabajado el tema, conjuntamente con el más complejo de la posible oposición del mismo respecto a las normas del derecho nacional.

Un caso que ocurrió en el Perú hace algunos años puede ilustrar las dificultades aludidas y las líneas de solución planteadas por Fernando de Trazegnies, un jurista peruano que investigó profundamente el caso y escribió extensamente sobre el tema.¹⁰ Ante un homicidio, ejecutado aparentemente por todos los miembros de una alejada comunidad serrana, Huayanay, el Tribunal Correccional del Distrito Judicial de Junín, por resolución de 10 de diciembre de 1975, dio por retirada la acusación fiscal y ordenó el archivamiento definitivo del proceso. La versión de los medios de comunicación fue que la comunidad, harta de los abusos y ante las amenazas de un individuo absolutamente antisocial, que no bien salido de prisión había asesinado a un miembro de la comunidad, lo sometieron a juicio popular y lo ejecutaron, siguiendo prácticas ancestrales de derecho consuetudinario.

El Fiscal sostuvo que “los pobladores de Huayanay se rigen por sus propios usos y costumbres ancestrales y se gobiernan por las normas consuetudinarias heredadas de nuestros antepasados (...) como lo evidencia el cartelón que portaron con posterioridad a la muerte de Matías Escobar, en el que se leen los proverbios legados por el glorioso Imperio Incaico *Ama Sua*, *Ama Llulla* y *Ama Kella* (No seas ladrón, no seas mentiroso y no seas ocioso)”. Es interesante agregar una cita de la propia sentencia exculpatoria:

Finalmente, el Segundo Tribunal Correccional de Junín, a despecho del señor defensor de la parte civil, expresa su profundo reconocimiento a la prensa escrita, hablada y televisada del país y del mundo, por el invalorable aporte a la causa de la nueva justicia: libre, humanista, socializada y cristiana, que hoy se yergue para

¹⁰ Véase: Trazegnies, Fernando de, “El caso Huayanay: el derecho en situación límite”, *Cuadernos Agrarios*, Lima, Instituto Peruano de Derecho Agrario, núm. 1, junio 1977. Del mismo autor: “Huayanay: el ocaso de los héroes”, *Cuadernos Agrarios*, Lima, núm. 2, octubre 1978. Del mismo autor: *Law in a multicultural society: the Peruvian experience*, Madison, Wisconsin, Institute for Legal Studies 1987.

defender el derecho de los humildes, dándonos la oportunidad de conocer al Perú profundo, a los pobladores de nuestras agrestes cordilleras, en sus inaccesibles valles, olvidados por nuestra civilización, llevándoles el mensaje del nuevo Perú: justicia e igualdad de derechos para todos, sin humillaciones ni discriminaciones.

El 12 de junio de 1976 la Corte Suprema de la República declaró nula esta resolución y ordenó que se remitieran los autos a otro fiscal para que formulara acusación. De este modo, los hechos volvieron a ser materia de juzgamiento y concluyeron con sentencias condenatorias a individuos determinados, por el delito de homicidio, dictadas por la Corte Superior de Junín y la Corte Suprema. Los nuevos actuados judiciales demostraron que se trataba de una rivalidad entre familias, que el victimado no había cometido homicidio alguno, que fue ejecutado por sus enemigos y que el juicio popular fue un artificio montado justamente para eludir la acción de los tribunales.

Aún antes de conocer la versión que fluye de las actas judiciales del segundo proceso, Trazegnies ponía en duda que se tratara de una aplicación del derecho consuetudinario. En ningún caso quedó claro que existiera una norma aplicable al caso, ni una autoridad, ni precedentes, ni procedimientos:

En el caso Huayanay no ha existido, pues, una autoridad consuetudinaria; tampoco ha existido la aplicación de una norma consuetudinaria (...) sabemos muy poco del derecho incaico y resulta cuando menos aventurado afirmar que una cierta costumbre indígena proviene del Incario.¹¹

Que las costumbres provengan o no del Imperio Incaico es irrelevante, pues desde la destrucción de éste han pasado varios siglos durante los cuales han podido gestarse y mantenerse costumbres similares o diversas. Las normas incaicas citadas por el fiscal constituían un refrán o salutación que plasmaba, efectivamente, derechos y obligaciones. La versión completa era “*Ama llulla, ama sua, ama ccella, ama sipix, ama mappa o maella*” (no ladrón, no mentiroso, no perezoso, no asesino, no perverso, no afeminado).¹² Sin embargo, parece que en el Imperio Incaico, debido a la predominancia del Estado, no existió el proceso popular.¹³ En

¹¹ Trazegnies, Fernando de, “El caso Huayanay”, *op. cit.*, pp. 100-101.

¹² Basadre, *op. cit.*, p. 82.

¹³ *Id.*, p. 219.

general, durante el Incario, la organización de toda la sociedad en función de las necesidades del Estado, incluso los aspectos relacionados con las relaciones familiares y la severa limitación de la propiedad privada de la tierra y de la libertad de testar sobre la misma, por lo menos en lo que se refirió al hombre común, entre otras características, privilegiaron lo que podría denominarse el derecho público, con muy poco espacio para lo que hoy denominaríamos derecho privado.

El problema de un derecho consuetudinario que repugne los valores consagrados en el derecho oficial, cualquiera sea la metodología para identificar dicho derecho consuetudinario, es un asunto de arduo tratamiento. Fernando Trazegnies ha realizado una revisión de las diversas doctrinas que se han enfrentado a este problema, pasando desde las doctrinas morales que sostienen la existencia de valores objetivos, como el derecho natural, hasta las disquisiciones modernas sobre tipos de libertad y libertad sustantiva:

la idea de libertad nos ha llevado a la contradicción que implica lo que Isaiah Berlin llama libertad negativa o libertad como independencia, y libertad positiva o libertad como realización de la libertad (...). Nótese que es esta segunda noción de libertad lo que nos permite prohibir la aplicación de la pena de muerte por una subcultura local, porque pensamos que la más radical protección de la vida es una condición esencial para el ejercicio de la libertad. Es también esta noción de libertad lo que justifica la intervención del Estado nacional en la libertad de la subcultura para detener la tortura como un medio para investigar la verdad, o para evitar sanciones criminales que son particularmente crueles o infames, o para desalentar prácticas como las de matar a las criaturas que nacen con deformaciones”.¹⁴

La posición de Trazegnies es que

algunos límites morales tienen que ser impuestos al pluralismo legal. Pero estos límites no deben encontrarse en una teoría que trate de lograr un máximo de valores sociales. Más bien, ellos pueden encontrarse, quizás, en una suerte de catálogo mínimo de valores morales acerca de los cuales la sociedad no esté dispuesta a entrar en compromisos (...). El derecho tiene que detener sólo las normas y prácticas consuetudinarias que colisionan contra nuestras más pro-

¹⁴ Trazegnies, F. de, *Law in a multicultural society*, op. cit., p. 16.

fundas creencias morales, que son tan repulsivas que sentimos que debemos impedir las aún al costo de la libertad humana.¹⁵

Alternativas a este planteamiento son las que hacen referencia a conceptos más claramente establecidos como los de derechos humanos, o garantías constitucionales. Parece ir ganando terreno la posición que estipula que el derecho consuetudinario no puede tener un valor distinto ni oponible a la legislación común. Algunas legislaciones reconocen los usos y costumbre locales en tanto no sean contrarios a la ley ni desmejoren las garantías de que gozan los indígenas como ciudadanos.¹⁶ Sobre este punto, Stéfano Varese, antropólogo peruano que ha estudiado mucho estas materias, propone “revisar y plantear críticamente sistemas judiciales complementarios: uno de tipo “regular” o perteneciente al sistema de gobierno y otro de tipo “autogestionado” que operaría en las comunidades o las subregiones étnicas y asociaciones de trabajo *para casos civiles civiles de menor cuantía y de directa competencia comunal*”.¹⁷ (El cursivo es nuestro).

IV. LA JUSTICIA POPULAR FUERA DE LOS MARCOS OFICIALES

La discusión del artículo 19 de la Ley de comunidades nativas nos ha conducido a una larga consideración sobre el reconocimiento en la ley de los valores culturales locales, los cuales podrían ser tenidos en cuenta en la resolución de controversias o para el juzgamiento de infractores de la ley penal, especialmente en el marco de la justicia de paz.

Pero en las sociedades pluriculturales, a las que se suman circunstancias que las hacen muy diversas a aquellas en las que hay convivencia de verdaderas nacionalidades (casos de España o Bélgica), como aislamiento geográfico severo, subdesarrollo profundo y desconfianza en los canales institucionales de la justicia oficial,

¹⁵ *Id.*, p. 17.

¹⁶ Sáchica, Luis Carlos, “El indígena en Colombia”, ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre Derecho Indígena, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, julio de 1989.

¹⁷ Varese, Stéfano, “Derechos Étnicos en el Perú”, en Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México, 1988, pp. 339-340. Este libro contiene una bibliografía de 198 títulos sobre derecho indígena en América Latina.

siempre habrán formas de justicia popular, inclusive ajenas a la propia justicia de paz.

Hans-Jurgen Brandt ha demostrado, en el caso peruano, la existencia de diversos fueros de administración de justicia en los casos de comunidades nativas y campesinas y en el contexto de lo que se llaman en el Perú las rondas campesinas.¹⁸ Estas surgieron en la década del 70 en los departamentos de Piura y Cajamarca. Han sido definidas como

organizaciones de autodefensa, surgidas como respuesta a los innumerables abusos (robos, abigeato, escalamiento de casas, violación de mujeres, asesinatos) y a la incapacidad del Estado para solucionar dichos problemas del campesinado. En el camino han encontrado otros motivos de lucha y otros objetivos que alcanzar.¹⁹

El 7 de noviembre de 1986 el gobierno reconoció a las rondas campesinas mediante Ley número 24571; cuyo tenor es el siguiente:

Artículo único. Reconozcase a las rondas campesinas pacíficas, democráticas y autónomas, cuyos integrantes estén debidamente acreditados ante la autoridad política competente, como organizaciones destinadas al servicio de la comunidad y que contribuyen al desarrollo y a la paz social, sin fines políticos partidarios.

Tienen además como objetivos la defensa de sus tierras, cuidado de su ganado y demás bienes, cooperando con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.

Su estatuto y reglamento se rigen por las normas de las comunidades campesinas que establecen la Constitución y el Código Civil.

Las rondas campesinas en muchos casos se han encontrado entre los fuegos de las fuerzas armadas y de la policía y de los grupos levantados en armas. Su reconocimiento puede haber obedecido al deseo del gobierno de contar con aliados en la lucha contra la subversión. Poco puede decirse de su experiencia como forma alternativa de solución de conflictos y de ejercicio del derecho, no sólo por su corta vida sino porque la investigación de campo se ha tornado en extremo peligrosa.

Lo cierto es que la teoría del derecho tiene todavía mucho que elaborar, y muchas investigaciones aún deben hacerse, para en-

¹⁸ Brandt, Hans, *op. cit.*

¹⁹ Estela Díaz, Rolando, *Reconózcase a las rondas campesinas. Experiencia de rondas en Bambamarca*, Liama, Servicios Educativos Rurales, 1988, p. 7.

contrar la manera adecuada de regular estas formas y encontrarles un sitio en el orden jurídico nacional. O quizás la solución sea no encontrarles sitio alguno, pues su formalización podría significar hacerles perder vitalidad, legitimidad y aún existencia, habida cuenta del fenómeno de desmantelamiento del aparato estatal en el campo por parte de los grupos alzados en armas. Pero si de tolerarlas se trata, esto debe hacerse sin perder de vista el ideal de consolidación de un proyecto nacional.