

SOBRE JUSTICIA INTERCULTURAL*

Carlos Ramos Núñez

Saludo esta iniciativa del Instituto Peruano de Derecho Constitucional (IPEC), dirigido por Domingo García Belaunde y otro grupo de expertos. También saludo la presencia de un grupo de magistrados, de abogados, de estudiantes de Derecho, que están verdaderamente interesados en este tema tan sugestivo que es la Justicia Intercultural.

En primer lugar, mi formación desde el punto de vista académico se vincula a la Historia del Derecho. Creo que es primordial, es ese sentido, presentar una mirada desde esa perspectiva.

En principio, la presencia europea ya sea que se trate según la perspectiva en juego, de descubrimiento, de conquista o de invasión, genera un escenario social nuevo. El hombre del Nuevo Mundo y el hombre europeo resultan uno frente al otro, en un encuentro o desencuentro o ambas cosas, realmente inédito. Se conocían, sin duda, otras manifestaciones raciales en el Antiguo Mundo pero hasta entonces, antes del siglo XV, no se conocían hasta donde se sabe a los llamados indígenas o gente originaria del Nuevo Mundo.

* Intervención en el Congreso sobre “Justicia Intercultural” que se llevó a cabo en Lima el 13 de octubre de 2015 en el Auditorio del Poder Judicial, Edificio Carlos Zavala Loayza. La presente versión desgrabada, no revisada por el autor, tiene carácter de provisional (N. del E.)

Este descubrimiento para el hombre europeo se tradujo en un primer momento en la conveniencia que en ese entonces se manejaba en Europa de racionalizar este hecho en dos perspectivas: Una primera, que era la que manejaba Juan Ginés de Sepúlveda, según la cual el indígena americano debía ser esclavizado; esta propuesta estuvo a punto de tener éxito, pero menos mal que desde el punto de vista oficial no triunfó.

La posición que más bien tendría, digamos, una posición dominante fue la de Bartolomé de las Casas, que no solamente era un luchador social sino también un ideólogo coherente; propuso en debate con Juan Ginés de Sepúlveda que el hombre americano no fuera objeto de servidumbre. Cuando hablamos de servidumbre, nos estamos refiriendo a la esclavitud, es decir, técnicamente desde el punto de vista jurídico la esclavitud suponía la posibilidad de hacer del hombre americano una mercancía. Es decir no hacer de él un objeto de cambio, de compra-venta. Pero esto no prevaleció.

Lo que ocurrió irónicamente, como dice Jorge Luis Borges en la "Historia Universal de la Infamia", es que considerando la debilidad, la fragilidad del hombre americano, más bien se impuso la tesis de importar esclavos del África para dedicarlos a las actividades agrícolas, básicamente en condición de esclavos. Ahora bien, esto sucedió desde el siglo XVI aproximadamente hasta el siglo XIX, cuando se dan los procesos de manumisión. En el caso peruano, primero en 1821 son declarados libres y luego con la Declaración de diciembre del año 1824, mediante la cual se dispone la manumisión de los descendientes, digamos, de gente originaria del África.

El hombre americano, de origen americano en las Constituciones, en la legislación del siglo XIX dentro de la concepción ilustrada, parte de la idea de que es igual ante la ley. Aquí la situación cambia respecto a la legislación indiana; el Derecho indiano partía de una concepción tuitiva, protectora del indígena, de una concepción paternalista: se le consideraba en condiciones positivas, una suerte de miserable, en el sentido no negativo del término sino de que necesitaba una protección, una ayuda.

A partir del siglo XIX con la ideología de la Ilustración, del Iluminismo, del Siglo de las Luces, se parte de la concepción de que siendo igual ante la ley no necesita de una protección social. Esta es la visión dominante durante el siglo XIX y recién en el siglo XX se toma conciencia de la necesidad de hacer una suerte de promoción social, ya no pensando

solo en su igualdad ante la ley, sino considerando la necesidad de una verdadera igualdad social. Emergen entonces movimientos indigenistas no solamente en el plano literario y cultural, sino también -y eso es lo que nos interesa- en el plano jurídico: hay tesis universitarias en San Marcos, en Arequipa, en Cusco, en Trujillo, en las universidades de la época.

Hay un discurso también en el plano constitucional. La Constitución de 1920, en realidad, la primera Constitución social y luego la de 1993, trae disposiciones sobre comunidades indígenas, sobre la personalidad jurídica de las mismas. El Código Penal de 1924 se ocupa, si bien utilizando categorías que serían inapropiadas desde el punto de vista del lenguaje técnico y también desde el punto de vista de las políticas contemporáneas, cuando se refiere a los indígenas; por ejemplo a los amazónicos se les llama salvajes y a los andinos se les llama semi-civilizados, degradados por el alcohol. No obstante esto, en el plano de la jurisprudencia se permite en el plano práctico conseguir sentencias absolutorias de los indígenas amazónicos y se disminuye la penalidad en el caso de los de origen andino.

En el propio Código Civil, en medio del debate en la década del 20, se genera una larga polémica sobre si los indígenas deben o no ser sometidos a una suerte de limitación legal siguiendo el ejemplo del Código Civil brasileño de 1917, si debían de ser sometidos o no a una suerte de incapacidad relativa y tener una de curatela especial. Al final esta posición no triunfa, no son considerados los indígenas como incapaces relativos y sí se considera que las comunidades indígenas, como entonces se llamaban, tienen una personalidad jurídica especial y se les incluye dentro de las personas jurídicas. Eso es todo un progreso, en realidad.

Es cuando llegamos a la Constitución de 1979, que se empiezan a dar los primeros avances en este punto, pero lo será con la Constitución de 1993 y aquí entramos a nuestra temática, con el artículo 149. Es curioso, pero esta Constitución que ha sido considerada autoritaria y lo es en ciertos aspectos, que ha puesto el énfasis sobre todo digamos en la parte económica y que hasta cierto punto ha restringido un conjunto de derechos sociales, tiene sin embargo, en la parte del reconocimiento de la jurisdicción indígena y en la parte de reconocimiento de los derechos consuetudinarios y otras áreas, como por ejemplo el reconocimiento del Tribunal Constitucional y la Defensoría del Pueblo, importantes avances.

Este es el artículo 149 que tenemos a la vista. De su lectura queda clara la jurisdicción de las comunidades campesinas y nativas; lo que no queda claro a partir de una lectura literal es la jurisdicción de las Rondas Campesinas. Ahí se lee “con el apoyo de las Rondas Campesinas”. Si nosotros siguiéramos una metodología de carácter originalista del texto constitucional podríamos llegar a la conclusión de que no hay un reconocimiento de la jurisdicción; si estuviera aquí el juez Antonin Scalia diría claramente que no hay ese reconocimiento. Se necesitaría llegar a una construcción sistemática finalista para llegar a ese reconocimiento.

En todo caso, se trata de un reconocimiento dudoso e indirecto. No es esta mi conferencia en torno a la jurisdicción de las comunidades campesinas y nativas, porque creo que sobre eso no hay ninguna duda, quizás alguna reflexión únicamente. Es necesario, en este punto, dictar una ley reglamentaria que coordine la relación, que la haga factible entre el sistema de justicia oficial y el no oficial. Miren ustedes que desde el año 1993 a la fecha ya han pasado 21 años y no se ha dictado una norma reglamentaria que defina cuáles son esos mecanismos de relación entre la justicia comunal y la justicia formal. Yo he escuchado dos posiciones al respecto, quizás hasta una tercera: una que dice que sí hay necesidad de dictar una ley reglamentaria; una segunda, que considera que es mejor no dictar ninguna ley reglamentaria y dejar que las cosas estén como estén y una tercera, que considera que es necesario dictar una ley general, una ley marco, de tal manera que no sería una ley reglamentaria sino una ley marco que dejaría en parte un espacio, digamos, un gran espacio de autonomía. Quizás acá, en este espacio, mi reflexión tiene que ver fundamentalmente con las *Rondas Campesinas* y las *Rondas Urbanas*, que en los últimos años han generado una gran controversia.

Entonces, del texto se desprende que la atribución jurisdiccional corresponde a las *comunidades* y no a las rondas, que únicamente servirían de apoyo. Veo que acá tenemos a modo de ejemplo el artículo 246 de la Constitución colombiana: “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 contrarias a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las normas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

La Constitución ecuatoriana del año 2008, del mismo modo, en el artículo 171 trae esta disposición: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”. También se refiere, más adelante, a los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria; se incluye el Derecho de Defensa.

En el caso de la Constitución boliviana, que tiene todo un título completo sobre la llamada *jurisdicción indígena originaria*, pero queda claro que ahí se refiere a un territorio, a un ámbito territorial; también establece un límite.

Entre nosotros, la ley 27902 que se promulgó el 6 de enero de 2006 reconoció personalidad jurídica a las *Rondas Campesinas* como forma autónoma y democrática de organización comunal que permiten establecer interlocución, esto es, comunicación con las autoridades estatales y algo muy importante, apoyan el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas; en esta parte existe, creo, una línea conforme a la Constitución.

Según la ley, las rondas no ejercen jurisdicción sino que apoyan la jurisdicción reconocida a las comunidades. En este punto, el texto legislativo no hace sino seguir la letra y el espíritu del texto constitucional. Las rondas, por otro lado, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extra judicial conforme a la Constitución y la ley. Poseen asimismo funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal, pero solo en el ámbito territorial. La ley indica también que los derechos que se reconocen para los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas, en lo que corresponda y favorezca.

Dado que el propio texto normativo ha excluido la administración de justicia entre sus atribuciones, las facultades jurisdiccionales no estarían entre esa potestad especial reconocida a los pueblos indígenas y a las comunidades campesinas.

El artículo 3 trae una norma muy sugerente y desgraciadamente olvidada de modo sistemático por las propias rondas: las Rondas Campesinas promueven el ejercicio de los derechos de participación de la mujer en todo nivel, igualmente tienen consideración especial a los derechos del niño y de los adolescentes, las personas discapacitadas y los adultos mayores.

En el artículo 5 de la ley se establece la exigibilidad de que se inscriban en los registros públicos y que cuenten con sus propios estatutos.

El artículo 7 de la ley permite a las Rondas Campesinas, no a las Urbanas, conforme a sus costumbres -en todo momento se alude al mundo rural - intervenir en la solución pacífica de los conflictos suscitados entre los miembros de la comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos, siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción comunal. La norma recalca la expresión "solución pacífica de los conflictos"; no se reconoce el empleo de la violencia. Insiste también en los límites territoriales de la jurisdicción comunal, esto es, en el ámbito de su comunidad, no en otro.

El artículo 8 de la ley autoriza la coordinación de las rondas con autoridades y organizaciones sociales y entidades privadas. Ciertamente, ello no supone una prerrogativa de chantaje o extorsión. El artículo 9, a su vez, establece la necesidad de coordinación de las Rondas Campesinas y de sus dirigentes con las autoridades judiciales. Pueden solicitar también el apoyo de la Fuerza Pública y de las autoridades. No se refiere tampoco en este caso a las rondas urbanas.

Mediante Decreto Supremo 025-2003-JUS del 29 de diciembre de 2013 se aprobó el Reglamento de la Ley sobre Rondas Campesinas. El reglamento distingue en el artículo 12 entre Rondas Campesinas y Rondas Comunales. Son Rondas Campesinas las organizaciones integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas dentro del ámbito rural. Así mismo, serían Rondas Comunales las integradas por miembros de las comunidades nativas. No figuran pues ni en la ley ni en el reglamento, las Rondas Urbanas.

Un artículo polémico del reglamento es el tercero; ahí se preceptúa: la Ronda Campesina o Ronda Comunal tiene por finalidad contribuir al desarrollo, la seguridad, la moral, la justicia y la paz social dentro de su ámbito territorial, sin discriminación de ninguna índole, conforme a la Constitución y a las leyes. Colaboran en la solución de conflictos y realizan

funciones de conciliación extra judicial. Se entiende que Rondas Campesinas y Comunales contribuyen al desarrollo, la seguridad, la justicia y la paz social dentro de un ámbito territorial, pero no tiene sentido que se les otorgue algo que ni siquiera se concede a los órganos de justicia: contribuir a la moral. La moral es un orden normativo que en el mundo moderno es ajeno y distinto al Derecho, es un mecanismo de control social que no debería estar dotado de fuerza coercitiva y de poder de coacción.

El artículo 4 del reglamento es esencial: a la vez que reconoce el ejercicio del Derecho Consuetudinario siempre que existan comunidades nativas, les impone el respeto a los Derechos Humanos tal como los ha consagrado la Declaración Universal de 1948.

Según el artículo 5 del reglamento, solo las comunidades campesinas y las comunidades nativas están facultadas a constituir dentro del ámbito de su territorio una sola Ronda Campesina o una Ronda Comunal según corresponda; entiendo que lo que ha ocurrido en los últimos años es más bien una proliferación de Rondas Campesinas, incluso una superposición de las mismas.

Se ha insistido mucho también en la necesidad de intervenir en la solución pacífica de los conflictos. Creo que en los últimos años esta intervención en la solución pacífica de los conflictos ha pasado a una intervención violenta de los conflictos. Hay también una concesión que yo diría algo peligrosa de control y fiscalización de los proyectos de desarrollo, no sé hasta qué punto podrían tener criterios técnicos para esta clase de control y fiscalización de proyectos de desarrollo. Además, puede haber una dimensión demagógica en esta clase de atribución que es muy riesgosa, muy peligrosa que, en todo caso y a mi juicio, debería estar en manos de las autoridades con un sentido más técnico.

Hay una norma de alto sentimiento de dignidad cuando se estipula la promoción y el respeto de los derechos humanos en especial de los derechos del niño, de las personas discapacitadas y de los adultos mayores, pero que en la práctica han sido objeto de sucesivas infracciones. Se han visto, por ejemplo, casos en los que ancianas han sido acusadas de brujería y azotadas por eso.

El artículo 13 del reglamento es uno de los más polémicos: legisla, no reglamenta, y concede a las rondas, aunque no de manera inequívoca, cierto papel en la solución de conflictos. La Ronda Campesina y la Ronda

Comunal, dice, a base de las costumbres de la comunidad campesina, comunidad nativa, caserío u otro centro poblado al que pertenecen, pueden intervenir en la solución de conflictos que se susciten entre miembros de la comunidad u otros externos dentro de su ámbito territorial. Bueno, por lo menos ese punto está claro; mediante actuaciones que serán registradas en su Libro de Ocurrencias y llevadas para tal efecto, el mismo que será legalizado por el Juez de Paz; se dice que los acuerdos adoptados deberán respetar los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La expresión “puede” intervenir en todo caso carece del imperativo: **deben** intervenir. En beneficio de la norma podría decirse que fija cuatro limitaciones: la pertenencia a una comunidad, un ámbito territorial restringido, el respeto a los Derechos Humanos, la Constitución y las leyes del Estado. Una cuarta restricción son los materiales conciliables a saber, las relacionadas con la posesión, el usufructo y la propiedad comunal, el bien y el uso de diversos recursos comunales.

El artículo 19 del reglamento sobre Rondas Campesinas que trata de los derechos y obligaciones de los ronderos figura en el inciso f) el deber legal de observar buen trato y respeto a la población, particularmente a los niños, mujeres y ancianos. En realidad, habría sido mejor que la norma simplemente se refiriese al respeto a la población en general, pues desde que destaca que se debe un buen trato, particularmente a los niños, mujeres y ancianos para el ámbito y bajo el criterio interpretativo que además se encuentra en esa categoría, implícitamente deberían ser tratados con el mismo respeto. En realidad, en las acusaciones de adulterio, las mujeres son las más afectadas; en las acusaciones de brujería, las mujeres ancianas.

Es curioso este punto, incluso en el ámbito urbano, porque como ustedes saben el delito de adulterio oficialmente desapareció como tipo penal en el Código Penal desde el año 1991. Sin embargo, seguían azotando principalmente a mujeres, ocasionalmente también a hombres; pero creo que aún en una sociedad moderna también el Derecho debe actuar como un mecanismo civilizador. Los Derechos Humanos tienen que imponerse gradualmente, a partir de la Educación. Y azotar mujeres en caso de adulterio creo que es una práctica que no puede defenderse en nombre de la identidad cultural.

En Colombia esta situación se ha presentado; incluso la Corte Constitucional colombiana en un caso, autorizó que se flagelase a un individuo y se consideraba que esto formaba parte de la identidad cultural, pero

sobre todo considerando que no era una grave afectación de sus derechos fundamentales; pero este es un asunto que se tiene que tomar con pinzas. ¿Qué pasaba si la mujer estaba embarazada o que ocurriría si se trataba de un niño o de un anciano? Y por otro lado, esto podría considerarse en ese momento, la práctica de la azotaina, de la flagelación, podría justificarse, pero ¿es justificable que sea así dentro de cinco años, dentro de diez años, dentro de veinte años? ¿Acaso los Derechos Humanos no tienen un carácter progresivo, no tienen un carácter irreversible; no es cierto que tienen una vocación de universalidad? Yo creo que sí. Bueno, creo que en las otras intervenciones podremos conversar más acerca de estos puntos. Muchas gracias por la atención que se me ha prestado.