

DERECHO INDÍGENA

INDIGENOUS LAW

Juan Casazola CCama⁽¹⁾

Universidad Nacional del Altiplano de Puno, Perú

Resumen: En el derecho indígena, “todo es varón y todo es mujer”. Esta visión es el desarrollo del principio de complementariedad de la cultura andina. El derecho indígena además de ser despreciado y segmentado fue alterado profundamente por la racionalidad europea, monista. Frente a esta realidad surge la urgente necesidad de recuperar el sentido originario de Qari – Warmi (Varón – Mujer), que enfatiza la inclusión de los “opuestos” complementarios en un ente completo e integral que dinamiza la vida, y fundamenta la justicia indígena.

Palabras clave: Derecho Indígena, Colonización, Relación Jurídica.

Abstract: In indigenous law, “all is man and all is woman”. This vision is typical of the principle of complementarity in the Andean culture. Indigenous law in addition to being despised and segmented was deeply altered by European, monistic rationality. Faced with this reality, there is an urgent need to recover the original meaning of “Qari – Warmi” (Male - Female), which emphasizes the inclusion of complementary “opposites” in a comprehensive and integral whole of life, and funds the indigenous justice.

Keywords: Indigenous Law, Colonization, Legal Relationship.

(1) Docente ordinario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno.

1. Caracterización preliminar del derecho indígena: matrices básicas sobre las cuales se construye y cimienta

Es posible ubicar las raíces del derecho indígena junto con el origen de las comunidades campesinas y amazónicas (existentes anteriores a la colonización y la conquista). Ello resulta así porque el derecho visto desde la visión andina es esencialmente espontáneo y responde al sentido común de sus miembros, esto es, un derecho que nace como sentimiento y opera sometido a los principios y valores –prácticas cotidianas– en las que se ven envueltas cada comunidad o población indígena. Como correlato a la aparición o génesis de un grupo social o humano, en este caso la comunidad campesina o indígena, subyace la noción de derecho, es decir, un esquema que sirve para sancionar conductas agresivas y ofensivas contra los integrantes del grupo, además, es un medio para garantizar la convivencia⁽²⁾. Es muy probable que las primeras sociedades de *Abya Yala* no hayan sido conscientes de la existencia del derecho⁽³⁾, sin embargo, siempre estuvieron practicándolo, ya que es imposible desligar el derecho de la existencia de una organización social; es evidente que esta forma jurídica no era sofisticada tal como la conocemos hoy, pero servía para los fines que el colectivo deseaba alcanzar: (i) convivencia pacífica a través de la creación de normas de conducta claras, y, (ii) solución de conflictos, (iii) mantener el equilibrio y armonía de la vida.

Este derecho tiene larga data en el *Abya Yala* porque las poblaciones (comunidades, grupos, entre otros) de este continente han sabido organizarse y promover prácticas jurídicas para garantizar la convivencia pacífica y ordenada, no solo ello, sino que también han creado un marco jurídico para resolver conflictos de manera legítima, es decir, aceptada por todos sus miembros. A ello, también, hay que añadir que la filosofía que la inspira consiste en la armonía y la consecución del *buen vivir*, es más, en ello se apoya toda la dinámica jurídica porque el sistema de usos y valores practicados en este continente, en especial, por las comunidades campesinas e indígenas son el sustrato necesario para impulsar el sistema de reglas –en sentido amplio– que representa el derecho. Es así que el proyecto filosófico y jurídico tiene como esquema el *buen vivir* porque representa el “*pilar axiológico y marco de derechos y obligaciones en una sociedad donde el proceso vital del ser humano cobra sentido integral tanto en su construcción como persona como en su contribución con el mundo*” (Martínez, 2013, p. 718). Esto significa que es una comprensión integral de la persona, donde la persona y el medio donde habita son consustanciales, por esa razón el derecho indígena no puede prescindir de la noción de naturaleza, Pachamama o madre tierra.

(2) Con estos elementos, básicamente, se asocian al derecho indígena, sin embargo, existen más aspectos a ser tratados, los mismos que se desarrollarán más adelante porque operan como fundamentos jurídicos o ejes articuladores que sirven para reforzar este derecho.

(3) Esto también sucedió con las sociedades europeas o norteamericanas porque el derecho fue una ficción que se va creando con el paso del tiempo, pero en el momento inicial de la vida no existe como tal y tampoco se tiene conciencia de ello, por ese motivo, el mismo fenómeno se replica a nivel global.

La concepción que tienen los pueblos indígenas sobre el derecho, habitualmente, se apoya en sus usos y costumbres, en efecto, la forma de comprender la dimensión jurídica está moldeada por su cosmovisión y la profunda conexión que mantiene con todo lo que existe en la tierra (aire, agua, cielo, animales, plantas, otros). En tal sentido, el derecho es un sistema de reglas y pautas de comportamiento consuetudinarios porque responde a un esquema de visión de vida, del mundo y el cosmos, en ese sentido, lo más importante es que mediante el derecho los miembros logren convivir en paz y armonía. Este tipo de derecho por muchos años fue relegado de la esfera jurídica tradicional (occidental, europeo) porque no eran reglas válidas. En tal sentido, el fenómeno jurídico solo podía ser válido si era producido en las escuelas de derecho de universidades de Europa o Norteamérica, por esa razón, tardó mucho en aflorar el derecho indígena dentro de la práctica jurídica contemporánea. A pesar que sus orígenes son bastante extendidos en la experiencia latinoamericana.

El derecho indígena en las últimas décadas está en proceso de construcción y consolidación porque empieza a ser revalorada y cada vez va ocupando una posición importante en los sistemas políticos, económicos, culturales, sociales y jurídicos, al menos, en gran parte de América Latina y en algunas partes del mundo (en especial, aquellos lugares donde la diversidad cultural fue escondida). En el contexto latinoamericano este proceso de puesta en valoración implicó: (i) reconocimiento de la diversidad cultural en los textos constitucionales a partir de la década de los 80, (ii) incremento de estudios que dan cuenta sobre la diversidad cultural, es decir, sus posibilidades y problemáticas, (iii) la apertura de la sociedad hacia la dimensión cultural, esto es, el sentido de convivencia con la diversidad cultural, (iv) la construcción de la sociedad desde la perspectiva plural e intercultural, (v) los sistemas jurídicos ponen más atención y especial cuidado al momento de solucionar conflictos vinculados con cuestiones de carácter cultural, entre otros. Estos son algunos de los factores que propiciando el fortalecimiento y desarrollo del derecho indígena en América Latina.

Finalmente, una conceptualización liminar del derecho indígena consiste en que es una práctica jurídica de carácter comunitario u originario que sirve para solucionar conflictos de forma pacífica, a su vez, la filosofía que la inspira está cimentada en el *buen vivir o suma qamaña* porque busca la integridad entre las personas, la madre tierra y la Pachamama. Es un derecho restaurador y reparador de los vínculos comunales, esto es, garantizar que los lazos afectivos, familiares, personales y colectivos sean preservados. Además, la lógica a la que responde es el sentido común y la tradición (costumbre, usos, entre otros), quizás esa sea la razón por la que el binomio ser humano-naturaleza son indeliberables, ya que es imposible pensar la organización social, política y cultural prescindiendo de la naturaleza, en el mismo sentido, la administración de justicia no puede ser solo de hombres, sino que debe incorporar el elemento telúrico y sagrado que emana de la naturaleza.

2. Los fundamentos o razones del derecho indígena

Encontrar las razones o fundamentos que justifican determinada categoría o concepto es importante porque contribuye a comprender mejor sus alcances y finalidades, además, no se pierde el sentido o el contenido que quiere expresar. En tal sentido, el derecho indígena igual que el derecho ordinario (u occidental) también posee sus propios fundamentos que le dan soporte a su existencia, al respecto, de manera provisional, podemos mencionar que se basa en cuestiones de carácter cultural, consuetudinario, social, entre otros. Con la intención de explicitar mejor ello, en esta parte se presentan y examinan dichas razones que actúan como fuentes de autoridad que justifican el derecho indígena.

En primer término, debemos considerar que los fundamentos sobre las cuales descansa el derecho indígena tienen raigambre cultural, política y filosófica, estos son los campos en los cuales se desenvuelve este derecho, ello a raíz de que la práctica social y cultural de las poblaciones indígenas son intrincadas y poco comprendidas por la dinámica oficial del Estado y los políticos. En tal sentido, no es novedoso que estas poblaciones emprenden luchas y exijan derechos mediante la acción política (acompañado de protestas), asimismo, la filosofía que ponen en práctica es de carácter auténtico porque busca la emancipación, la autodeterminación y el respeto por los intereses y los derechos. En segundo término, cabe resaltar que con el transcurso de los años en el discurso jurídico se ha reconocido la diversidad de las manifestaciones culturales, en especial, en la Constitución, por ese motivo, las manifestaciones culturales que realizan las personas ya sea individualmente o como miembros de una comunidad más amplia, tienen respaldo constitucional, lo cual también se replica a nivel del derecho indígena (validándose de este modo las prácticas de solución de conflictos basados en cuestiones de carácter cultural).

Quedando explicado que los fundamentos del derecho indígena tienen sustento cultural-social, filosófico y jurídico-constitucional, lo que resta es analizar de manera precisa en qué consisten cada uno de ellos, de tal modo que se pueda comprender mejor la justificación y la pragmática (praxis) de este tipo de derecho. En ese orden, en esta parte nos enfocaremos a presentar todos aquellos elementos que dan vida al derecho indígena, de tal modo que sus bases sean sólidas y consistentes. Quizás uno de los principales problemas que enfrenta este tipo de derecho, más allá de la dimensión práctica y por supuesto política, es la cuestión teórica porque existen múltiples maneras de enfocar la temática. En tal sentido, aquí nos centraremos a explicar los presupuestos teóricos sobre los cuales descansa el derecho indígena, asimismo, más adelante durante el desarrollo de la investigación, también, se abordarán cuestiones prácticas.

3. Las matrices filosóficas que legitiman la existencia del derecho indígena

En la orientación de encontrar los fundamentos del derecho indígena, nos enfocaremos en explicar la dimensión filosófica o los presupuestos de carácter filosófico que legitiman y sustentan a dicho derecho. Estamos conscientes que la expansión y crecimiento de cualquier proyecto jurídico, necesariamente, responde a la fundamentación y búsqueda de sus bases filosóficas. Es casi imposible pensar en la descolonización de los saberes y prácticas jurídicas, si es que no existen alternativas y propuestas tanto desde el plano jurídico y teórico. En tal sentido, debemos dar contenido y consistencia al proyecto jurídico –derecho indígena– para que sea capaz de cuestionar el estado actual del derecho (el derecho oficial).

3.1. La filosofía y racionalidad andina

El punto de inicio de la racionalidad occidental es que el ser humano-varón- es el fin de todo, esto es que la absolutidad de las cosas converge en el ser humano. Esto se refleja en el campo económico, cultural, social y jurídico porque la dignidad del ser humano configura todas las relaciones políticas o de poder. La tierra es considerada solo como proveedora de recursos. En este caso, no tienen cabida otras formas de tratar y ver el mundo, es decir, nada puede funcionar distanciado de la idea de la dignidad humana. Frente a este modo de ver el mundo y las cosas, aparece la racionalidad andina que se fundamenta en que la centralidad y lo absoluto del ser humano pueden ser desplazados o ser cuestionados, ya que la cuestión económica, social, política o cultural no solo gira únicamente en base a las relaciones de los seres humanos. Así, en los próximos párrafos se abordará sobre las implicancias de la racionalidad andina.

En la racionalidad andina, en lugar de partir de la separación entre ser humano y naturaleza, se parte de la dualidad y la convergencia. Vida y cosmos son uno porque confluyen en el universo. En ese sentido, el hombre o persona del mundo andino actúa apegado a la dimensión telúrica y cósmica de la existencia, por esa razón, no se limita a explicar todo desde la configuración y complejidad del ser humano, sino que busca nuevas justificaciones considerando el espacio o entorno donde se desenvuelve o desarrolla la vida. Esto conlleva a que las relaciones culturales, sociales, económicas y jurídicas se desplazan o mueven en la dualidad y convergencia. En tal orden, la racionalidad o sabiduría andina se desarrolla bajo la cosmovisión, la costumbre y la vida del ser humano en constante contacto con la mística del universo Pachamama y la madre tierra.

La racionalidad andina de forma prístina puede ser observada cuando se produce el reconocimiento de derechos a la naturaleza –situación ajena a la racionalidad occidental– ya que el ser humano no es el único que posee u

ostenta derechos, sino que la tierra y naturaleza también las tiene. Esta situación cambia radicalmente la forma de concebir y apreciar las cosas del mundo porque la naturaleza deja de ser considerada como un bien económico que sirve para satisfacer las necesidades del ser humano (hombre). Con esto queda claro que la racionalidad andina actúa en oposición a la racionalidad occidental, asimismo, presenta su propia forma de ver las cosas. Aquí no hay que olvidar que la sabiduría andina, también, dialoga con la ciencia occidental (conocimiento), ya que la sabiduría andina se basa en la observación, la práctica y la mirada holística de la vida, en cambio, la ciencia en sentido estricto usa el método científico, por tanto, podrían producirse puntos de encuentro y entrelazamiento (sin caer en la exclusión o incompatibilidad).

En tal sentido, desde la racionalidad andina se parte considerando a los pueblos originarios como colectivos que han practicado el conocimiento ancestral, el mismo que se expresa en costumbres y usos que fueron cambiando con el paso del tiempo, además, este tipo de conocimiento se transmite generación tras generación mediante fuentes orales (es el modo de conservación). En ese orden, los saberes que fueron brotando como parte de la racionalidad andina son producto de procesos de ensayo error de forma colectiva porque la práctica del conocimiento no se realiza de forma individual. Sobre ello, es importante establecer que la racionalidad andina maneja un enfoque holístico porque *“permite ver las cosas enteras, en su totalidad, en su conjunto, en su complejidad, en los intereses de cada clase social”* (Ponce, 2015, p. 73; Martínez, 2013; Medici, 2010; Pásara, 1978; Pinto, I. et. al., 2018), por ende, hay involucramiento o relación constante entre «sujeto a sujeto, pues el uno está en el otro y el otro está en el uno» (Oviedo, 2016, p. 85; Gitlitz, 2013; Herrera, 2008). Así, los saberes y la narrativa de cada pueblo originario no se almacenan en un compilado de textos o libros, sino que se conserva en la memoria colectiva de sus miembros, además, siempre está siendo transmitido a través de la acción diaria de las personas. En tal sentido, el aprender desde la racionalidad andina está asociado a escuchar, observar a convivir y acompañar con cariño y gusto, de diversos modos y en variedad de circunstancias y ritmos de la vida campesina, quienes muestran sus saberes viviéndolos.

El enfoque occidental o colonizador de la racionalidad ha ido difuminándose en todas las experiencias posibles, es decir, se ha proyectado sobre la economía, la sociedad, el derecho, la política así sucesivamente, logrando cubrir casi todo. Esto lo que representó es que occidente acompañado con la razón privilegió los números, la materia, la razón, la lógica, la escritura, el hombre, lo abstracto, como superiores al sentimiento, la percepción, la ritualidad, la fiesta, la feminidad, la naturaleza, por ende, el hombre era el único sujeto que quedaba y todo lo demás estaban sometidas hacia ella. Entonces, frente a esto como respuesta desde la racionalidad andina se promueve el ejercicio de la razón vinculado y apegado a los principios de la relacionalidad, complementariedad, reciprocidad con el todo. En tal orden, cobra importancia lo que dice J. Estermann cuando explica que:

“La realidad andina no tiene una concepción racionalista o empirista de las ciencias...sino que considera la ‘ciencia’ (el ‘saber’) como el conjunto de la sabiduría...colectiva acumulada y transmitida a través de las generaciones. Existe un ‘saber’ (yachay, yatiña) del subconsciente colectivo, transmitido por procesos subterráneos de enseñanza de una generación a otra generación oral y actitudinal (‘saber hacer’), mediante narraciones, cuentos, rituales, actos cultivos y costumbres. Este ‘saber’ no es el resultado de un esfuerzo intelectual, sino el producto de una experiencia vivida amplia y meta-sensitiva... Los verbos quechua yachay y aymarayatiña solo significan ‘saber’ y ‘conocer’ pero también ‘experimentar’; un yachayniyoq o un yatiri es una persona ‘experimentada’, un ‘sabio’ en sentido vivencial. Como este tipo de ‘experiencia’ es un proceso transgeneracional y práctico (aprender haciendo), la ‘ciencia andina’ (no existe una palabra quechua o aymara propia) se fundamenta sobre todo en los argumentos de autoridad (el peso de los ancianos o yachaqkuna), de antigüedad (el peso de la tradición), de frecuencia (el peso de la costumbre) y de coherencia (el peso del orden)” (Chiroque, 2018, pp. 33 y 34; Correas, 2010).

La racionalidad andina actúa como un sustento especial para el derecho indígena porque incorpora elementos ancestrales y culturales para la experiencia jurídica. Lo más importante es que la dimensión jurídica, vista desde la racionalidad andina, exhibe compromiso con el dolor diario, toma en cuenta las experiencias de alegría, de esperanza, de pueblos históricamente olvidados, en consecuencia, el panorama jurídico se nutre de otras experiencias y saberes que le dan consistencia y legitimidad, en concreto, tenemos: (i) la cultura, (ii) la costumbre, (iii) la tradición ancestral, (iv) la vida colectiva, (v) la ritualidad, (vi) la relación entre hombre y naturaleza, entre otros. Así que el derecho indígena se configura con la presencia y confluencia de varios elementos que forman parte de la racionalidad andina.

En relación a la racionalidad andina y la ancestralidad, se ha indicado que las poblaciones indígenas, en especial, las comunidades campesinas del sector aymara *“no son meros preservadores o repetidores de las tradiciones de sus antepasados; al mismo tiempo que dan valor a lo ancestral también lo interpretan y lo transforman o reformulan en el contexto de la vida presente”* (Valencia, 1998, p.37). En ese sentido, los aportes y avances en el derecho indígena se valoran en esta dimensión, esto es, la revaloración y renovación de lo tradicional o ancestral. Es constante la interpelación de la razón o racionalidad occidental porque la cosmovisión, la forma de vida, la práctica de conocimiento cultural, entre otros, de las poblaciones indígenas y campesinas son distintas. Según la racionalidad occidental la razón se sobrepone a las emociones y los sentimientos, en cambio, la racionalidad andina propugna que las emociones y los sentimientos son esenciales para la existencia.

Finalmente, en el marco de la racionalidad andina, los sistemas normativos y jurídicos son construido teniendo como punto de referencia al mundo y el ser humano, es decir, es un derecho que se establece a la medida de los hombres y la Pachamama. Ello es así porque no están separados o distanciados según la filosofía andina. Sucede lo contrario en la filosofía occidental donde el derecho se elabora tanto para las personas así como el entorno geográfico porque no existe la unidad y confluencia entre humanidad-mundo (tierra). En contraposición a este esquema o manera de concebir el derecho se opone el derecho indígena, el mismo que plantea la recuperación de las experiencias vivas de las comunidades campesinas e indígenas, asimismo, el derecho se legitima y se construye desde abajo para volverse en transformador y emancipador.

3.2. La ancestralidad

La ancestralidades un factor importante para el derecho indígena porque permite canalizar la cosmovisión andina de quechuas y aimaras, inclusive, poblaciones indígenas de la selva. Sobre esta base es que la madre tierra es considerada como sujeto de derechos, sin embargo, dicha ancestralidad no es homogénea porque tiene distintos significados, pero, lo que destaca es la existencia de un elemento común que consiste en la práctica de respeto a la Madre Tierra. La experiencia de vida y cuidado hacia la naturaleza permanece tal como fue concebida hace muchos años atrás. En este caso, en varias comunidades de la región andina del Perú, en especial, comunidades quechuas y aimaras del altiplano mantienen prácticas muy profundas sobre la protección y cuidado de la Pachamama que está muy vinculado a la ancestralidad –forma tradicional de relación entre ser humano y medio geográfico–.

El reconocimiento de la tradición, costumbre y, en especial, la ancestralidad, se produce en el marco del proceso de la descolonización, la interculturalidad y el reconocimiento y puesta en práctica del principio ético del *buen vivir*, los mismos que son fuente teórica y práctica para explicar la ancestralidad de las comunidades andinas. Una de las manifestaciones decoloniales que parte de la ancestralidad es el reconocimiento de la tierra como madre y portadora de derechos, por ende, la experiencia jurídica o el derecho indígena pone mucho énfasis en este asunto porque el ser humano sin el cosmos no existe porque, tampoco, el derecho descontextualizado y sin referencia a la realidad es posible. En tal sentido, para conectar la realidad con el derecho, en el mundo andino e indígena se ha tomado como eje central la ancestralidad, porque de allí provienen muchas prácticas y experiencias que son fuente de sustento y apoyo para emprender las innovaciones jurídicas necesarias, en concreto, ello se ha traducido en el reconocimiento de derechos (la autodeterminación, autonomía y autogobierno) y la incorporación de nuevas dimensiones de lo jurídico (adjudicación de derechos a la madre tierra, reconocimiento a las comunidades y poblaciones indígenas como colectivo, entre otros).

En América Latina los cambios jurídicos y, en especial, constitucionales que están presentándose son peculiares y llamativos, ello debido a lo siguiente: nueva clasificación de derechos, la incorporación de nuevos sujetos en la Constitución, novedosas forma de organizar el poder, recrear el derecho, etc. Lo característico y común de este asunto es que se apoyan en la ancestralidad, es decir, todas las nuevas formas jurídicas que son puestas en la Constitución o en cualquier otra norma, parten de la idea que el derecho debe responder a la tradición cultural y la costumbre de los pueblos indígenas y comunidades campesinas. Esto representa una visión decolonial porque contribuye a remover las bases teóricas del derecho en el sentido que propone nueva forma de recrear la dimensión jurídica sobre los materiales culturales y sociales existentes en este continente, por ende, ya no será necesario acudir como fuente exclusiva y sobredimensionada al derecho creado en otras latitudes del mundo, ya que no conectan con las exigencias y expectativas de los pueblos del continente Latinoamericano (Bonilla, 2015).

En ese orden, el derecho indígena tomando como base la ancestralidad lo que propone es que la creación jurídica sea auténtica y original, lo cual implica que se debe recoger la práctica jurídica que se produce en el continente Latinoamericano, por tal razón no tiene que depender de otros contextos; es conocido hasta el momento que el derecho construido en esta parte del mundo se ha limitado a reproducir y consumir las experiencias de otros países (importadores de derecho de otras realidades), sin embargo, las escasas experiencias sobre producción jurídica existentes en este continente, muchas veces, no son recibidas con agrado, por tal razón, resulta coherente plantear un derecho propio que sea sensible con las poblaciones indígenas y campesinas.

En suma, considerando que el derecho practicado hasta el momento solo ha significado acomodarse a la producción teórica existente en otras latitudes del mundo, es decir, importar derecho; ahora, es momento de construir un derecho desde la visión indígena y las comunidades campesinas. Esto supone pasar de consumidores a ser productores de derecho. Lo cual supone identificar las bases que servirán de fuentes del derecho indígena, en tal sentido, en este punto, creemos que la ancestralidad es un aspecto esencial para comprender mejor el derecho. Ello resulta así porque la ancestralidad le dota al derecho de una dinamicidad que consiste en construir un camino de diálogo e intercambio de experiencias entre las diversas culturas, de tal modo que no se produzca la imposición de una determinada filosofía o teoría sobre las que están gestándose, pero siempre poniéndose en la posición de crear un sistema de normas basada en la costumbre y los elementos culturales que se ponen en práctica en este continente, en especial, poniendo énfasis en las comunidades campesinas y poblaciones indígenas.

4. Las matrices jurídicas que dan soporte al derecho indígena

En alusión a la dimensión jurídica, debemos indicar que con el transcurso de los años se ha ido reconociendo el derecho indígena en normas de carácter nacional e internacional, esto es, normas constitucionales y tratados o declaraciones que justifican el derecho practicado por las comunidades campesinas y originarias. En tal sentido, aquí presentamos las normas más importantes que sirven de apoyo y justificación para el derecho indígena.

4.1. Convenio 169, Constitución y Ley

El derecho indígena se basa en la ancestralidad. Esto le permite promover el desarrollo de sus instituciones sociales, políticas y jurídicas, en el último caso, podemos mencionar a la justicia comunal, la misma que es reconocida en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde se explica, en el artículo 8 inciso 2 lo siguiente:

[Los pueblos indígenas] deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

En el numeral 1 del mismo artículo

...deberán respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

En esta misma línea, el artículo 149° de la Constitución Política del Perú, expresamente señala que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, podrán ejercer funciones jurisdiccionales. Lo cual significa que dicha disposición constitucional (o norma constitucional) reconoce y faculta a las comunidades para que puedan administrar justicia considerándolos como una jurisdicción especial. En tal sentido, como jurisdicción especial, sus decisiones deben tener carácter de cosa juzgada y no pueden ser revisados por ninguna de las otras jurisdicciones. De este modo tienen efectos vinculantes las decisiones adoptadas por las Rondas Campesinas, entonces, es una pieza jurídica más que refuerza el derecho indígena.

La consolidación de la justicia comunal es política de Estado según el acuerdo nacional, ya que la política 28 referida al Estado del documento final

aprobado en el marco del Acuerdo Nacional, reconoce la importancia de la justicia comunal, haciendo de ella una dimensión importante de la política de estado en materia de justicia, en el marco de los esfuerzos por mejorar el acceso a la justicia de la población. En tal sentido, en dicho acuerdo se puede apreciar que los miembros deciden comprometerse con *“garantizar el acceso universal a la justicia, la promoción de la justicia de paz y la autonomía, independencia y el presupuesto del Poder Judicial así como regular la complementariedad entre éste y la justicia comunal”*, en la misma línea, para lograr dicho objetivo el Estado adoptará las siguientes acciones: (i) promoverá entre la justicia comunal y el Poder Judicial una relación que respete la interculturalidad y regulará las competencias, atribuciones y limitaciones de aquélla, (ii) consolidará la regulación de la justicia de paz y la elección popular de los jueces de paz. Con esto queda demostrado que la justicia comunal o el derecho indígena no está condicionado al derecho oficial o estatal, sino que tiene autonomía de funciones y competencias, en tal sentido, los órganos del Estado tienen que cooperar e interactuar (interrelación entre derecho indígena y derecho estatal).

La diversidad cultural y los derechos que tienen los pueblos indígenas esta concretizada en el artículo 2 inciso 17 de la Constitución, además, de forma explícita en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 lo reconocen. Tal es así que el artículo 6, literal a), indica que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, *“aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*. También de forma adicional, se ha mencionado que los gobiernos tienen que respetar la existencia de los grupos étnicos porque tiene derecho al uso de los recursos naturales, vivir pacíficamente, desarrollarse en condiciones de igualdad y autonomía, entre otros. En tal orden, se prohíbe la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante porque tienen derecho a ser beneficiados efectivamente con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad.

Entonces, la filosofía que subyace del Convenio 169 y la Constitución Política es de resaltar los derechos y reforzar la autonomía de las poblaciones indígenas. Es conocido que los pueblos indígenas tienen una data anterior a la aparición del Estado peruano, sin embargo, tal como lo indicamos al inicio, su presencia fue invisibilizada de las políticas de desarrollo. En ese sentido, las poblaciones indígenas han vivido en el olvido histórico porque se encuentran fuera del marco de gobierno y, por supuesto, del jurídico. Este escenario ha ido cambiado con la regulación jurídica proveniente del Convenio 169 y la Constitución porque se reconocen derechos relativos a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.

4.2. Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas

En relación a este instrumento podemos indicar que la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas se adopta el 13 de septiembre de 2007 mediante Asamblea General. Esto responde a la constante necesidad de reconocer derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo, es decir, a todos los grupos o colectivos culturales existentes. En líneas generales, este documento aborda de forma exhaustiva y minuciosa temas vinculados con los derechos colectivos, los derechos culturales y la identidad, los derechos a la salud, la educación, la salud, el empleo, entre otros. Tal es así que esta declaración pone énfasis en buscar el fortalecimiento de las instituciones sobre la base de la cultura, la tradición y costumbre para que pueda atender las aspiraciones y necesidades de las poblaciones indígenas. En líneas generales, se puede apreciar que mediante la declaración se busca la eliminación de la discriminación y racismo existente frente a los pueblos indígenas.

Es importante tener presente que la declaración de manera pletórica establece los derechos de carácter colectivo e individual que corresponde a los pueblos indígenas. Los derechos que tienen mayor énfasis e importancia son aquellos vinculados con la tierra, los bienes, los recursos vitales, los territorios y los recursos, a su vez, se impulsa la cultura, identidad y lengua de los miembros de las poblaciones indígenas. También se prevé que el empleo, la salud, la educación, así como la determinación libre sobre la condición política y su desarrollo económico. Todos estos aspectos son parte de la Declaración, además, la intención es lograr que el reconocimiento de los derechos consiga la autonomía y el autodesarrollo de los miembros de las poblaciones indígenas.

En suma, este documento persigue reconocer los derechos de las poblaciones indígenas porque han estado por mucho tiempo invisibilizados, entonces, enfatizar el derecho de este grupo o sector de la población resulta trascendental porque la cultura y la tradición de la que son parte, también, es parte de la historia de la nación en su integridad, es decir, el pasado y el presente no se construyen solo en base a la sociedad industrializada, sino que las poblaciones indígenas forman parte de la misma. En ese sentido, la diversidad es un elemento útil para la sociedad y el Estado contemporáneo, por tanto, el desarrollo y construcción de la nación no puede prescindir de la heterogeneidad, al respecto, los pueblos originarios sirven para mantener y fortalecer dicha diversidad porque al conservar sus propias instituciones, culturas y tradiciones, y a perseguir libremente su desarrollo de acuerdo con sus propias necesidades y aspiraciones, lo que se logra es que la exclusión y la discriminación queden confinadas a un espacio pequeño.

5. Conclusiones

Debemos apuntar que las batallas que ha librado el derecho indígena en últimos años están marcadas por diversos factores y hechos, sin embargo, dichos problemas no fueron un obstáculo para impedir el reconocimiento de este tipo de práctica jurídica (derecho indígena). Entre los frentes o dimensiones entre los cuales se ha enfrentado el derecho indígena, podemos encontrar dos: (i) la dimensión política y filosófica, y, (ii) la dimensión jurídica.

En el primer caso, hemos podido advertir que las protestas y exigencias de las poblaciones indígenas y, por supuesto, las comunidades campesinas para que se reconozcan sus derechos y su forma de administrar justicia fueron constantes (una lucha inagotable que continúa hasta el día de hoy), a su vez, desde la esfera filosófica se ha logrado justificar la cosmovisión andina, el hombre dentro de este cosmovisión, la relación entre naturaleza y ser humano, generar nueva visión jurídica basada en la costumbre (íntimamente relacionado con la cultura), entre otros, con el fin de explicar la importancia que tienen las manifestaciones autóctonas y originarias⁽⁴⁾.

En el segundo caso, es decir la dimensión jurídica, adquirió notoriedad con los tratados (y declaraciones) en materia de derechos humanos y las constituciones, en los mismos se han reconocido la diversidad cultural como un aspecto positivo de las naciones, además, apuestan por el respeto y reconocimiento pleno del mismo. En tal sentido, a la actualidad podemos sostener que la configuración del derecho indígena se produce en estos contextos y ámbitos (político, filosófico y jurídico).

La racionalidad andina, la ancestralidad, el Convenio 169, la Constitución Política de 1993 y la declaración de los derechos de los pueblos indígenas, son fuentes de legitimación del derecho indígena, es decir, existe reconocimiento teórico y normativo que justifica la puesta en práctica del derecho indígena.

Bibliografía

BONILLA, D. (Comp.) (2015). *Geopolítica del conocimiento jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

CORREAS, O. (2010). *Teoría del derecho y antropología jurídica. Un diálogo inconcluso*. México: Ediciones Coyoacán.

(4) En este punto, también, podemos mencionar que es una forma de explicar las cosas desde la tradición cultural y social de América Latina, esto es, mirar el derecho, la economía, la sociedad, entre otros, desde una perspectiva situada en un espacio determinado, en este caso, *AbyaYala*. Una mirada de carácter filosófica trata de responder a las dudas que tienen las poblaciones de este continente, para que su existencia y luchas emprendidas no sean inservible.

GITLITZ, J. (2013). *Administrando justicia al margen del Estado. Las Rondas Campesinas de Cajamarca*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

HERRERA FLORES, J. (2008). "La complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada". *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n° 1, p. 103 – 135.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2013). "Vivir bien e innovación en el nuevo constitucionalismo: la Constitución ecuatoriana de 2008", en *XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*. Madrid, pp. 708 – 722.

MEDICI, A. (2010). "Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismo de la Constitución. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador", *Gaceta Constitucional*, n° 48, pp. 329 – 348.

NACIONES UNIDAS (2010). *Estudio sobre la necesidad de reconocer y respetar los derechos de la Madre Tierra*. Nueva York, 19 a 30 de abril de 2010. Foro permanente para las cuestiones indígenas.

PÁSARA, L. (1978). *Reforma agraria: derecho y conflicto*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

PINTO, I. et. al., (2018). "La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia". *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18 (1). 155 – 171. Doi: <https://doi.org/10.18359/rlbi.3030>

UGARTECHE, O. (1999). *La arqueología de la modernidad. Perú entre la globalización y la exclusión*. Lima: DESCO.

OVIEDO, A. (2013) *Que es el Sumak Kawsay: Más allá del capitalismo, la civilización y el patriarcalismo*. Quito Ecuador: K-oz Editorial. 4ta Edición.

PONCE, S. (2015). *Lo esencial en la investigación jurídica. Enfoque holístico dialéctico de procesos conscientes*. Puno: Multiservicios Horizonte.