

LA JUSTICIA COMUNAL O JUSTICIA INDÍGENA EN EL DERECHO INTERNACIONAL. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 9° DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

COMMUNITY BASED JUSTICE OR INDIGENOUS JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW. ANALYSIS OF ARTICLE 9 OF ILO CONVENTION 169

Autor: Antonio Alfonso Peña Jumpa¹

RESUMEN

La presente monografía trata sobre la Justicia Comunal o Justicia Indígena regulado en el Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Se analiza el artículo 9° del indicado convenio, describiendo sus distintos aspectos o supuestos que contiene la norma sobre el tema de la justicia comunal o indígena, y a su vez confrontando su contenido con la doctrina y la experiencia de campo del autor.

La pregunta central que guía el trabajo es ¿Cómo regula el Convenio Internacional Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo la Justicia Indígena o la Justicia Comunal? Su desarrollo se realiza a través de la comprobación de una hipótesis que plantea los límites de la norma para comprender y regular la justicia comunal o indígena que se practica en las comunidades o pueblos originarios.

1) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú.
Email apena@pucp.edu.pe o apenaj@unmsm.edu.pe.
Código ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1571-0139>.

ABSTRACT

This paper deals with Community based Justice or Indigenous Justice regulated in Convention No. 169 of the International Labor Organization (ILO). Article 9 of the indicated Convention is analyzed, describing in its different aspects or assumptions contained in the norm about communal or indigenous justice, and in turn comparing its content with the doctrine and the author's field experience.

The central question that guides the work is: How does the International Convention No. 169 of the International Labor Organization regulate Indigenous Justice or Community based Justice? Its development is carried out through the verification of a hypothesis that raises the limits of the norm to understand and regulate communal or indigenous justice that is practiced in native communities or peoples.

Palabras claves: Justicia, Justicia Comunal, Justicia Indígena, Comunidades, Pueblos Indígenas, Pueblos Originarios.

Keywords: Justice, Community based Justice, Indigenous Justice, Communities, Indigenous Peoples, native Peoples

1. INTRODUCCIÓN

La Justicia Comunal como práctica de los pueblos originarios de América se encuentra regulado en el derecho internacional. El principal instrumento internacional que la regula es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. El artículo 9 del indicado Convenio trata el tema bajo el concepto de Justicia Indígena o Justicia de los Pueblos indígenas, pero en la práctica este concepto tiene su contenido en lo que denominamos Justicia Comunal desde la experiencia de las comunidades o los pueblos originarios de los Andes y la Amazonía de América del Sur, como es el caso de las comunidades peruanas.

Con esta previa aclaración, en las páginas siguientes es nuestra intención absolver la siguiente interrogante: ¿Cómo regula el Convenio Internacional Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo la Justicia Indígena o la Justicia Comunal?

Al respecto, formulamos la siguiente hipótesis: el Convenio Internacional Nro.

169 de la Organización Internacional del Trabajo que regula los derechos de los pueblos originarios o indígenas en países independientes tiene limitaciones para comprender y regular la Justicia Indígena o Justicia Comunal de dichos pueblos del mundo. Partiendo de la experiencia de las comunidades campesinas y nativas del Perú, o pueblos indígenas peruanos, podemos afirmar que estas limitaciones respecto al concepto de Justicia Comunal o Indígena se sintetizan en tres hipótesis secundarias:

- 1) El indicado Convenio Internacional no tiene normas claras para reconocer una justicia comunal o indígena propia y plena de las comunidades o pueblos originarios o indígenas.
- 2) El mismo Convenio Internacional carece de normas efectivas que prioricen la justicia comunal o indígena frente a la intervención directa o indirecta de las autoridades estatales.
- 3) La regulación internacional actual sobre justicia comunal o indígena no

contempla formalmente la posibilidad de un órgano de nivel supra estatal, neutral, que intervenga cuando la justicia comunal o indígena ingresa en conflicto con la jurisdicción de las autoridades Estatales

A continuación, tratamos de demostrar estas hipótesis. Las tres hipótesis secundarias se desarrollarán dentro del análisis del artículo 9° del Convenio Internacional Nro. 169 de la OIT.

La metodología que se aplica en el presente artículo es de reflexión y de análisis lógico normativo, incluyendo el análisis de información de campo del autor.

2. EL CONCEPTO DE JUSTICIA COMUNAL O JUSTICIA INDÍGENA

El concepto de Justicia Comunal o Justicia Indígena reúne, a su vez, dos conceptos: Justicia y Comunidad o Pueblo Indígena. Ambos, de amplios contenidos, que hace difícil su definición.

De un lado, el concepto de Justicia tiene contenidos filosóficos y prácticos. En términos filosóficos, la Justicia es un valor esencial de las personas. Consiste en reconocer o dar a cada uno lo que le corresponde². Este contenido parte de una premisa: toda persona tiene derechos. Y se complementa con otra premisa: en una situación concreta algunas personas tendrán derechos diferentes. La Justicia consiste en conjugar estas dos premisas: reconocer o dar el derecho que corresponde a cada persona en la situación concreta.

En su sentido práctico, el concepto de Justicia consiste en el arte de resolver conflictos³. Decimos que es un arte porque no hay reglas o protocolos exactos en la toma de decisión frente al conflicto. Al ser los conflictos diversos y complejos, y al ser las propias personas involucradas con los conflictos diversas y complejas, la resolución del conflicto tiene muchas alternativas. La persona que resuelve conflictos no solo conoce los derechos que están en conflicto, sino que tiene que ser un virtuoso para poder distribuirlos o aplicarlos al caso concreto.

De otro lado, el concepto de Comunidad o Pueblo Indígena tiene un contenido sociológico y antropológico. En su sentido sociológico, la Comunidad o el Pueblo se relaciona con el concepto de grupo social o sociedad. La comunidad es un grupo social en tanto integra a dos o más personas con un interés común. Este grupo puede integrar a cientos, miles o millones de personas, haciendo mega comu-

El concepto de Comunidad o Pueblo Indígena tiene un contenido sociológico y antropológico

2) Esta concepción de Justicia se puede encontrar desde los filósofos griegos. Ver al respecto al obra de Aristóteles sobre Ética a Nicómaco (S/F, en línea) En su libro 5, capítulo IV, trata sobre la Justicia en los Contratos y explica cómo lo justo se encuentra en la igualdad, o en dar proporcionalmente lo que corresponde a cada parte (p. 222).

3) En la presente aproximación práctica se conjugar otro conjunto de conceptos como el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, entre otros. Ver al respecto los trabajos de Mauro Cappelletti sobre Acceso a la Justicia. En particular se puede consultar a Cappelletti y Garth, 1983.

nidades que muy bien coinciden con las sociedades bajo la solidaridad orgánicas (según la definición de Emile Durkheim)⁴ o sociedades complejas de una gran ciudad. Pero, estas sociedades inmensas son comunidad siempre que mantengan vivo el interés común que integra a las personas que son parte.

En su sentido antropológico, a su vez, la Comunidad consiste en un grupo humano con sentido de identidad⁵. No se trata ya de un interés común, sino de un sentimiento (según la definición de Weber⁶) el que integra a las personas de una comunidad. La comunidad entonces estaría definida por los sentimientos que en el pasado o presente identifica a las personas que son parte. Los sentimientos pasados se refieren a las costumbres o afectos que han marcado o marcan la unión de las personas que integran la comunidad. Los sentimientos presentes se refieren a los retos, triunfos y problemas que une o confirma los lazos históricos de las personas que son parte de la comunidad.

Cabe aclarar que el concepto de Pueblo Indígena difiere del de comunidad. Es

un concepto más preciso respecto a las poblaciones originarias que denota directa atención por pueblos que viven una situación de vulnerabilidad. Pero, en el análisis o confrontación con el concepto de justicia creemos que no hay mucha diferencia y, por el contrario, encontramos una ventaja. El concepto de Justicia Comunal expresa un concepto que brota de estos pueblos originarios y que se ha mantenido a lo largo de la historia. Es más, el concepto de Justicia Comunal se mantiene en ellos, como incólume, según numerosos estudios que mencionan el término en forma directa como indirecta⁷, y por ello el uso con prioridad del término Justicia Comunal, o su uso simultáneo con el de Justicia Indígena⁸.

En suma, y retomando el concepto de Justicia Comunal (o Justicia Indígena), podemos afirmar que las explicaciones previas nos llevan por la siguiente definición: la Justicia Comunal se presenta como aquel valor y arte de resolver conflictos que se produce entre los miembros de una comunidad de personas (o pueblo indígena) en el que se integran por un interés común o por lazos de identidad pasados y presentes.

-
- 4) Ver al respecto a Emile Durkheim y su concepción sobre la sociedad moderna en su obra primigenia *La División del Trabajo*, publicado por primera vez en 1893 (2014).
 - 5) El concepto de identidad, y en particular el concepto de identidad cultural es clave en el trabajo antropológico, y es importante desde la sociología. Al respecto es interesante la definición sobre identidad cultural que aproxima el profesor Anthony Cohen cuando se refiere a la Consciencia Cultural como la base para entender las diferencias de los individuos y su sentido de pertenencia (1982).
 - 6) Max Weber desarrolla el concepto de Comunidad o Relación Comunitaria en su relación con su teoría de la acción social y, más específicamente, el de relación social. Por Relación Comunitaria entiende: "a una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social [conducta con sentido subjetivo de las personas con referencia a otras personas] (...) se inspira en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de los partícipes de pertenencia en común a un todo constituido" (2016, p. 171).
 - 7) Ver por ejemplo a DESCO, 1977; Brandt, 1987; Peña, 1998, 2004, 2006, 2009; Ansión y otros, 2017; entre otros.
 - 8) El autor difiere del uso del término "indígena", dado que se remonta a la confusión de la población que creyeron descubrir cuando los primeros españoles llegaron a América. Además, en países como el Perú, el término "indio" tiene un uso peyorativo con contenido semejante al de "primitivo", "inferior", "salvaje", entre otros. El origen de este uso peyorativo se encuentra en la experiencia colonial y republicana hasta nuestros días, particularmente en zonas andinas del Perú. Por ello, si bien el concepto "pueblo indígena" tiene un uso internacional, el autor trata de usarlo solo cuando fuere necesario; tratamos de usar en su reemplazo un término que es más general en su definición y que también está teniendo recepción en el lenguaje internacional: Pueblos Originarios.

3. LA JUSTICIA COMUNAL O JUSTICIA INDÍGENA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (en adelante El Convenio o El Convenio 169) regula en parte el concepto de Justicia Comunal (o Justicia Indígena). Su regulación precisa se puede leer del artículo 9, del Convenio:

Artículo 9.-

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia (El Convenio 169, 1989).

El artículo citado nos conduce por dos caminos para su análisis. En primer lugar, entender el tema general que trata en relación con la Justicia Comunal o Indígena. En segundo lugar, se refiere a los planos, circunstancias o dimensiones de aplicación de ese tema general. A continuación, nos ocupamos por separado del análisis de la norma por ambos caminos: el tema general, y los planos, circunstancias o dimensiones del tema general.

4. SOBRE EL TEMA GENERAL QUE REGULA EL ARTÍCULO 9 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

El tema general que regula el artículo 9 del Convenio 169 de la OIT corresponde al tema de los delitos. Esto supone dos aspectos a tener en cuenta, uno de procedimiento y otro de contenido.

El primer aspecto, de procedimiento, que brota de la norma internacional citada es sobre el ámbito de regulación de las materias que requieren atención en el Derecho Internacional respecto al tema de Justicia Comunal (o Indígena). De dicha norma se puede entender que solo el tema de los delitos es necesario que se regule en el derecho internacional cuando trata la Justicia Comunal (o indígena), excluyéndose otros temas o materias como aquellos relacionados con lo que conocemos en el derecho internacional como derechos civiles, derechos de familia, derechos de propiedad, derechos laborales, derechos mercantiles u otros que no incluyan a los delitos.

Conforme a dicha norma, solo los conflictos relacionados con delitos son de preocupación para una regulación internacional como la que nos presenta el Convenio 169 de la OIT. Las otras materias se entienden que se encuentran en la libertad de las comunidades o pueblos originarios tratarlos o asumirlos en su resolución, conforme se regula en el mismo Convenio.⁹

9) Ver al respecto el artículo 8° del Convenio, en la parte que regula el respeto de las costumbres o tradiciones de los pueblos originarios o indígenas:

Artículo 8.-

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes (Convenio 169, 1989).

Nótese que el principio que se regula en el párrafo 2, es el mismo que leemos en el artículo 9° del Convenio, norma bajo análisis.

El concepto de delito, desde el Estado, aparece regulado en el Código Penal de cada Estado

El segundo aspecto, de contenido, es central en el análisis de la norma citada. Al respecto es indispensable preguntarnos qué entiende el Convenio 169 por DELITO. Al respecto cabe distinguir entre dos conceptos de delitos: un concepto de delito que se establece desde la legislación y la doctrina del Estado, y un concepto de delito que se practica desde la sociedad o, específicamente, desde las propias comunidades o pueblos originarios.

El concepto de delito, desde el Estado, aparece regulado en el Código Penal de cada Estado. En los Estados Latinoamericanos existe un concepto común de delito que tiene influencia europea. Así, para citar el ejemplo del Estado peruano, el delito es regulado de modo general en los artículos 11° y 12° del Código Penal:

Artículo 11.- Delitos y faltas: base de punibilidad.

Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley.”

Artículo 12.-Delitos dolosos y culposos.

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley (Código Penal, 1991).

Conforme a dichas normas, el delito es una infracción que tiene su origen en una conducta humana, que puede ser de acción u omisión. Esta conducta, a su vez, puede ser de tipo dolosa (con intención) o culposa (sin intención). Pero, además, para que la conducta convertida como delito sea sancionable o penalizado por el sistema penal o el Estado, como infracción debe estar tipificada en la ley (tipificación). Bajo dicha concepción es que se definen los delitos, se previene y se investigan y sancionan.

Esta concepción tiene un origen europeo. Como refiere el profesor Hurtado Pozo, el concepto de delito que se configura en el Derecho Penal Latinoamericano, incluyendo el peruano, tiene tras de sí teorías europeas (2005, p. 367 y ss.). Tras narrar el origen y evolución de dichas teorías respecto al delito, el profesor Hurtado Pozo explica cómo es que dichas teorías originariamente europeas han configurado el concepto de delito en los sistemas jurídicos de países como los latinoamericanos (ibidem). Una síntesis de esta explicación, podemos leer en la siguiente nota:

La teoría del delito, en el sentido que nosotros lo estudiamos, es el fruto, sobre todo, de la elaboración doctrinaria llevada a cabo por los juristas alemanes. Su influencia se extiende, por un lado, a gran parte de los sistemas penales pertenecientes al derecho europeo continental, salvo la excepción notable de Francia y, por otro, a los sistemas penales de los países latinoamericanos, surgidos de los movimientos de independencia de la colonización española y portuguesa. En el caso de los países hispanohablan-

tes, la recepción de las concepciones alemanas ha tenido lugar por intermedio de los juristas españoles y, en las últimas décadas, también de manera directa debido al progresivo aumento de juristas latinoamericanos que realizan estudios en Alemania. (2005, p. 368)

Conforme a lo señalado por el profesor Hurtado Pozo, son las teorías alemanas las que finalmente han orientado la definición de delito en los Códigos Penales Latinoamericanos. Bajo esta orientación es que se ha configurado el concepto de delito desde el Estado, como el que hemos citado anteriormente desde el Código Penal peruano. Pero esta definición no es la misma en la sociedad de estos países latinoamericanos, y es aún más distante en las comunidades o pueblos originarios o indígenas.

En efecto, desde otra perspectiva, el concepto de delito que identifica y practica la sociedad y, específicamente, las comunidades o pueblos originarios, es diferente. Teniendo en cuenta la explicación que hace el profesor Masaji Chiba sobre la dicotomía Derecho Indígena vs. Derecho trasplantado (1987), es posible encontrar no solo un concepto de delito sino el concepto de todo un derecho o un sistema jurídico diferente en las pueblos originarios o indígenas.¹⁰ Es una dicotomía que justo se aplica a sociedades no occidentales, como el de los países latinoamericanos, siendo fundamental su contraste en el análisis del derecho estatal de un país. Así, según Chiba:

The contrast here is *indigenous law*, broadly defined as “law originated in

the native culture of a people” and narrowly defined as “the law existing in the indigenous culture of a non-Western people prior to the transplantation of Western modern law”, in contrast to *Transplanted Law*, broadly defined as “law transplanted by a people from a foreign culture” and narrowly defined as “the State law of a non-Western country transplanted from modern Western countries. (1987, p. 422-423)

[Traducción propia: “... El contraste aquí es sobre Derecho Nativo o Indígena, en general definido como “el derecho originado en la cultura originaria o nativa de un pueblo” y específicamente definido como “el Derecho existente en una cultural nativa o indígena de un pueblo No Occidental antes que el Derecho Moderno Occidental sea trasplantado”, en contraste con el *Derecho Trasplantado*, en general definido como “el Derecho trasplantado por un pueblo de una cultura

Son las teorías alemanas las que finalmente han orientado la definición de delito en los Códigos Penales Latinoamericanos

10) En la misma dirección de los trabajos del profesor Chiba se encuentran investigaciones que han destacado el tema bajo la concepción del Pluralismo Jurídico. Ver al respecto a Moore, 1978; Griffiths, 1986; Merry, 1988; Wolkmer, 2018; entre otros.

Derecho Trasplantado de países modernos europeos corresponde a una cultura foránea respecto al país del pueblo nativo o indígena

foránea” y específicamente definido como “el Derecho Estatal de un país No Occidental trasplantado de modernos países Occidentales...”]

Se aprecia, según el profesor Masaji Chiba que, en los países del mundo con un pasado colonial como el caso de los países latinoamericanos, existe un fuerte contraste entre el derecho nativo o indígena y el derecho europeo u Occidental. El derecho europeo fue trasplantado al país cuyo origen era un derecho nativo o indígena, produciéndose una dicotomía o contradicción.

Esta dicotomía o contradicción muestra que el Derecho Trasplantado de países modernos europeos corresponde a una cultura foránea respecto al país del pueblo nativo o indígena. Siguiendo esta explicación, no es difícil apreciar que el Derecho del pueblo nativo o indígena ha sido y sigue siendo diferente al moderno Derecho Occidental, y dentro de estas diferencias se incluye el concepto de DELITO.

Recogiendo trabajos de campo con comunidades Andinas y Amazónicas del Perú (Peña 1998, 2004, 2006 y 2009), es posible notar que en las comunida-

des o pueblos originarios no existe literalmente el concepto de DELITO. Dentro de la Justicia Comunal o Indígena de estos pueblos destaca dos tipos de macro conflictos: los conflictos familiares y los conflictos comunales (ver Peña, 1998, p. 188 y ss.). Los conflictos familiares se refieren a los pleitos sobre temas, materias o intereses de tipo familiar, mientras que los conflictos comunales se refieren a los pleitos sobre temas, materias o intereses de tipo comunal (Peña, 1998, p. 188 y ss.). Los delitos pueden estar en cualquiera de los dos tipos de conflictos, pero particularmente en los tipos de conflictos identificados como comunales (Peña, 1998, p. 188 y ss.).

Pero, lo más curioso es que el delito no necesariamente tiene que estar tipificado. Un conflicto familiar, como una riña de representantes familiares por una cuestión de linderos de terrenos familiares, puede devenir en un conflicto comunal y en delito si es que la riña se produce en la tienda comunal dañando los bienes de la comunidad. El conflicto familiar se concibe como escandaloso y con daños a los bienes familiares, produciéndose su transformación en conflicto comunal y su juzgamiento como tal, con sanciones que pueden tener semejanza a los tipos de delitos sancionados en el sistema penal del Estado (Ver Peña, 1998, p. 193 y ss.).

Con esta información de campo citada nos permitimos confirmar que la regulación del concepto de Delito en países con antecedentes coloniales o, más exactamente, países que tienen su origen en las comunidades o pueblos originarios o indígenas, es dicotómica, como bien afirma el profesor Masaji Chiba. El concepto de Delito regulado en el sistema jurídico del Estado ha respondido a una cultura legal diferente al que corresponde a las comunidades o pueblos originarios o indígenas.

5. SOBRE LOS PLANOS O DIMENSIONES DE APLICACIÓN DE LA NORMA

El artículo 9° del Convenio 169 de la OIT distingue dos planos o dimensiones de aplicación de la Justicia Comunal o Indígena. Un primer plano, está en referencia a los mecanismos de resolución de conflictos de la comunidad o pueblo originario que interviene frente a sus propios conflictos. Un segundo plano, se refiere al plano de la intervención de las autoridades estatales frente a los conflictos originados o que involucra a miembros de la comunidad o pueblo originario. Veamos por separado ambos planos.

En el primer plano, el de los conflictos de la propia comunidad o pueblo originario que interviene en la resolución de sus propios conflictos, el artículo 9°, inciso 1, del Convenio 169 de la OIT establece:

Artículo 9.-

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. (.....) (Convenio 169, 1989).

Esto significa que la Justicia Comunal o Indígena, frente a la resolución de sus propios conflictos, tiene 2 limitaciones: su compatibilidad con el sistema jurídico nacional y su compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Estas limitaciones pueden ser vistas bajo dos puntos de vista: un punto

de vista predominantemente formal y un punto de vista predominantemente material.

Veamos un ejemplo y analicemos ambos puntos de vista. El ejemplo que más nos puede conducir por una abierta confrontación de perspectivas se puede dar por aquellas prácticas que ejecutan comunidades o pueblos originarios de los Andes sudamericanos contra los abigeos: en el caso que una persona extraña a la comunidad o pueblo originario robe un ganado, sus órganos de resolución lo sancionan con castigos físicos y si reinciden o actúa en banda la sanción puede llegar hasta la pena de muerte.¹¹ En el caso que la persona que roba el ganado sea parte de una familia de la propia comunidad, los castigos físicos son aplicados por la propia familia del “inculcado” y ésta es involucrada en la resolución del conflicto futuro buscando evitar que se repita el mismo.¹²

El artículo 9° del Convenio 169 de la OIT distingue dos planos o dimensiones de aplicación de la Justicia Comunal o Indígena

11) Información general señalada a partir de trabajos de campo en el Sur Andino (con referencia a determinadas Comunidades Campesinas), y en el Norte Andino (con referencia a determinadas Rondas Campesinas) del Perú (Trabajo de campo de los años 90s pendiente de publicar).

12) Sobre esta última información se puede revisar el trabajo de campo sistematizado en Peña, 2004, específicamente en el capítulo 6, página 223 y ss.

Los castigos físicos son propios de los valores que identifican a las comunidades o pueblos originarios

De acuerdo con el punto de vista predominantemente formal, el caso denotaría una situación de violación de derechos humanos por parte de la Comunidad o Pueblo Originario involucrado en el caso, al actuarse en forma contraria al sistema jurídico y a las normas internacionales: los castigos físicos son entendidos como delito de tortura o delito de lesiones, y la pena de muerte como un delito de homicidio calificado o asesinato dado que el sistema jurídico del Estado tiene abolido los castigos físicos como formas de sanciones o investigación, así como la pena de muerte como forma de sanción salvo situaciones excepcionales sujeto a procedimientos rigurosos bajo la intervención de las autoridades estatales.

Desde este punto de vista formal, la interpretación del artículo 9º, inciso 1, será literal y, aplicado al caso citado, tendrá como resultado que la comunidad o pueblo originario estaría transgrediendo la norma. Dado los hechos, al mismo Estado corresponde sancionar no el caso de abigeato que puede ser la causa del problema, sino a los autores miembros de la comunidad o pueblo originario que intervienen sancionando físicamente al abigeo.

En cambio, de acuerdo con un punto de vista predominantemente material, el resultado sería diferente. Material o valorativamente, la intervención de la comunidad o pueblo originario que sanciona físicamente a un abigeo sería permisible si es que responde a sus prácticas cotidianas o establecidas y a sus necesidades. La comunidad o el pueblo originario estaría actuando o siguiendo su propio derecho y su propia concepción de delitos y sanciones, garantizados por el derecho a la identidad cultural y su estado de necesidad, regulado en el mismo sistema jurídico del Estado y en las normas internacionales.¹³

Conforme a esta perspectiva, los castigos físicos son propios de los valores que identifican a las comunidades o pueblos originarios, así como la pena de muerte es una situación límite que aplican frente a la amenaza de un peligro que pone en

13) El Convenio 169 de la OIT regula el derecho a la identidad de los pueblos originarios o indígenas en el artículo 5º:

Artículo 5.-

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo (Convenio 169, 1989).

riesgo su propia subsistencia. Esto significa que no es intención y menos un oficio o placer por parte de las comunidades o pueblos originarios cometer tortura o lesiones, ni homicidio calificado o asesinato. Se estaría actuando de acuerdo con “los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos”, conforme se regula en el artículo 5° del Convenio 169 de la OIT, y conforme a las normas procesales penales sobre estado de necesidad que se regulan en la forma de inimputabilidad penal.¹⁴

Desde este punto de vista material, la interpretación del artículo 9°, inciso 1, deberá hacerse bajo los métodos sistemático, sociológico e histórico. Sistemáticamente deberán tenerse en cuenta el conjunto de normas del Convenio 169 y otros tratados internacionales, así como las normas constitucionales y legales de cada país. Sociológicamente deberá tenerse en cuenta la realidad que identifica a las Comunidades o Pueblos Originarios, muy identificados con su ganado como medio de vida (que lo protegen ante el abigeo), y al mismo tiempo sin apoyo o protección del Estado. Históricamente, a su vez, cabe tener en cuenta el proceso evolutivo en la interpretación del contenido de las normas, así como el proceso de cambio que también experimenta la misma Comunidad o Pueblo Originario (las acciones o conductas de las comunidades tienen una causa y no siempre serán así).

De otro lado, en el segundo plano, el de intervención de las autoridades estatales frente a los conflictos originados o que involucra a miembros de la comunidad o pueblo originario, el artículo 9°, inciso 2°, brinda márgenes de actuación a dichas autoridades. El contenido de esta parte de la norma se relaciona mucho con el contexto del análisis previo respecto al punto de vista material de la norma en su inciso 1°. Veamos primero el contenido de la norma en este segundo plano:

Artículo 9.-

(.....)

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia (Convenio 169, 1989).

Desde este punto de vista material, la interpretación del artículo 9°, inciso 1, deberá hacerse bajo los métodos sistemático, sociológico e histórico

14) Las normas de inimputabilidad penal son múltiples. Con fines de mostrar su aplicación, solo mencionamos tres ejemplos: 1) cuando se obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros; 2) Cuando se obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero; 3) Cuando se obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor. Estas normas se encuentran regulados en los Códigos Penales de los Estados (Ver por ejemplo el artículo 20° del Código Penal del Perú, 1991). En el caso de las comunidades o pueblos originarios, sus miembros no conocen dichas normas, pero la pueden poner en práctica dada la situación de inseguridad y estado de necesidad que sienten frente a los abigeos (dado que no tienen protección por parte de las autoridades del Estado).

Estas autoridades deberán tener en cuenta, al momento de juzgar y condenar, los valores y práctica sociales de las personas involucradas

La norma citada nos conduce también por dos caminos de análisis. Un primer camino se refiere a los casos en los que miembros de una comunidad o pueblo originario cometen infracciones penales en un lugar diferente al ámbito territorial o social de su comunidad¹⁵ y que más bien corresponde al ámbito jurisdiccional de un magistrado o una autoridad del Estado. Un segundo camino se refiere a los casos en los que los magistrados o autoridades del Estado intervienen frente a supuestas transgresiones de normas penales por parte de un miembro de una comunidad o pueblo originario en el ámbito territorial o social de esta comunidad o pueblo originario.

El primer camino de análisis corresponde a aquellos casos en los que las personas miembros de las comunidades o pueblos originarios migran a las ciudades o a otras zonas donde no existe el vínculo con su comunidad o pueblo originario. En estos

casos, cuando el comunero o indígena migrante comete una infracción penal en el ámbito jurisdiccional del magistrado o de una autoridad del Estado, este magistrado o esta autoridad están obligados a cumplir con el contenido de la norma del artículo 9°, inciso 2°, en forma literal. Esto significa, de acuerdo con la norma citada, que las autoridades del Estado que intervienen están obligadas a tener en cuenta las costumbres de dichas comunidades o pueblos. Dicho contenido normativo, coincide con la norma 5°, incisos a) y b) del mismo Convenio 169 de la OIT en el que se establece que “a) ... deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos [...] tanto colectiva como individualmente” y “b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.” (Convenio 169,1989).

Esto significa que, en el caso de que miembros de una comunidad o pueblo originario se encuentren fuera de su ámbito territorial y social, y tengan conductas que coincidan con un delito identificado como tal desde las autoridades del Estado, estas autoridades deberán tener en cuenta, al momento de juzgar y condenar, los valores y práctica sociales de las personas involucradas. Para ello, será necesario que el magistrado o la autoridad competente pueda informarse, estudiar y comprender la situación cultural de la persona involucrada. Así, tendrá que respetar que la persona comunera o indígena se exprese en su idioma, y deberá recurrir a expertos que asesoren a la per-

15) El ámbito territorial y social de una comunidad o pueblo originario es un tema de discusión. Normalmente, se entiende como ámbito territorial aquel reconocido oficialmente a una comunidad o pueblo originario o indígena. Sin embargo, el pueblo originario suele tener presencia y posesión sobre un territorio adyacente al territorio reconocido oficialmente. Esta presencia y posesión responde a las prácticas cotidianas que se mantienen desde tiempos inmemoriales, antes de la presencia del mismo Estado donde se encuentra la comunidad o el pueblo originario. A esta presencia y posesión cotidiana e histórica de los miembros de una comunidad o pueblo originario es que nos referimos como ámbito o espacio social.

sona de la comunidad o pueblo originario, y a expertos que asesoren al propio magistrado o autoridad.¹⁶

El segundo camino de análisis, referido a los casos en los que los magistrados o las autoridades del Estado intervienen frente a supuestas transgresiones de normas penales por parte de un miembro de una comunidad o pueblo originario en el ámbito territorial o social de esta comunidad o pueblo originario, puede manifestarse en dos situaciones. La primera de ellas es cuando el magistrado o la autoridad del Estado interviene en un caso de una persona de la comunidad o pueblo originario involucrado en un delito que no corresponde a la transgresión de un derecho humano fundamental¹⁷ (por ejemplo, un caso de riña con lesiones leves); y la segunda de ellas es cuando el magistrado o la autoridad del Estado intervienen frente a un caso en el que la persona de la comunidad o pueblo originario es involucrado con un caso de violación de un derecho humano fundamental (por ejemplo, el caso de sanción con castigos físicos al abigeo que produce lesiones graves o la muerte).

En ambas situaciones, se puede entender que la competencia no corresponde al magistrado o a la autoridad del Estado. La primera situación, cuando el caso no supone la violación de un derecho humano fundamental, el caso es de competencia de la comunidad o pueblo originario, en tanto que el espacio social se encuentra en su posesión y las propias partes soli-

citaran que sea la autoridad de su comunidad o pueblo originario quien resuelva. En este supuesto rige el primer párrafo del artículo 9° del Convenio.

La segunda situación, cuando el caso supone la violación de un derecho humano fundamental, el caso abre la discusión que estuvimos tratando en la parte final del análisis del artículo 9°, inciso 1°, cuando citamos el caso de castigos físicos y la posible muerte de un abigeo que actúa en banda, ocasionados por miembros de la comunidad o pueblo originario. Esta discusión nos conduce por dos interpretaciones: cuando el caso es asumido

Cuando el caso supone la violación de un derecho humano fundamental, el caso abre la discusión del análisis del artículo 9°, inciso 1°, cuando citamos el caso de castigos físicos y la posible muerte de un abigeo que actúa en banda

16) En estos casos, el peritaje antropológico o antropológico-sociológico, como el peritaje realizado por miembros de la propia comunidad o pueblo originario de la persona involucrada son vitales para la formación. Al respecto ver por ejemplo a Guevara, Verona y Vergara (2015), y el Informe no publicado sobre peritaje antropológico y social, preparado para el Ministerio de Cultura, por Peña, con la asistencia de Torres, 2014.

17) Por derecho humano fundamental nos referimos a aquellos derechos humanos que la literatura del derecho constitucional identifica como "esenciales" o relacionados con la existencia de la persona (como la vida o la integridad física) y que gozan de una especial protección del Estado o de una Constitución Política. Ver al respecto, por ejemplo, a Gregorio Peces-Barba (2004).

Son los propios órganos de resolución de la comunidad o pueblo originario los competentes a continuar en la resolución del conflicto

bajo un punto de vista formal, y cuando el caso es asumido bajo un punto de vista material.

Si el caso de supuesta violación de un derecho fundamental es asumido bajo un punto de vista formal, produce el conflicto de dos derechos diferentes: el derecho del Estado y el derecho de la comunidad o el pueblo originario, conforme se explica a partir de la dicotomía del profesor Masaji Chiba que referimos al inicio. Al ocurrir el conflicto de dos derechos, es importante que se defina primero si es que se están transgrediendo derechos humanos fundamentales que corresponden al Derecho del Estado, o al Derecho de la comunidad o el pueblo originario.

En tal caso, siguiendo las normas mínimas de imparcialidad dentro de la teoría del Derecho, corresponde a un órgano neutral, diferente al estatal resolver el conflicto. Es decir, se requiere un órgano ajeno a los magistrados o las autoridades del Estado, y ajeno a los órganos de la comunidad o el pueblo originario que interviene. Esto debido a un criterio de neutralidad mínima que debe identificar al órgano que resuelva, considerando respetar las prácticas y costumbres de la

comunidad o pueblo originario conforme a lo regulado por el mismo artículo 9° del Convenio.

De otro lado, si el caso de supuesta violación de un derecho humano fundamental es asumido bajo un punto de vista material, el caso queda en la competencia de la propia comunidad o pueblo originario. Dado que se acepta la concepción de propios valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales de las comunidades o pueblos originarios o Indígenas, también se incluye la aceptación de propios derechos humanos fundamentales en la misma comunidad o pueblo originario. De ahí que se obtiene como resultado que son los propios órganos de resolución de la comunidad o pueblo originario los competentes a continuar en la resolución del conflicto.

Lo material se refiere a los derechos sustantivos que el mismo Convenio 169 de la OIT reconoce, o que otras normas internacionales y nacionales igualmente pueden reconocer. Estos criterios seguirían, como hemos indicado, lo regulado en el mismo artículo 9° del Convenio, o, más específicamente, el contenido de su artículo 5°: “reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos” o “respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos” (Convenio 169, 1989).

6. CONCLUSIONES: DEFINIENDO EL SENTIDO DE LA JUSTICIA COMUNAL O INDÍGENA.

Lo analizado en los puntos precedentes, nos conduce por un balance que nos lleva a evaluar si nuestra hipótesis inicial se cumple o no. Nos permitimos citar nuevamente nuestra hipótesis inicial, para analizar su resultado.

La hipótesis de partida en el presente artículo ha sido el siguiente:

“El Convenio Internacional Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo que regula los derechos de los pueblos originarios o indígenas en países independientes tiene limitaciones para comprender y regular la Justicia Indígena o Justicia Comunal de dichos pueblos del mundo. Partiendo de la experiencia de las comunidades campesinas y nativas del Perú, o pueblos indígenas peruanos, podemos afirmar que estas limitaciones respecto al concepto de Justicia Comunal o Indígena se sintetizan en tres hipótesis secundarias:

- 1) El indicado Convenio Internacional no tiene normas claras para reconocer una justicia comunal o indígena propia y plena de las comunidades o pueblos originarios o indígenas.
- 2) El mismo Convenio Internacional carece de normas efectivas que prioricen la justicia comunal o indígena frente a la intervención directa o indirecta de las autoridades estatales.
- 3) La regulación internacional actual sobre justicia comunal o indígena no contempla formalmente la posibilidad de un órgano de nivel supra estatal, neutral, que intervenga cuando la justicia comunal o indígena ingresa en conflicto con la jurisdicción de las autoridades Estatales.”

Esta hipótesis principal y las hipótesis secundarias citadas aparecen demostradas conforme a lo siguiente:

1. Los puntos 3, 4 y 5 previamente desarrollados, muestran que, en efecto, el contenido de la hipótesis principal aparece demostrada:

El Convenio Nro. 169 de la OIT tiene limitaciones para regular la justicia comunal o justicia indígena de las comunidades o pueblos originarios del mundo. El contenido del artículo principal que regula dicha justicia comunal o indígena, que corresponde al artículo 9° del Convenio, se presta a un debate a partir de su análisis lógico-normativo internacional, doctrinario y su confrontación con la realidad.

2. La hipótesis secundaria 1), sobre la falta de claridad de las normas del Convenio para reconocer una justicia comunal o indígena propia y plena, se comprueba a partir del análisis de la parte general del artículo 9° del Convenio 169 de la OIT y del análisis de su inciso 1°. En la parte general, al regularse el tema de los Delitos, y al regularse el límite de los derechos humanos del Estado y las normas internacionales en el inciso 1° de la norma, se muestra que hay una doble interpretación o explicación: de un lado, se trata de una confrontación de derechos, incluyendo

El Convenio Internacional Nro. 169 tiene limitaciones para comprender y regular la Justicia Indígena o Justicia Comunal de dichos pueblos del mundo

otra concepción del Delito, y, de otro lado, existe también desde un punto de vista material o valorativo otra manera de entender los derechos humanos en las comunidades o pueblos originarios que contrasta con el punto de vista formal sobre derechos humanos que aplican las autoridades del Estado.

3. La hipótesis secundaria 2), sobre la carencia de normas efectivas que reconozcan con prioridad la justicia comunal o indígena frente a la justicia del Estado, se comprueba a partir del análisis de la segunda parte del inciso 1° y del análisis del inciso 2° del artículo 9° del Convenio. Siguiendo un punto de vista formal sobre la norma, y a partir de la posibilidad de intervención de las autoridades del Estado en casos que involucra a miembros de comunidades o pueblos originarios, se pone en duda el cumplimiento del reconocimiento de las costumbres y valores de la misma comunidad o pueblo originario que, a su vez, incluye su propia justicia comunal o indígena.
4. Por último, la hipótesis secundaria 3), sobre la ausencia de una regulación internacional formal que incluya la posibilidad de intervención de un órgano neutral, de orden supra estatal, cuando la jurisdicción de la justicia comunal de una comunidad o pueblo ori-

ginario ingresa en conflicto con la jurisdicción de las autoridades Estatales, queda demostrado en el análisis de la parte final del inciso 2°, del artículo 9° del Convenio. En este análisis hemos sustentado la situación de confrontación del derecho del Estado con el derecho de las comunidades o pueblos originarios respecto a la supuesta violación de derechos humanos fundamentales. Al presentarse la situación de conflictos de derechos o sistemas jurídicos, es indispensable acudir a un órgano neutral diferente al de los magistrados o autoridades estatales y diferente al de los órganos de la comunidad o pueblo originario involucrado.

En suma, la hipótesis principal y las hipótesis secundarias de nuestro presente trabajo nos han permitido analizar y explorar nuevos caminos de interpretación del artículo 9° del Convenio 169 de la OIT que, a su vez, nos conducen a reflexionar sobre una nueva definición de la justicia comunal o indígena. Si bien no hay respuestas definitivas sobre el contenido de los temas o puntos de discusión recogidos de la norma internacional objeto de análisis, el artículo 9° del Convenio 169 de la OIT, si hemos conseguido expresar varias ideas y puntos de vista que pueden conducir a una mayor comprensión de los límites tanto de la justicia comunal o indígena como de la intervención de los magistrados y las propias autoridades del Estado. ◆

7. BIBLIOGRAFÍA

- Ansi3n, J., Pe3a A., Rivera M. y Villacorta A. (2017). *Justicia intercultural y Bienestar Emocional: reestableciendo v3nculos*. Lima: PUCP, 339 p.
- Arist3teles (s/f). *3tica a Nic3maco*. Edici3n Luarna, en l3nea: <http://www.ataun.eus/BIBLIOTECAGRATUITA/Cl%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/Arist%C3%B3teles/%C3%89tica%20a%20Nic%C3%B3maco.pdf> (visitado el 2021-06-23).
- Brandt, H. (1987). *Justicia Popular: Nativos y Campesinos*. Lima: Fundaci3n F. Nauman.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (editor/s) (1983). *El acceso a la justicia: Movimiento mundial para la efectividad de los derechos - Informe general*, La Plata, Colegio de abogados del Departamento judicial de La Plata.
- Chiba, M. (1987). Three dichotomies of law in pluralism. In *Tokai Law Review*, Tokio, N°1.
- C3digo Penal [CP]. Art3culos 11, 12 y 20. Publicado a trav3s del Decreto Legislativo Nro.635, del 8 de abril de 1991 (Per3).
- Convenio 169 de la Organizaci3n Internacional del Trabajo [Convenio 169]. Art3culos 5, 8 y 9. Junio de 1989 (Naciones Unidas, Organizaci3n Internacional del Trabajo)
- Cohen, A. (1982). *Belonging, Identity and Social Organization in British rural cultures*. Manchester University Press.
- Desco (1977). *Justicia fuera del aparato formal. Estudio por convenio con la Comisi3n Reformadora Judicial*. Lima: Desco, 1977. No publicado
- Durkheim, E. (2014). *La Divisi3n del Trabajo Social*. Buenos Aires: Ediciones LEA. Primera edici3n en franc3s 1983.
- Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism. En *Revista Legal Pluralism & Unofficial L*. 1.
- Guevara, A., Verona, A. & Vergara, R. (eds.) (2015). *El peritaje antropol3gico. Entre la reflexi3n y la pr3ctica*. Lima: Centro de Investigaci3n, Capacitaci3n y Asesor3a Jur3dica del Departamento Acad3mico de Derecho (CICAJ).
- Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima: Grijley. 3ra. Edici3n.
- Merry, S. (1988). Legal Pluralism. En: *Law and Society Review*. Vol 22. Nro. 05, 1988
- Moore, S. (1978). *Law as a process. An anthropological approach*. Londres, Henley y Boston: Routledge & Kegan Paul.
- Peces-Barba, G. (2004): *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid, Editorial Dykinson, 365 pp.
- Pe3a, A. (1998). *Justicia Comunal en los Andes del Per3: el caso de Calahuyo*. Lima: PUCP, 389 p.
- Pe3a, A. (2004). *Poder Judicial Comunal Aymara en el Sur Andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Toteria y Liga Agraria de Huancan3*. Bogot3: ILSA, 345 p.
- Pe3a, A. (2006). *Communitarian Law and Justice based on Peoples Identity: The Aymara experience*. Leuven: Katholieke Universiteit Leuven. Ph.D. in Laws.
- Pe3a, A. (2009). *Multiculturalidad y Constituci3n. El caso de la Justicia*

Comunal en las Comunidades Aguarunas del Alto Marañón. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

Peña, A. (2014) *Informe sobre peritaje antropológico y social elaborado para el Ministerio de Cultura*, no publicado. El informe recogió información de personas de comunidades o pueblos originarios condenadas que se encontraban purgando prisión en las regiones de San Martín y Cusco.

El trabajo contó con la asistencia de Juan Carlos Torres Márquez.

Weber, M. (2016). *Economía y Sociedad*. México: Fondo de cultura Económica. 1452 pp. Primera edición en alemán 1922.

Wolkmer, A. y Rubio, D. (2018). *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Madrid: Dykinson.

Recibido: 22/06/2021
Aprobado: 09/07/2021