

Ponencias de investigadores del
Instituto de Defensa Legal
presentadas al VII Congreso
Internacional de la Red
Latinoamericana de Antropología
Jurídica (RELAJU)

AUTORES DE LAS PONENCIAS
Juan Carlos Ruiz Molleda
Cruz Silva Del Carpio
Aníbal Gálvez Rivas
Ricardo Aarón Verona Badajoz

Agosto 2010

INDICE

BALANCE PRELIMINAR DE JURISPRUDENCIA DEL TC EN MATERIA DE DERECHOS CULTURALES

Juan Carlos Ruiz Molleda

3

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL CASO BÉJAR

Cruz Silva Del Carpio

34

CONTRADICCIONES EN EL DISCURSO DE LA JUSTICIA COMUNITARIA EN EL PERÚ

Aníbal Gálvez Rivas

59

INTERCULTURALIDAD Y VIOLENCIA FAMILIAR EN POLÍTICAS PÚBLICAS EN PERÚ: UNA PROPUESTA DE ESTÁNDARES DE VALORACIÓN

Ricardo Aarón Verona Badajoz

70

BALANCE PRELIMINAR DE JURISPRUDENCIA DEL TC EN MATERIA DE DERECHOS CULTURALES

*Juan Carlos Ruiz Molleda
Instituto de Defensa Legal*

En momentos en que el TC comienza a expedir sus primeras sentencias del TC en materia de derecho a la consulta y que los pueblos indígenas comienzan a exigir judicialmente sus derechos, resulta oportuno y conveniente hacer un balance preliminar de la jurisprudencia del TC en materia de derechos de índole cultural¹ y de derechos de los Pueblos Indígenas². Ello es necesario fundamentalmente, porque puede brindar criterios interpretativos para comprender las sentencias del máximo órgano de control de la constitucionalidad, y en otros casos para demandar a este colegiado, coherencia con sus propios fallos.

Aún cuando no son muchas, estimamos que es oportuno un balance preliminar de las sentencias expedidas en materia de derechos culturales y derechos de pueblos indígenas. Ciertamente no todas están referidas de la misma manera.

I. ¿De qué sentencias estamos hablando?

Varias son las sentencias relevantes, algunas están referidas directa y explícitamente a Pueblos Indígenas y a los derechos culturales, y hay otras sentencias, que si bien no están referidas directamente, son fundamentales y ayudan a proteger y potenciar los derechos de los pueblos indígenas junto con otros derechos fundamentales de forma indirecta³. Y en relación con las sentencias que están referidas a los pueblos indígenas, no todas resultan relevantes, pues muchas de ellas abordarán el tema por ejemplo de las comunidades

¹ Para Stavenhagen pueden identificarse tres formas de entender el concepto de cultura. El primer lugar, cultura como capital. Esto es como la herencia o patrimonio cultural de la humanidad, o de determinado grupo social. Esta forma de entender la cultural asimila ésta al concepto de obra: libros, edificios, monumentos, obras artísticas e intelectuales en general. Otra forma de entender la cuestión asimila cultura a actividad creativa. Desde este punto de vista, la cultura no consiste en un acervo de obras, sino en la acción misma de creación intelectual. Una tercera acepción, más amplia, colige que el concepto cultura refiere un modo de vida, es decir, como la suma total de actividades espirituales y productos de un grupo social dado que distingue al mismo de otros grupos sociales. Cfr. Rodolfo Stavenhagen citado por Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008, pág. 305.

² Entenderemos por Pueblos Indígenas aquellos que reúnen los requisitos exigidos por el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, es decir, el elemento objetivo, es decir, descender de pueblos originarios y mantener total o parcialmente alguna institución cultural y el auto identificarse como parte de un pueblo distinto a la población mayoritaria.

³ Por ejemplo la regla que desarrolla la regla de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia (art. 139.8 CP) recaída en el Exp. 0290-2002-HC/TC, f.j. 4; sobre el principio Pro homine (art. 1 CP) se puede revisar la sentencia recaída en el Exp. N° 0075-2004-AA/TC, f.j. 6; sobre la Primacía de la realidad y la regla de la adaptabilidad revisar la sentencia recaída en el Exp. 1562-2002-AA/TC, f. j. 4; sobre el Principio de previsión se puede revisar la sentencia recaída en el Exp. N° 0023-2003-AI/TC, f.j. 89. Sobre la fuerza normativa de los tratados de DDHH se puede revisar la sentencia recaída en la sentencia en el Exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados, f.j. 25 y 34. Sobre la fuerza normativa de sentencias de la Corte IDH se puede revisar la sentencia recaída en el Exp. No 0217-2002-HC/TC, f.j. 2. Asimismo, en relación con la regla del TC que señala que no hay zonas exentas de control (y de la fuerza normativa de la Constitución) se puede revisar las sentencias recaídas en los Exp. N.º 2409-2002-AA/TC, Exp. N° 2366-2003-AA/TC, Exp. N° 0090-2004-AA/TC, f.j. 17; Exp. N° 0009-2007-PI/TC y N° 0010-2007-PI/TC, f.j. 22. Sobre el derecho a la motivación de la sentencias se puede revisar las sentencias recaídas en los Exp. N° 3943-2006-PA/TC, Exp. N° 00728-2008-HC, f.j. 7. Sobre la diferencia entre autonomía y autarquía se puede revisar las sentencias recaídas en el Exp. N° 010-2001-AI/TC, f.j. 4. Sobre la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad se puede revisar la sentencia recaída en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC.

campesinas sin aportar mayor novedad⁴. Por todo ello nos centraremos en las que consideramos más importantes y a nuestro juicio aquellas son las siguientes:

Sentencia Exp. No 0018-1996-I (Sobre la sevicia)

Recaída en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblos contra el artículo 337º, del Código Civil, que dispone: "La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges". Es quizá la primera sentencia sobre los derechos culturales.

Sentencia Exp. No 0042-2004-AI/TC (Corrida de Toros)

Se trata de un proceso en el que el TC tiene que decidir si las corridas de toros son espectáculos culturales, para lo cual debe definir el contenido constitucional de los derechos culturales y las obligaciones del Estado. Esta es la primera sentencia donde se habla sobre la "Constitución cultural" y sobre la relación con el Estado Constitucional de Derecho.

Sentencia Exp. No 0020-2005-PI y 0021-2005-I (Hoja de coca 1)

Recaída en la demanda de inconstitucionalidad contra las ordenanzas de los gobiernos regionales de Cusco y San Martín que declararon la Hoja de Coca patrimonio nacional. El TC concluye señalando que de acuerdo a las normas que establecen criterios de asignación de competencias, no les corresponde a dichos gobiernos, adoptar las referidas decisiones

Sentencia Exp. No 06167-2005-HC/TC (Fernando Cantuarias)

Esta resolución es importante pues se discute la aplicación del debido proceso al proceso de arbitraje. En ella el TC aprovecha para desarrollar una regla para la justicia comunal: la aplicación del debido proceso a la justicia comunal contemplada en el artículo 149 de la Constitución.

Sentencia Exp. No 04611-2007-AA/TC (Sawawo Hito 40)

Recaída en la demanda de amparo presentada por una Comunidad Nativa de Pucalpa contra una medio de comunicación por violar el derecho al honor de la referida comunidad. Aquí lo interesante es la sentencia y el voto singular del magistrado César Landa, que aún cuando tienen naturaleza persuasiva, desarrollo aspectos fundamentales para la implementación de los derechos culturales.

Sentencias Exp. No 03343-2007-PA/TC (Cordillera Escalera)

Recaída en la demanda de amparo contra las empresas petroleras por amenaza de violación de un conjunto de derechos como gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción

⁴ Ver por ejemplo STC Exp. No 04719-2007-HC, f. j. 11; Exp. 04232-2004-AA, f. j. 15; Exp. No 00007-2002-AI, f. j. 10; Exp. No 10063-2006-AA, f. j. 32 y 33, etc.

y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; alimentación. Esta es la primera sentencia del TC en el que desarrolla de manera tangencial el derecho a la consulta y derechos de pueblos indígenas y la fuerza normativa del Convenio 169 de la OIT. Así mismo, se desarrolla el tema de medio ambiente y su relación por comunidades nativas.

Sentencia Exp. No 06316-2008-PA/TC (Aideseq)

Esta referida al proceso de amparo presentado por AIDSESEP contra diversas empresas petroleras por no haber consultado con diversos Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario. Esta sentencia es interesante en aspectos procesales sobre la necesidad de acreditar el hecho lesivo y sobre la ponderación ente los derechos de los pueblos indígenas y la seguridad jurídica y la buena fe de las empresas petroleras.

Sentencia Exp. No 00006-2008-PI/TC (Hoja de Coca II)

Sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra artículos de la Ordenanza Regional 022-2007 del Gobierno Regional de Puno que reconoció a la hoja de coca como patrimonio regional. Es una continuidad de la sentencia de la Hoja de Coca I.

Sentencia Exp. No 00006-2009-AI/TC (Carreja Judicial)

Recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial. Si bien aparentemente nada tiene que ver con los derechos culturales y los derechos de los pueblos indígenas, resulta relevante pues desarrolla las consecuencias que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el plano del sistema de justicia. Lo relevante es el voto singular del magistrado César Landa.

Sentencia Exp. No 0022-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama)

Finalmente, y quizá la sentencia más importante. Ella es importante pues desarrolla de manera expresa y directa diversos componentes del derecho a la consulta, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el pueblo Awajun contra el D.L. 1089 sobre titulación de predios rústicos. El Tc declara que dicho decreto no será aplicable a los pueblos indígenas toda vez que no ha sido consultado.

II. La fuerza normativa de las sentencias del TC

La fuerza normativa de la jurisprudencia de las cortes constitucionales es un tema ampliamente desarrollado por la doctrina y por la academia⁵. Sin embargo para efectos prácticos nos centraremos en la cobertura normativa de esta fuerza vinculante.

Dos normas fundamentan la fuerza normativa de estas normas. Tenemos en primer lugar el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, pensado para sentencias en procesos de

⁵ Para analizar la fuerza normativa de la jurisprudencia del TC puede revisarse la siguiente bibliografía: Luis Castillo Córdova, El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial, Palestra, Lima, 2008; Ana Laura Magaloni Kerpel, El precedente constitucional en el sistema jurídico norteamericano, Mc Graw Hill, Madrid, 2001; Edgar Carpio Marcos (coordinador) Estudios al Precedente Constitucional, Palestra, 2007, Leonor Moral Soriano, El precedente judicial, Marcial Pons, Madrid, 2002; y Diego Eduardo López Medina, El derecho de los jueces, 2da edición, Legis, Bogotá, 2006.

control abstracto en procesos de inconstitucionalidad y de acción popular. Esta norma señala de forma clara y precisa que *“Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”* (subrayado nuestro).

Y en segundo lugar, los párrafos 2do y del 3er párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código procesal Constitucional, disposiciones que desarrollan la doctrina jurisprudencial. El segundo párrafo de esta norma señala que *“Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular”*. El tercer párrafo por su parte precisa que: *“Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”*. (Subrayado nuestro).

El segundo párrafo del artículo VI está pensado para procesos de inconstitucionalidad. A diferencia de lo que ocurre en una sentencia estimatoria en un proceso de inconstitucionalidad, en un proceso en que queda confirmada la constitucionalidad de la norma cuestionada, *“la ratio decidendi juega un papel más decisivo a la hora de ejecutar el fallo porque el precepto cuestionado no queda invalidado y expulsado del ordenamiento jurídico, sino que se confirma su constitucionalidad y consecuente vigencia, por lo que se hace necesario saber con cual significado y alcance la mantiene”*⁶.

En muchos casos como la sentencia recaída en el Exp. No 00022-2009-PI/TC, tal como se desprende del segundo punto del fallo estamos ante una tipo de sentencias ampliamente desarrolladas en la doctrina, nos referimos a las sentencias interpretativas⁷. Como sabemos, lo normal en un proceso de inconstitucionalidad es que la norma cuestionada mantenga su fuerza jurídica como la tenía antes del proceso, sin embargo no siempre ocurre eso. Puede suceder que luego de la sentencia que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad, el precepto cuestionado varíe también en el significado de su vigencia. Ello ocurre cuando en el fallo tal como ocurre en esta sentencia, se ha establecido que determinado precepto es constitucional siempre y cuando se le interprete según un criterio hermenéutico previamente establecido en alguno de los fundamentos jurídicos de la sentencia cuestionada.

El tercer párrafo del artículo VI antes referido está pensado para pronunciamientos del TC en procesos de control concreto como son los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data, proceso de cumplimiento. En dicha norma se ha establecido es que los jueces deben de interpretar y aplicar toda norma con rango legal y los reglamentos según los preceptos y

⁶ Luis Castillo Córdova, El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial, Palestra, Lima, 2008, pág. 118.

⁷ La constitucionalidad de las sentencias interpretativas ha sido desarrollado en: “En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas”, Justicia Viva, Lima 2006, págs. 15 y sgts. Ver http://www.justiciaviva.org.pe/publica/10_razones.pdf. Ver Javier Díaz Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 35 y 36.

principios constitucionales, conforme a la interpretación que de los mismos haya establecido el sus sentencias constitucionales⁸.

Tres reglas deduce de este tercer párrafo Luis Castillo Córdova. En primer lugar, confirma la vinculación de los jueces del Poder Judicial a las razones suficientes o *ratio decidendi* que se expresen en una sentencia de inconstitucionalidad, lo cual se concluía del segundo párrafo. En segundo lugar, confirma también la vinculación a las razones suficientes no declaradas como precedentes vinculantes en el resto de procesos constitucionales. Y en tercer lugar, el tercer párrafo del artículo VI del TP, dispone que no solo la vinculación de los jueces a las interpretaciones del TC contenidas en la *ratio decidendi* sino también a las contenidas en las razones subsidiarias u *obiter dicta*.

III. Los pronunciamientos del TC en materia de derechos culturales y derechos de Pueblos Indígenas.

Los temas sobre los cuales se ha pronunciado el TC podemos agruparlas en cuatro tópicos: en primer lugar los derechos de los pueblos indígenas, luego la respuesta del Estado frente a ésta realidad multicultural, algunos pronunciamientos sobre las comunidades campesinas y nativas, y finalmente sobre el sistema de justicia y el multiculturalismo.

1. Los derechos de las comunidades campesinas y nativas⁹

1.1. Sobre el derecho a la identidad cultural

Quizá uno de los primeros pronunciamientos fue en 1999. En aquella oportunidad el TC comentando el artículo 2 inciso 19¹⁰ de la Constitución (CP) y el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) señaló que el derecho a la identidad es “*el derecho de las personas a tener su propia vida, y cultura, con todas sus manifestaciones, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a cultivarlos procurando la coexistencia de diversas culturas y el desarrollo de los pueblos en forma pacífica*”¹¹.

⁸ *Ibidem*, pág. 139.

⁹⁹ En esta parte partimos de la premisa reconocida por la Constitución y reafirmada por el TC en relación con la aplicación directa y protección de los derechos fundamentales. Este Tribunal ha señalado que “De la concepción de que ‘la Constitución es una norma de aplicación directa; es auténtico Derecho’, Se desprende el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada. Y esta declaración no resulta ser innecesaria y reiterativa, a pesar del reconocimiento de la supremacía normativa vinculante de la Constitución, pues siendo los derechos fundamentales parte del contenido dogmático de ella, se hace necesaria una reafirmación, en atención al especial significado que justifica su sistema de protección y mandato del artículo 44° de la Carta Fundamental, que establece como deber primordial del Estado ‘[...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos’. Es así como el constituyente ha tenido un especial interés de vincular a todos los entes que ejercen poder público en torno a la defensa de la persona humana y de su dignidad, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales”. STC Exp. No 02939-2004-AA, f. j. 9.

¹⁰ Como sabemos el derecho a la identidad cultural fue reconocido en el artículo 2°, inciso 19), el cual establece el derecho a la identidad étnica y cultural. Luego añade la Constitución que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación y que todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.

¹¹ STC Exp. No 0872-1999-AA, f.j. 4.

En relación con el derecho a la identidad cultural y étnica, el TC ha precisado que *“Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general”*¹².

El TC entiende por identidad cultural *“la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie”*¹³. En otro momento señaló que la identidad cultural, es un *“elemento de integración de la sociedad en el marco del pluralismo que profesa el Estado Democrático y Constitucional, también es concebida como un conjunto de manifestaciones y rasgos culturales de diversa índole, que cumple las funciones simultáneas de caracterizar a una sociedad o un grupo social, es decir, de imprimirle cualidades que posibiliten su propio reconocimiento como grupo que vive e interactúa en un contexto y tiempo determinado, así como de identificar las diferencias frente a los demás grupos sociales, por la constatación de que no comparten de modo total o parcial dichas manifestaciones o rasgos culturales”*¹⁴.

1.2. El derecho a la identidad étnica

En referencia con la identidad de los grupos étnicos, el TC hace referencia a *“(…) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico”*¹⁵. En otro momento entiende por identidad étnica aquella *“facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás”*¹⁶.

Quizá uno de los aportes del TC es precisar el contenido constitucional del derecho a la identidad étnica, y para ello hace suyo la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es: *“el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa”*¹⁷ y que tal derecho comprende: *“a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El*

¹² STC Exp. No 00006-2008-AI, f.j. 19.

¹³ STC Exp. No 00006-2008-AI, f.j. 19.

¹⁴ STC Exp. No 00006-2008-AI, f.j. 25.

¹⁵ STC Exp. No 00006-2008-AI, f.j. 19. El Tc hace suya esta referencia bibliográfica: Azkin, Benjamín, Estado y Nación, FCE, México, 1968, pág. 34.

¹⁶ STC Exp. No 03343-2007-AA, f.j. 29.

¹⁷ *Ibidem*, f.j. 30.

derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda”¹⁸.

1.3.El derecho a la identidad cultural no es patrimonio de los Pueblos Indígenas

Comentando el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹, el TC precisa que *“dada la amplitud semántica que tiene el término “vida cultural” utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse sólo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no sólo a los grupos étnicos”²⁰.*

1.4.El derecho a la participación en la vida cultural

Conviene también hacer referencia al derecho a la participación en general, aplicable a las comunidades campesinas y nativas, toda vez que uno de los ámbitos de participación de este derecho es la participación en la vida cultural. Sobre el derecho a la participación, el TC se ha pronunciado y ha señalado que *“el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, según reconoce y exige el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución”²¹.*

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ “Artículo 27.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”

²⁰ STC Exp. No 00006-2008-AI, f.j. 21.

²¹ STC Exp. No 00030-2005-AI, f. j. 22. En ese mismo sentido el TC ha señalado que “El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º 17 de la Constitución”. (Exp. 04677-2004-AA FJ 12)

1.5.Sobre el derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas

Este es sin lugar a dudas el tema más trabajado y desarrollado por el TC en una reciente sentencia expedida. Nos referimos a la sentencia recaída en el Exp. No 00022-2009-PI. Esta es la primera sentencia donde el tema de los derechos de los pueblos indígenas, es por primera vez el tema de fondo. No entraremos al análisis en profundidad pues ello se hará en otro trabajo. Solo detendremos a dar cuenta de las nuevas reglas.

Tenemos así el reconocimiento de reglas que promueven la integración del pluralismo cultural. Nos referimos al Principio de la inclusión antes que de la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante, del reconocimiento del Principio de la protección de los derechos para garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas (f.j. 14), y del reconocimiento del Principio del dialogo intercultural (f.j. 17). Asimismo tenemos el establecimiento de reglas para definir la afectación directa a los pueblos indígenas (f.j. 19 al 23). También el TC desarrolla la diferencia entre el derecho a la consulta y el derecho al veto en los fundamentos 24 y 25.

De otro lado tenemos el reconocimiento de principios que orientan la realización de la Consulta Previa. Nos referimos al principio constitucional de buena fe (f.j. 27) al Principio constitucional de la flexibilidad (f.j. 31), al Principio constitucional de la finalidad de alcanzar un acuerdo (f.j. 33), al Principio constitucional de transparencia (f.j. 35), y al Principio constitucional de implementación previa del proceso de consulta (f.j. 36). También resulta relevante la determinación del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta (f.j. 37 al 40). En esa misma línea, tenemos la determinación de reglas sobre las etapas del proceso de consulta, lo cual resulta clave en el contexto actual (f.j. 41).

De igual manera, el TC precisa reglas jurídicas vinculantes sobre el derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y sus territorios. Nos referimos al Principio de la obligación jurídica del Estado de delimitar los territorios indígenas (f.j. 44) y al Principio de la interpretación constitucional intercultural de las normas civiles de propiedad (f.j. 45 y 46). Asimismo el TC reconoce la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas (f.j. 52). Finalmente, tenemos la regla aplicada en el caso concreto: la inaplicación de la norma cuestionada a los pueblos indígenas por no haber sido consultada (f.j. 56).

1.6.El Estado y los derechos lingüísticos

El TC relaciona y articula los derechos lingüísticos con el derecho a la defensa. Así precisa que el derecho a la defensa " *no sería posible si, en el seno del proceso, no se hubiera nombrado intérprete al recurrente teniendo éste como idioma propio uno distinto al castellano y, en consecuencia, no tuviera la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, a fin de ejercer su derecho de defensa constitucionalmente protegido*"²². Añade que " *el derecho a usar el idioma propio es una expresión de su identidad cultural. Cabe tener presente, respecto al derecho lingüístico, lo siguiente: "(...) se proclaman como derechos individuales, no puede desconocerse la dimensión colectiva que se asocia a la mayoría de ellos, puesto que el uso de una lengua no tiene sentido individualmente y porque la lengua no sólo es una forma de comunicarse sino que también es una forma de*

²² STC Exp. No 04719-2007-HC, f. j. 11.

*expresar una identidad y un sentir colectivo. [...] Y precisamente lo establece [los derechos lingüísticos reconocidos en el artículo 2 inciso 19 de la CP] para asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho de defensa*²³.

Será César Landa en un voto singular quien precise de forma más clara la obligación del juez en relación con los derechos lingüísticos. Precisa que la labor del juez se realiza en un tiempo y en un espacio específico y concreto. Señala que *“En el espacio por cuanto tiene que situarse en un lugar específico con una realidad concreta y determinada, que puede no ser una realidad que resulte necesariamente familiar para él, pero por su labor jurisdiccional está obligado a analizar y valorar al momento de adoptar sus decisiones*”²⁴.

Agrega que en el caso de los jueces de nuestro país *“esa es una exigencia ineludible por cuanto la Constitución (artículo 2º inciso 19) establece que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural exige, en el ámbito de la administración de justicia, que los jueces no sólo deben conocer razonablemente los elementos culturales de un pueblo en el cual llevan a cabo su labor jurisdiccional, sino que también deberían conocer su lengua*”²⁵. En ese sentido, manifiesta que el Legislador peruano *“debió garantizar el derecho de las minorías lingüísticas de acceder a tutela jurisdiccional en la lengua de que sean hablantes, a fin de que se garantice ese derecho en todos los procesos y procedimientos en que sean parte, ya sea de manera individual o de manera colectiva*”²⁶. Pero va más allá, considera que la Ley de la Carrera Judicial *“incurre en un vicio de inconstitucional por defecto, por cuanto no ha considerado que en los distritos judiciales donde exista población que se exprese mediante una lengua específica sería razonable que los jueces hablen también dicha lengua*”²⁷.

Termina exhortando al Gobierno, al Legislador y específicamente a las entidades vinculadas con el sistema de administración de justicia a *“desarrollar planes e implementar programas para el aprendizaje de las diversas lenguas indígenas nacionales [...] sólo se respeta, en los procesos y procedimientos, el contenido esencial del derecho fundamental a expresarse en su propia lengua, cuando en efecto se puede hacer valer los recursos judiciales y administrativos, orales o escritos, en su lengua originaria, sino también cuando la autoridad judicial o administrativa que vaya a decidir una controversia debe tener también un mínimo conocimiento de ella o contar con un intérprete; de modo tal que se garantice plenamente el derecho a la tutela procesal efectiva y el derecho al debido proceso y al procedimiento*”²⁸.

Finalmente, el TC en relación con la educación bilingüe precisa que la Constitución señala como *“responsabilidades, tareas o funciones del Estado, las quince siguientes, entre otras: m) Fomentar la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Dicha responsabilidad guarda relación con lo establecido en el inciso 19) del artículo 2º*

²³ *Ibidem*, f.j. 12 al 14.

²⁴ STC Exp. No 00006-2009-AI, voto singular de Landa Arroyo, f.j. 1.

²⁵ *Ibidem*, f.j. 2.

²⁶ *Ibidem*, f. j.4.

²⁷ *Ibidem*, f. j.4.

²⁸ *Ibidem*, f. j.5.

de la Constitución [...] A través de la educación bilingüe e intercultural se vigoriza y preserva la identidad cultural de los ciudadanos adscritos a las culturas nativas, además de viabilizar su interrelación con la comunidad nacional. La educación bilingüe e intercultural promueve el intercambio enriquecedor de valores y cosmovisiones coexistentes²⁹.

2. La respuesta del Estado frente a este multiculturalismo

2.1.Reconocimiento del multiculturalismo

El TC hace un reconocimiento del carácter multicultural de nuestro país. En efecto, establece que *“la Multiculturalidad del Estado peruano, no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural. En efecto, se puede señalar que “la diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido cuasi estético de que crea un mundo más interesante, como porque otras culturas poseen modelos alternativos de organización social que puede resultar útil adaptar a nuevas circunstancias. Este último aspecto suele mencionar con relación a los pueblos indígenas, cuyos estilos de vida tradicionales proporcionan un modelo de relación sostenible con el entorno”³⁰*. Esto es histórico en nuestro país donde hay sectores que consideran lo andino como un lastre a superar.

Añade en esa misma línea que *“De ahí que sea posible señalar que la multiculturalidad del Estado peruano, no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural. En efecto, se puede señalar que “la diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido cuasiestético de que crea un mundo más interesante, como porque otras culturas poseen modelos alternativos de organización social que puede resultar útil adaptar a nuevas circunstancias. Este último aspecto suele mencionar con relación a los pueblos indígenas, cuyos estilos de vida tradicionales proporcionan un modelo de relación sostenible con el entorno”³¹*.

También resulta interesante el anclaje que hace del multiculturalismo en principio del Estado social y democrático. Precisa el TC que *“el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43° de la Constitución”³²*.

Finalmente, ello no lo lleva a una posición de relativismo cultural, sino que afirma el principio de la unidad en la diversidad. En efecto, el TC reconoce que *“en una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra –integrada por una cultura autóctona y originaria, y por una cultura mestiza o criolla–, es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un*

²⁹ STC, Exp. No 04232-2004-AA, f. j. 15.

³⁰ STC Exp. No 00042-2004-AI, f. j. 2.

³¹ STC Exp. No 00042-2004-AI, f. j. 3.

³² STC Exp. No 0020-2005-AI/TC, f. j. 99.

desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se requiere, pues, establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo”³³.

2.2. Impacto del multiculturalismo en la Constitución

Un punto importante de la jurisprudencia tiene que ver con la inserción del pluralismo en la estructura del Estado y en la concepción del Estado Democrático. En esta parte el TC ha emitido varios pronunciamientos y ha desarrollado varios conceptos y no siempre claros. Un primer concepto desarrollado por el TC es el de la “Constitución cultural”. En realidad lo toma de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia³⁴ que a su vez lo trae de la doctrina italiana. Ella hace referencia al conjunto de disposiciones constitucionales referidas a los derechos, principios y bienes jurídicos referidos a los derechos culturales. La función de este sería la de ser un marco y un ámbito de interpretación. Adviértase que estos conceptos no termina de definirlos con la precisión que se debería.

El TC identifica un conjunto de disposiciones constitucionales que juntas conformarían este campo hermenéutico al que denomina el contenido constitucional de nuestra Constitución. Señala el TC que “La Constitución de 1993 (artículo 1) señala que *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*. Además, establece (artículo 2, inciso 19) *el derecho fundamental de las personas “a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”*. Del mismo modo, prevé (artículo 21) que *“los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública [...]”*. Estas disposiciones constitucionales, junto con la dignidad humana –como premisa antropológica–, constituye la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias”³⁵.

Más ordenada nos parece lo precisado por el magistrado César Landa en un voto singular en una sentencia sobre comunidades nativas de Ucayali. Este señaló que *“Una lectura sistemática del articulado de nuestra Constitución nos permite comprobar que varias de sus normas han recogido derechos y obligaciones no sólo de índole cultural, sino*

³³ STC Exp. No 00042-2004-AI, f. j. 3.

³⁴ Ver Sentencia C-639/09. En esta se precisa que “La expresión “Constitución cultural” tiene su origen en la doctrina italiana que la ha utilizado para comprender el conjunto de normas y principios constitucionales que aseguran a las personas la satisfacción real y efectiva de sus necesidades en el campo de la cultura, la ciencia, el medio ambiente y el disfrute del patrimonio histórico y artístico. Además, recuérdese que el concepto de “Constitución cultural” fue acuñado por el profesor Alessandro Pizzorusso, quien puso de presente que junto a las disposiciones que la Constitución dedica a las relaciones económicas, se encuentran otras no menos importantes orientadas a asegurar una protección básica a la vida humana considerada como valor en sí, al margen del uso que se realice de los recursos humanos en atención a fines económicos o políticos”:

³⁵ STC Exp- No 0042-2004-AI, f.j. 1. Similar argumentación puede ser encontrada en STC Exp. No 04677-2004-AA, f.j. 24.

especialmente de carácter multicultural que, vistas en conjunto, bien podríamos denominar Constitución Multicultural o contenido multicultural de la Constitución”³⁶.

Se refiere a las siguientes normas constitucionales: artículo 2, inciso 19), que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, así como la obligación del Estado de proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación; al artículo 89, que reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose la obligación del Estado de respetar su identidad cultural; al artículo 149, que admite la posibilidad de que las Comunidades Campesinas y Nativas ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no violen derechos fundamentales; al artículo 48, que señala que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen; al artículo 191, que prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, Comunidades Campesinas y Nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales³⁷; y finalmente, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el artículo 27 del PIDCP que reconoce los derechos de las minorías³⁸.

Añade el voto singular que “la Constitución reconoce la diversidad cultural y el pluralismo étnico como dos rasgos esenciales de la sociedad peruana, superando la visión, durante mucho tiempo homogénea, de nuestra sociedad identificada por un solo patrón cultural y unos únicos valores fundantes. El reconocimiento de la diversidad, que hace nuestra Constitución, permite, de este modo, la incorporación de unos específicos derechos para los pueblos indígenas, y con ello, su plena afirmación y el libre desarrollo de su ethos social. Por ello, la Constitución Multicultural, al igual que la Constitución del Estado Social, marca un cambio y un distanciamiento con la igualdad formal postulada durante muchos años por el Estado liberal. En el caso de una Constitución Multicultural, la diversidad cultural pasa a ser la condición esencial que determina la construcción de un modelo distinto de Estado, donde sólo el reconocimiento de un “estatus jurídico” particular a las comunidades indígenas puede significar la presencia de una real y efectiva igualdad material, basada en la dignidad”³⁹.

Finalmente señala que *“sólo la comprensión de nuestra Constitución como un texto normativo marcado por esta realidad fáctica y conceptual, donde se ha otorgado autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, donde se ha reconocido el derecho a su propia lengua, a su cultura, a la libre disposición de sus tierras y a su propia jurisdicción; puede permitir el respeto de su existencia digna, libre e igual, tanto como grupo humano y colectivo, como por las individualidades que lo conforman, tal como lo manda el artículo 1 de nuestra Carta Fundamental; constituyendo, por otro lado, la única base sobre la cual se puede construir*

³⁶ STC Exp. No 04611-2007-AA, f. j. 6 del voto singular de César Landa.

³⁷ STC Exp. No 04611-2007-AA, f. j. 6 del voto singular de César Landa.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, f.j. 8.

un nuevo contrato social inclusivo que se alimente de la pluralidad y la coexistencia pacífica y respetuosa”⁴⁰.

2.3.La incorporación del multiculturalismo en el concepto de Estado Democrático Social de Derecho

También el TC se pronuncia sobre los presupuestos políticos e ideológicos del Estado Constitucional contenido en nuestra Carta Política y su relación con pueblos indígenas. Precisa que *“la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana”⁴¹.*

Agrega que este enfoque es importante toda vez que *“El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú. En esa medida, la Constitución reconoce la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, así como su personería jurídica (artículo 88 de la Constitución); además, impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural (artículo 89 de la Constitución). Pero también debe reconocer la existencia de poblaciones afroperuanas y de otras tradicionalmente arraigadas en el Perú”⁴².*

Esta dimensión social del Estado Democrático Social de Derecho se traduce en concreto en la necesidad de promover condiciones materiales para alcanzar bienes jurídicos constitucionales. Así señala que *“el Estado social y democrático de Derecho busca promover, por un lado, la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus objetivos (la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad), lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado, con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y, por otro, la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con prudencia, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social y la iniciativa y propiedad privada. Ello exige que el Estado –a través de la Administración como gestora pública– asuma el deber que le impone la Constitución Política en su artículo 44°, consistente en “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. El Estado para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde*

⁴⁰ *Ibidem*, f.j. 9.

⁴¹ STC Exp. No 00042-2004-AI, f. j. 1.

⁴² *Ibidem*.

*tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada*⁴³.

2.4. Sobre el principio de promover sectores excluidos

Lo anterior nos reconduce al principio de favorecimiento de los sectores excluidos o de adopción de medidas positivas especiales, contenido en el artículo 59 de la Constitución. La primera referencia jurisprudencial está referida a la inclusión de la mujer en culturas patriarcales. Señala el TC que *“los poderes públicos ante situaciones tangibles de desigualdad se encuentran en la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean realizables y efectivas, y remover los obstáculos que impidan su plenitud, tal como lo dispone el artículo 59° la Constitución, según el cual, “(...) el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”, como el femenino*⁴⁴.

En ese orden de ideas y en relación con la mujer añade el TC que *“resulta pertinente advertir que si bien en las últimas décadas ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social, de las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada, ya que buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico*⁴⁵.

En otra oportunidad señala el TC que el artículo 59° de la Constitución autoriza el establecimiento de verdaderas medidas de discriminación positiva. Precisa el TC que dicha disposición *“establece un mandato, cual es, ‘brindar oportunidades de superación a aquellos sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades’. A juicio de este Tribunal, dicha cláusula no sólo determina un rol negativo para el legislador, de no interferir irrazonablemente en tales libertades económicas, sino que al mismo tiempo le otorga un margen de actuación a fin de garantizar condiciones materiales de igualdad. De esta manera, el artículo 59° del texto constitucional habilita la intervención estatal para cumplir con el deber de garantizar el principio-derecho de igualdad, no sólo en aquellas situaciones de sospechosa mayor vulnerabilidad, recogidas expresamente en el artículo 2.2 de la Constitución –por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole– sino principalmente, lo habilita para establecer medidas adecuadas y necesarias que le permitan cumplir con la promoción de la pequeña empresa en todas sus modalidades*⁴⁶.

En ese mismo sentido, señala el TC que *“el tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho supone alejarse de una concepción de ley como fuente meramente abstracta, impersonal y generalizada, y aceptar la posibilidad de que ésta tenga alcances*

⁴³ STC Exp. No 10063-2006-AA, f. j. 32 y 33.

⁴⁴ STC Exp. No 00016-2008-AI, f. j. 25.

⁴⁵ *Ibidem*, f. j. 26 y 27.

⁴⁶ STC Exp. No 00034-2004-AI, f. j. 30 y 31.

bastante más restringidos y concretos, procurando estrechar las distancias económicas, políticas y sociales entre los diferentes sectores poblacionales y logrando una igualdad no sólo formal sino también sustancial, lo cual se evidencia en el tránsito de la ley general a la ley especial. Muestra de ello es el artículo 59° de la Constitución que, en consonancia con el artículo 2°, inciso 2, que consagra el principio-derecho de igualdad”⁴⁷.

Finalmente, en otra oportunidad el Tc estableció que *“Debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales, de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales. Dicho juicio, desde luego, es aplicable también al ámbito económico, en el que, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (artículo 59°)”⁴⁸.*

2.5.Obligaciones del Estado en relación con el pluralismo cultural

Lo anterior señalado no se queda en el terreno ideológico y político, tiene una concreción práctica. En efecto, el TC desarrolla y establece cuatro obligaciones que le corresponden al Estado frente al tema cultural, el deber de respetar, el deber de promover, el deber de no promover y la obligación de establecer políticas públicas a favor de la afirmación de los derechos de índole cultural y de los derechos de los Pueblos Indígenas.

En efecto, a criterio de este colegiado *“el deber que asume el Estado, en relación con la Constitución cultural, se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, el Estado debe respetar, por mandato constitucional, todas aquellas manifestaciones culturales de los individuos o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2, inciso 8 de la Constitución); además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad, de conformidad con los artículos 88, 89 y 149 de la Constitución”⁴⁹.* Luego el TC agrega que *“el Estado tiene la obligación de promover todos aquellos actos que atiendan al interés general, a desarrollar un conjunto de conocimientos que permitan el desarrollo del juicio crítico y de las artes, así como a la integración y fortalecimiento de las manifestaciones que contribuyen a la identidad cultural de la Nación”⁵⁰.*

Finalmente *“el Estado asume también el deber de no promover aquellos actos o actividades que pudiendo ser manifestaciones culturales o encubiertos por lo “cultural” [...] pongan en cuestión, por un lado, derechos fundamentales como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 22 de la Constitución)”⁵¹.* Añade que *“...no sólo debe promover y respetar los valores culturales de*

⁴⁷ STC Exp. No 00020-2005-AI, f. j. 17.

⁴⁸ STC Exp. No 00008-2003-AI, f. j. 4.

⁴⁹ STC Exp. No 0042-2004-AI/TC, f. j. 4.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*

la Nación, sino que también debe proscribir, desalentar o sancionar aquellos actos que supongan una violación de los derechos fundamentales o cuestionen valores superiores como la igualdad, la tolerancia, el pluralismo y la democracia, o los que pretendan subvertir el orden constitucional”⁵².

Finalmente el TC desarrolla lo que denomina la “Política cultura constitucional”. Señala que *“la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural, no sólo se limita al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), al derecho fundamental a la cultura (artículo 2, inciso 8) o al establecimiento de una cláusula de protección del patrimonio cultural (artículo 21), sino que también debe elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones culturales. Ello es así en la medida que en sociedades poliétnicas y multiculturales como es la sociedad peruana, el Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas. En ese sentido, el pluralismo cultural constituye un imperativo del Estado y del sistema democrático frente a la diversidad cultural”⁵³.*

2.6.Los valores constitucionales pluralismo, tolerancia y respeto de la costumbre

También resulta pertinente destacar el pronunciamiento de algunos valores constitucionales que contribuyen con el reconocimiento y con el respeto del pluralismo cultural, a partir de una interpretación del principio democrático contenido en el artículo 43 de la Constitución. Según el TC *“En el principio democrático residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. En tal sentido, el hecho de que por efecto de la diversidad cultural constitucionalmente reconocida, diversos rasgos espirituales y materiales se concreten en grupos minoritarios, no puede ser razón válida para desconocer o, peor aún, menoscabar sus legítimas manifestaciones. Por el contrario, cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, éste pierde su valor de neutralidad, y prevalecen los valores contramayoritarios de la Constitución, como la igualdad (inciso 2 del artículo 2º) y el pluralismo (inciso 19 del artículo 2º, artículo 43º y artículo 60º) para recomponer el equilibrio constitucional del que el poder tiende a desvincularse”⁵⁴.*

⁵² *Ibídem.*

⁵³ *Ibídem*, f.j. 5.

⁵⁴ STC Exp. No 0020-2005-AI7TC, f. j. 100. Agrega que “el poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando solo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho acertadamente que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna”. *Ibídem.*

2.7.La protección del patrimonio cultural⁵⁵

Para el TC “no puede haber la menor duda de la necesidad de brindar a nuestro patrimonio cultural (material e inmaterial) la máxima protección necesaria, a efectos de que quede garantizado no sólo su valor histórico, sino también el valor intrínseco que, en comunión con otros factores, dota de identidad y unidad a nuestra nación”⁵⁶. En otra oportunidad este tribunal ha señalado que “el ‘derecho constitucional de los bienes culturales’, entendido como el conjunto de normas constitucionales que regulan la autorepresentación cultural del pueblo, y que comprende ciertamente a los bienes culturales inmuebles, no se agota con lo que señala el artículo 195° de la Constitución, pues éste debe concordarse con el artículo 21° de la misma Norma Fundamental... Esta disposición constitucional no sólo debe interpretarse como un deber fundamental o una tarea del Estado, que impone obligaciones de fomento, conservación y protección; sino, además, como la afirmación de que dicho patrimonio cultural constituye un elemento del consenso nacional, del reconocimiento de nuestras tradiciones y de nuestra herencia cultural, o, en definitiva, de nuestra autorepresentación cultural como pueblo. En ese sentido, se trata de un interés cuyo alcance excede a los propios de los gobiernos locales, por lo que éstos no pueden reclamar para sí tareas exclusivas o excluyentes...”⁵⁷.

También se pronuncia sobre el patrimonio cultural inmaterial, y lo entiende como “aquellos usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural”⁵⁸. Añade que “Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad, y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”⁵⁹.

Finalmente, agrega que el patrimonio cultural inmaterial, por otro lado, se manifiesta en las “1) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vínculo del patrimonio cultural inmaterial; 2) artes del espectáculo, 3) usos sociales, rituales y actos festivos, 4) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y 5) técnicas artesanales tradicionales”⁶⁰.

⁵⁵ Como sabemos el artículo 21 de la CP señala que “Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado”.

⁵⁶ STC Exp. No 04677-2004-AA, f.j. 24 y 25.

⁵⁷ STC Exp. No 00007-2002-AI, f. j. 10.

⁵⁸ STC Exp. No 00042-2004-AI, f. j. 1.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

3. Sobre las comunidades campesinas y nativas.

3.1. Reconocimiento de los lazos de cooperación y cohesión al interior de la comunidad campesina

Las comunidades campesinas y nativas también han sido objeto de pronunciamiento. En efecto, el TC reconoce la matriz comunal de las comunidades campesinas. Así señala que *“si dirigimos nuestra atención hacia aquellas tradiciones y costumbres que las Comunidades Campesinas y Nativas comparten, advertiremos rápidamente que su visión comunitaria sobre la vida en sociedad difiere notoriamente de la matriz ideológica que hemos descrito brevemente en el considerando anterior”*⁶¹. En efecto, *“si hay algo que distingue a las Comunidades Campesinas y Nativas respecto de otros tipos de colectivos, ello es precisamente el conjunto de lazos de cooperación y cohesión que une a cada uno de sus miembros y que forman parte de su estructura como grupo social. Ello explica bien por qué nociones tales como “progreso”, “propiedad”, “bienestar”, “religión”, “honor”, entre otras, estén siempre cifrados en relación con la comunidad en su conjunto, en vez de referirse a sus miembros individualmente considerados. En dicho contexto, donde la persona determina su desarrollo y lo conecta, de modo tan directo y esencial, con el bienestar de la comunidad, los intereses de ésta siempre son entendidos, más que en cualquier otro contexto, como intereses suyos. Así, un atentado contra los intereses de la comunidad, será sentido, por cada individuo de ella, como un atentado contra sus propios intereses”*⁶².

En otra oportunidad y sobre la matriz comunitaria de las comunidades campesinas y nativas el magistrado Landa Arroyo en un voto singular precisó que *“en el horizonte cultural de las comunidades indígenas, los intereses de los individuos muchas veces se corresponden, de un modo esencial con el interés de la comunidad, en un punto tal que difiere en gran medida de nuestra propia comprensión de los bienes sociales. Así, en el caso del honor, mientras en una sociedad anónima difícilmente pueda considerarse que la afectación del honor o imagen de la sociedad comercial afecte también el honor de sus socios, en el caso de una comunidad indígena, el atentado contra su honor o buena reputación puede ser sentido de un modo tan grave por cada integrante de la misma, que puede decirse que el honor de la comunidad pertenece también al ámbito personal de intereses de cada individuo que, por tratarse de un bien tan esencial para su dignidad, representa un atributo de carácter ius-fundamental. En dicho contexto, en una comunidad indígena, bien puede decirse que el honor representa un bien colectivo, que al ser afectado por un funcionario, autoridad o persona, lesiona tanto al colectivo en sí como a cada uno de sus miembros en tanto integrantes de dicha comunidad. Es por esta razón que creemos que, en el caso de autos, el tipo de interés afectado [...], es uno de carácter colectivo”*⁶³.

3.2. La existencia legal y la personería jurídica fáctica de comunidades no inscritas y la prohibición de generar indefensión por razones formales.

El TC ha señalado que de conformidad con el artículo 89 de la Constitución que esta *“reconoce a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica*

⁶¹ STC Exp. No 04611-2007-AA, f. j. 14. Voto singular de César Landa Arroyo.

⁶² Ibídem, f.j. 15.

⁶³ STC Exp. No 04611-2007-AA, f. j. 26.

sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna”⁶⁴. Sustenta esta regla en el hecho que “*la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a dichas comunidades personería jurídica erga omnes en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de universitates personarum*”⁶⁵. *El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo*”⁶⁶.

Añade el TC que una “*inscripción en el registro sería útil para acreditar la existencia de la personería. La falta de inscripción registral no puede [sin embargo] desvirtuar su personería jurídica, pero sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad procesal. Pero si la comunidad está inscrita, está obligada a presentar su registro. En caso de estarlo, bastaría con mostrar medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica. No es posible que se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión tal que, por temas netamente formales (incumplimiento de acto administrativo declarativo), terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución, en concordancia válidamente aceptada con el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales”*”⁶⁷. (Subrayado nuestro) Como puede advertirse, el TC desarrolla una regla en forma escueta y no la desarrolla. A pesar de ello, esta es de suma utilidad, y es la prohibición de generar indefensión por razones formales. Ella es relevante en un país como el nuestro donde existen muchas comunidades en situación de indefensión.

3.3. Sobre el desarrollo agrario

En relación con la obligación del Estado de promover el desarrollo agrario contenido en el artículo 88 de la Constitución⁶⁸, el TC se pronuncia sobre obligación estatal de fomentar el desarrollo agrario y luego más en específico, sobre la obligación de prestar asistencia técnica, crediticia y establecimiento de políticas públicas a favor de dicho sector. Si bien esta regla es general, es evidente que ella beneficia de manera directa a las comunidades campesinas y nativas.

En efecto, señala el TC “*El Estado tiene un rol preponderante en el desarrollo agrario, y a tal propósito consagra los esfuerzos necesarios para cumplir las exigencias que tal gestión requiere. Para ello el Estado planificará sobre todo proyectos de infraestructura, se impondrá el propósito de generar tecnología o de apropiarse de ella, y habrá de promover la extensión agrícola y el crédito de fomento, entre otras acciones necesarias para el desarrollo del sector agrícola*”⁶⁹. Añade más adelante que “*El Estado pues debe no sólo fomentar el desarrollo agrario sino también garantizar que este objetivo se lleve a cabo, para lo cual ha de proveer de recursos y medios que coadyuven a su desarrollo integral, lo*

⁶⁴ STC Exp. No 04611-2007-AA, f. j. 22.

⁶⁵ En relación con este último, el TC diferencia entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista, representado por una colectividad de individuos (universitates personarum), y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial (universitates bonorum).

⁶⁶ Ibídem, f. j. 25

⁶⁷ Ibídem, f. j. 26.

⁶⁸ “Artículo 88.- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.”

⁶⁹ STC Exp. No 00032-2008-AI, f. j. 9.

*que finalmente redundará en un beneficio para la sociedad. En conclusión el Estado tiene la obligación de fomentar el desarrollo agrario, otorgando todos los instrumentos y creando los mecanismos necesarios para lograr tal objetivo*⁷⁰.

En esa misma línea y en relación con el artículo 88 de la Constitución el Tc precisa “*que esta norma garantiza que el Estado debe prestar apoyo al desarrollo agrario de manera preferente, para lo cual, por ejemplo, debería prestar asistencia técnica y crediticia y establecer los planes y políticas en materia agraria, tanto en el ámbito nacional como regional y local; pero en sí, no reconoce un derecho concreto de los demandados que pudiera haber sido afectado por los emplazados. En todo caso, el alegado “derecho a gozar de un desarrollo agrario” garantiza, como se ha dicho, la emisión de directivas destinadas a planificar, promover y supervisar las campañas agrícolas; ello, en el presente caso, implica sujetarse a lo dispuesto por la autoridad regional en dicha materia*”⁷¹.

3.4. Sobre el derecho al territorio de las comunidades campesinas (art. 89 CP)

El derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre su territorio frente a la actividad minera ha sido también objeto de pronunciamiento. Existe un pronunciamiento que si bien retoma lo que dice la ley aplicable, resulta interesante en un contexto de expediciones de concesiones no consultadas tal como ocurre en nuestro país. Así señala el TC que “*De acuerdo a lo establecido por la ley de la materia, cuando se pretende realizar actividades mineras en una concesión cuya ubicación responde a un terreno superficial de propiedad privada, se requiere el acuerdo previo entre las partes, vale decir, el consentimiento del titular y en el presente caso no se ha acreditado ni la titularidad de la Concesión, ni el consentimiento de la Comunidad Campesina de Quilcas, ni mucho menos existe evidencia de autorización de los órganos competentes para desarrollar actividades mineras*”⁷².

En relación con la servidumbre y la necesidad que esta respete el derecho de propiedad el TC estableció que “*si bien el derecho a la libertad de tránsito tutela el desplazamiento por servidumbres de paso, es preciso señalar que resulta vital determinar de manera previa la existencia de una servidumbre de paso, por el carácter instrumental que dicho derecho legal posee en relación con derechos de rango constitucional como la propiedad y el libre tránsito*”⁷³. Es decir, no habrá violación del derecho a la libertad ambulatoria, y en consecuencia no se podrá recurrir al hábeas corpus si es que no está acreditada la existencia y validez legal de la servidumbre⁷⁴.

3.5. La autonomía de las comunidades campesinas

El TC también ha reconocido que la autonomía de las comunidades campesinas se da dentro del respeto del ordenamiento jurídico. El TC primero reconoce que “*el contenido esencial del derecho de asociación está constituido por: a) el derecho de asociarse, entendiéndose por tal la libertad de la persona para constituir asociaciones, así como la*

⁷⁰ Ibídem, f. j. del 10 al 12.

⁷¹ STC Exp. No 04670-2005-AA, f. j. 9.

⁷² STC Exp. No 05573-2006-HC, f. j. 6.

⁷³ STC Exp. No 02263-2009-PHC, f. j. 2.

⁷⁴ STC Exp. No 00228-2008-HC, f. j. 10. Ver también las STC Exp. Ns° 0801-2002-PHC, 2439-2002-AA, 2548-2003-AA, 1301-2007-PHC, 2393-2007-PHC, 00585-2008-PHC, etc.

posibilidad de pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de los fines propios de las mismas; b) el derecho de no asociarse, esto es, el derecho de que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella, y c) la facultad de autoorganización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización”⁷⁵. Luego el TC aplica estas reglas a la comunidad campesina, señalando que la autonomía que da cobertura a la autorregulación “no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes fundamentales”⁷⁶.

4. El sistema de justicia y el multiculturalismo

4.1. Sobre la justicia comunal⁷⁷

La justicia comunal ha sido objeto de algunos pronunciamientos por el TC pero de manera muy tangencial⁷⁸. Sin embargo, solo en uno, ha establecido de manera clara que el debido proceso como límite de la justicia comunal, y lo ha hecho a pesar que la justicia comunal contenida en el artículo 149 de la Constitución no era el fondo del problema. En efecto, señaló que “*el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139°); constitucional (artículo 202°) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva*”⁷⁹. (Subrayado nuestro). Esta regla es importante pues aporta un criterio al momento de la ponderación entre el derecho al debido proceso y el derecho a la identidad cultural, al momento de resolver un caso concreto.

De otro lado, si bien no está referido a la justicia comunal de forma explícita y directa, estimamos que si resulta relevante para la justicia comunal el reconocimiento de la costumbre como fuente derecho, toda vez que como lo establece el propio artículo 149 de la Constitución, la justicia comunal se imparte de conformidad con el derecho consuetudinario. Precisa el TC que “*La costumbre alude al conjunto de prácticas espontáneas que han alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el marco de una determinada comunidad política; de ahí que para su configuración deban coexistir dos elementos: uno material, relativo a la duración y reiteración de la práctica; y otro espiritual, referido a la convicción generalizada respecto de su exigibilidad. A tales elementos, ahora, se debe sumar la necesaria constatación de que la costumbre no vulnera derechos fundamentales, ni se oponga a los principios y valores constitucionales*”⁸⁰.

Añade el TC respecto del derecho consuetudinario que estas se “*expresan siempre como prácticas sociales y nunca en forma de enunciados lingüísticos escritos y publicados; son,*

⁷⁵ STC Exp. No 4241-2004-AA, f. j. 5.

⁷⁶ STC Exp. No 02939-2008-AA, f. j. 9.

⁷⁷ Acabamos de tomar conocimiento de un reciente pronunciamiento del TC en materia de rondas campesinas de Puno. Nos referimos a la sentencia recaída en el Exp. No 00274-2010-HC.

⁷⁸ Ver por ejemplo STC Exp. N° 0023-2003-AI/TC, f. j. 20; (DP contra la ley de Justicia Militar), en una reciente recaída en el STC Exp. No 00002-2009-AI, f. j. 33, STC Exp. No 00013-2007-AI, sin numeración el fundamento.

⁷⁹ STC Exp. No 06167-2005-HC/TC, f. j. 7.

⁸⁰ STC Exp. No 0047-2004-AI/TC, f. j. 40.

en consecuencia, normas eficaces por definición, y en ese sentido existentes; también pueden gozar de validez cuando reúnan determinadas condiciones exigidas por el sistema jurídico, pero no ha de ser necesariamente así. Esto significa que determinadas prácticas o usos sociales; en suma que determinados hechos son susceptibles de crear normas, de generar obligaciones (cuando menos, de exteriorizarlas), de manera que quien se aparte de los mismos puede padecer una consecuencia análoga a la que sufriría quien desconoce el mandato contenido en una prescripción legal; tales prácticas o usos reciben el nombre de costumbre o, mejor, de Derecho consuetudinario”⁸¹.

Finalmente, en relación con los elementos que constituyen la costumbre, precisa el TC que estos son “a) Elemento material. Hace referencia a la práctica reiterada y constante, es decir, alude a la duración y reiteración de conductas en el tiempo (consuetudo inveterate). b) Elemento espiritual. Hace referencia a la existencia de una conciencia social acerca de la obligatoriedad de una práctica reiterada y constante; es decir, alude a la convicción generalizada respecto de la exigibilidad jurídica de dicha conducta (opinio iuris necessitatis)”⁸².

4.2.Sobre la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT

En relación con el rango del Convenio 169 de la OIT el TC ha reconocido que “*habiéndose aprobado el Convenio N° 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes*”⁸³.

Ciertamente no es el único Convenio al que se le reconoce esta fuerza normativa, el TC reiteradamente ha reconocido el carácter vinculante y la aplicación inmediata de los Convenios de la OIT⁸⁴. La conclusión es evidente, los derechos de los pueblos indígenas, tiene rango constitucional, es decir son materialmente normas que gozan de la misma fuerza normativa de la Constitución, lo que trae como consecuencia que puedan ser protegidas por los procesos constitucionales, en especial por el amparo, y que se integren al bloque de constitucionalidad. De esta manera, la Constitución viene a ensancharse con los derechos desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos.

4.3.La obligación del juez de tener en cuenta las diferencias culturales

Un punto en el que el TC ha formulado interesantes pronunciamientos es el referido a la obligación de los jueces de conocer la realidad en al que imparten justicia. En efecto, tiene dicho el TC que “*El Poder Judicial, tomando en cuenta el tipo de función constitucional que cumple y la forma en que realiza su cometido (distintos jueces a lo largo de todo el*

⁸¹ Ibídem, f. j. 40.

⁸² Ibídem, f. j. 4.1

⁸³ STC No 03343-2007-PA/TC, f. j. 31.

⁸⁴ Cfr. Alfredo Villavicencio Ríos, “Vinculatoriedad de las normas y pronunciamientos de la OIT en el derecho peruano según el Tribunal Constitucional peruano”, documento no publicado preparado para el Diploma en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

país), debe promover con mayor razón un acercamiento real a la población y un mejor conocimiento de sus problemas. Esto tiene más sentido si se distingue el carácter de pluricultural y pluriétnico del país [...] La diversidad de costumbres, dependiendo del lugar donde se encuentre, añade especial dificultad a la función del juez, puesto que lo obliga a ser necesariamente un miembro más de su comunidad y expresar así mejor los usos y costumbres de su pueblo. No tiene sentido administrar justicia de otra forma. Un juzgador está obligado a saber cuáles son las costumbres de su localidad, qué problema los aqueja, cuáles son sus vivencias, puesto que él resolverá conflictos en ese contexto. Ello será decisivo para que un juez resuelva los casos con conocimiento de la identidad, costumbres, realidades, usos, idioma o dialecto que constituyen la realidad o base del conflicto, evitando así pronunciamientos aislados de personas extrañas”⁸⁵.

Agrega que “el juez debe solucionar conflictos conociendo la realidad de su localidad a través de un contacto directo con ella, elemento imprescindible en el modelo de Estado social y democrático de Derecho, que es de carácter descentralizado. [...] El juez, al resolver un conflicto, debe tener en cuenta no sólo la aplicación objetiva del Derecho, sino la situación concreta de las partes, dentro de una cosmovisión específica en la cual éstas están insertas, tomando en cuenta su identidad, costumbres o idiomas”⁸⁶.

En esa misma línea, el magistrado César Landa en un interesante voto singular ha señalado que “La Constitución Multicultural no debe ser, sin embargo, sólo un marco conceptual que se alimente de la retórica y/o de vacías categorías dogmáticas, sino un principio efectivo contenido en la obligación del Estado de asumir políticas multiculturales adecuadas, y en una especial labor del juez ordinario y constitucional en la resolución de específicas controversias jurídicas. De nada vale que el marco jurídico y la política hayan sido penetrados por esta nueva perspectiva multicultural, si en la aplicación concreta de dicho marco jurídico o al surgir conflictos derivados de políticas multiculturales, el juez ordinario o el juez constitucional no incorporan también dicha óptica en la solución de los casos sometidos a su jurisdicción”⁸⁷.

El TC señala que la interpretación de las disposiciones que integran la Constitución Multicultural “reúne algunas peculiaridades que es menester explicitar en vista de sus significativas implicancias al momento de emprender la labor de concretización –y efectiva protección– de los derechos que aquella comprende”⁸⁸. Agrega que “la tarea consistente en definir en qué podría consistir esa especificidad no puede valerse ya (sólo) de la invocación de otras normas jurídicas, ni mucho menos de alambicadas construcciones teóricas. Antes bien, una circunstancia tal obliga a este Tribunal a asumir un enfoque multidisciplinario conducente a introducir algunos elementos extranormativos a su labor interpretativa con el fin de arribar a una mejor comprensión de la estructura social del grupo (o grupos) de cuyos derechos se trata”⁸⁹.

El Tc también hace referencia a la necesidad de un enfoque culturalmente abierto, de modo tal que “el juez constitucional se mantenga siempre atento a la cosmovisión del grupo

⁸⁵ STC Exp. No 00006-2009-AI, f.j.18 y 19.

⁸⁶ Ibídem, f.j. 19 y 20.

⁸⁷ STC Exp. No 04611-2007-AA, f. j. 10. Voto singular de César Landa Arroyo.

⁸⁸ Ibídem, f.j. 11.

⁸⁹ Ibídem, f.j. 12.

humano titular de los derechos que interpreta y, al mismo tiempo, esté dispuesto a olvidar sus prejuicios e incluso su propia visión sobre el mundo en aras de arribar a una solución equitativa y acorde con el sustrato cultural que la Norma Fundamental reconoce”⁹⁰.

4.4. La simplificación de la legitimidad activa de las comunidades campesinas y nativas en procesos constitucionales

Luego de analizar en un caso concreto de afectación del derecho al honor de una comunidad nativa, como todos los miembros de la comunidad nativa son afectados como titulares del derecho al honor, el TC establece como regla que *“corresponde reconocer, en el presente caso, la legitimidad activa a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados”⁹¹*. En efecto, reconoce la posibilidad de que un solo miembro de las comunidades campesinas y nativas pueda acceder a la justicia constitucional. Esto significa que ya no será necesario sustentar personería jurídica y el mandato de los directivos representantes de la comunidad, todo ello debidamente inscrito y saneado en registros públicos. Este precisa que *“si bien no ha sido planteado de esta forma, también hubiera sido válido que cualquiera de los integrantes de la accionante hubiere interpuesto la presente demanda”⁹²*.

El fundamento estaría en la naturaleza de la titularidad activa de los derechos de tercera generación, como son los derechos culturales. Como señala el TC *“no debe perderse de vista que, en los tiempos actuales, el derecho procesal [...] convive con un sinnúmero de nuevos derechos –singularmente, los de tercera generación– respecto de los cuales resulta difícil o imposible invocar titularidades individuales o personalísimas. Antes bien, derechos como al medio ambiente, de los consumidores, culturales, etc., difieren del resto, precisamente por admitir una titularidad difusa, supraindividual o extendida, en tanto que no pertenecen a nadie en exclusiva, pero sí a todos en general”⁹³*.

Luego tipifica en tres tipos los intereses mercedores de protección jurídica: los intereses colectivos, los intereses difusos⁹⁴ y los intereses individuales homogéneos⁹⁵. En el caso de las comunidades campesinas o nativas estaremos -señala el magistrado Landa Arroyo- ante verdaderos intereses colectivos los cuales *“atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos, cuyos miembros suelen ser fácilmente determinables. Estos pertenecen a un*

⁹⁰ STC Exp. No 04611-2007-AA, f. j. 10. Voto singular de César Landa Arroyo.

⁹¹ STC Exp. No 04611-2007-AA, f. j. 29.

⁹² Ibídem, f. j. 30.

⁹³ Ibídem, voto singular de Landa Arroyo, f. j. 22.

⁹⁴ Los intereses difusos son aquellos que “están referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes. Los miembros de ese conglomerado son indeterminables o de muy difícil determinación pero se encuentran ligados por situaciones de hecho”. Ibídem, voto singular de Landa Arroyo, f. j. 23.

⁹⁵ Finalmente, “los intereses individuales homogéneos aluden a auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. La tutela colectiva de esos derechos descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante. En este supuesto, cada persona afectada en sus derechos en forma individual puede presentar la demanda respectiva. Los efectos de la sentencia alcanzan únicamente a la persona que presentó la demanda. Con todo, el Tribunal Constitucional ha considerado que en determinados casos los efectos de la decisión sobre un caso particular pueden extenderse a otras personas en similar situación, previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un estado de cosas inconstitucional”. Ibídem, voto singular de Landa Arroyo, f. j. 23.

*grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí, o con la parte contraria, debido a una relación jurídica base. En estos casos, puede interponer la demanda cualquier persona integrante de ese grupo, y la sentencia surtirá efectos respecto de todos los demás integrantes de la colectividad que se encuentren en una posición idéntica a la del que ejerció la acción correspondiente*⁹⁶. (Subrayado nuestro)

Luego de ello el TC señala que el honor es un bien colectivo de la comunidad nativa que ha sido afectada por unas declaraciones de un medio de comunicación. Precisa el voto singular que estamos ante intereses colectivos, *“ésta es la naturaleza que adquiere el bien jurídico constitucional que se pretende proteger en el presente caso (derecho al honor), visto claro está desde la propia especificidad cultural de la comunidad indígena demandante*⁹⁷.

Como no están reconocidos los intereses colectivos en el Código Procesal Constitucional *“la tutela del interés colectivo del honor de la comunidad puede ser materializada a través del supuesto de “afectación directa” a que alude el artículo 40 del C.P.Const”*. De tal manera, la propia Comunidad afectada *“en tanto sujeto colectivo con personería jurídica, puede demandar como directamente afectada, tal como efectivamente lo ha hecho, de forma legítima, en el presente caso. Pero, del mismo modo, cada individuo de la comunidad nativa demandante puede pretender la tutela del honor de la comunidad, como “directamente afectado” (teniendo en cuenta, como ya se dijo, la particular cosmovisión de esta comunidad, de acuerdo a la comprensión cultural de la Constitución), aun cuando el interés suyo no sea de carácter personal sino colectivo*⁹⁸. Añade que *“En dicho contexto, en una comunidad indígena, bien puede decirse que el honor representa un bien colectivo, que al ser afectado por un funcionario, autoridad o persona, lesiona tanto al colectivo en sí como a cada uno de sus miembros en tanto integrantes de dicha comunidad. Es por esta razón que creemos que, en el caso de autos, el tipo de interés afectado [...], es uno de carácter colectivo*⁹⁹.

Agrega el voto singular que *“bien puede concluirse, con carácter general, que los intereses atribuibles a las Comunidades en cuanto tales (entiéndase, cuando el acto lesivo afecta los rasgos esenciales de su identidad cultural) pueden ser calificados como intereses colectivos, pues si bien no existe una relación jurídica “oficial” que ligue a cada uno de sus miembros, sí existe entre ellos una relación “social” que, en la práctica, cumple iguales (o más importantes) funciones de organización. En tal sentido, deviene válido interpretar que cualquiera de los miembros de una Comunidad Campesina o Nativa puede interponer una demanda de amparo cuando la afectación de un derecho fundamental compromete la identidad cultural de dicha Comunidad*¹⁰⁰.

4.5.La ponderación entre los derechos culturales y los bienes jurídicos constitucionales

Este es un tema clave y recurrente, pues los derechos de índole cultural usualmente entran en tensión y colisión con los derechos, principios y demás bienes jurídicos constitucionales, dignos de protección. Urge contar con criterios precisos. Sobre el particular el TC ha

⁹⁶ Ibídem, voto singular de Landa Arroyo, f. j. 23.

⁹⁷ Ibídem, f. j. 24.

⁹⁸ Ibídem, f. j. 26.

⁹⁹ STC Exp. No 04611-2007-AA, f. j. 26.

¹⁰⁰ Ibídem, voto singular de Landa Arroyo, f. j. 27.

señalado que si bien el *“Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado”*¹⁰¹.

En otra oportunidad, el TC nos recuerda la necesidad de respetar los derechos constitucionales. En otras palabras, los derechos culturales no pueden constituir pretextos para violar los derechos constitucionales, lo cual se traduce en términos concretos, en la obligación de ponderar siempre cada vez que estemos ante una colisión de derechos. Precisa que *“como no podría ser otro modo, con el mismo énfasis, este Colegiado ha sostenido que la obligación de respetar, reafirmar y promover las manifestaciones culturales (incluyendo, desde luego, el patrimonio cultural), debe desarrollarse siempre ‘dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora’. En tal sentido, no puede permitirse que so pretexto de relevar ámbitos protegidos por nuestra Carta Fundamental, se sacrifique el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental. Hacerlo, implicaría generar un desequilibrio repudiado por la configuración unitaria de nuestro orden constitucional, que reclama la consecución de todo fin constitucional bajo el máximo respeto del principio interpretativo de concordancia práctica”*¹⁰².

En otra oportunidad el TC estableció que *“en cuanto a la costumbre, si bien es cierto que en algunos lugares del territorio peruano, o entre algunas parejas, socialmente se acepta la violencia del marido sobre la mujer, ello no justifica que el Estado recoja esa costumbre por el simple hecho de ser tal, y la plasme legislativamente, porque es deber del Estado y de este Tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez más civilizado y justo. Costumbres que vulneran derechos fundamentales como el de la integridad física y psicológica, el de la igualdad de los seres humanos, el de la dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, deben ser erradicadas de la sociedad por el Estado. La violencia entre marido y mujer, sin importar dónde ocurra, o qué arraigada esté, es siempre violatoria de tales derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, tengan o no cultura, tengan o no educación, tengan o no el peso de una costumbre primitiva y degradante”*¹⁰³.

Finalmente todo ello guarda relación con la tercera obligación del Estado en un Estado democrático Social de Derecho, según la cual el Estado está en la obligación de *“proscribir, desalentar o sancionar aquellos actos que supongan una violación de los derechos fundamentales o cuestionen valores superiores como la igualdad, la tolerancia, el pluralismo y la democracia, o los que pretendan subvertir el orden constitucional”*¹⁰⁴.

¹⁰¹ STC Exp. No 0020-2005-AI, f. j. 99.

¹⁰² STC Exp. No 04677-2004-AA, f.j. 24 y 25.

¹⁰³ STC Exp. No 0018-1996-I, fundamentos jurídicos sin numeración.

¹⁰⁴ STC Exp. No 0042-2004-AI/TC, f. j. 4.

IV. Balance preliminar

Luego de esta sistematización de los pronunciamientos del TC en materia de derechos culturales y de derechos de pueblos indígenas, formularemos algunas impresiones y juicios a manera de balance preliminar.

1. Ausencia de líneas jurisprudenciales consolidadas

Salvo algunas excepciones más que de líneas consolidadas, lo que tenemos en realidad son pronunciamientos sueltos y dispersos por parte del TC y poco desarrollados. En efecto, no estamos ante una sucesión de pronunciamientos uniformes coherentes y consistentes, y que poco a poco han desarrollado una interpretación sobre algún derecho constitucional, en donde podamos identificar por ejemplo una sentencia hito y luego una sentencia fundante¹⁰⁵. En el mejor de los casos se estaría comenzando a construir líneas jurisprudenciales en materia del derecho a la identidad cultural y étnica, en materia de la configuración de las obligaciones del Estado frente a los derechos culturales, en materia de derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas, y en materia de consulta previa sobre pueblos indígenas.

2. Escasos pronunciamientos del TC en materia de Pueblos Indígenas

Pero no solo son pronunciamientos sueltos, sino que llama la atención esta ausencia de más pronunciamientos, a pesar que nuestro país tiene una población indígena que alcanza cerca de la tercera parte de la población general. Cómo entender por ejemplo que Colombia cuya población indígena es cerca del 2 % de la población, tenga cerca de más de una docena de sentencias en sede de la Corte Constitucional de Colombia en materia de derecho a la consulta previa, y en Perú recién en el mes de julio se hayan expedido las dos primeras sentencias.

Todo parece indicar que los Pueblos Indígenas tienen poco acceso a la justicia constitucional. Lo cierto es que los pueblos indígenas subutilizan la justicia constitucional y los diversos procesos constitucionales que ella brinda. Ello preocupa si tenemos en cuenta que ella es la herramienta idónea para resolver disputas entre pueblos indígenas y el Estado, a propósito de la creciente conflictividad socio ambiental de la cual da cuenta la Defensoría del Pueblo, en sus diversos informes y reportes sobre la conflictividad social.

3. Primeros esfuerzos de articulación de la jurisprudencia

No obstante, se advierte dos tendencias en el TC en materia de derechos culturales y de derechos de los Pueblos Indígenas. De un lado esfuerzos por desarrollar conceptos como la Constitución Cultural o la Constitución Multicultural o el Contenido constitucional, que intentan brindar un marco de interpretación de los derechos que pueda articular una interpretación de conjunto, aún cuando con poca claridad y sistematicidad, y por otra parte, pronunciamientos aislados y desconexos, que se agotan en la interpretación de normas específicas muchas veces literalmente.

¹⁰⁵ Diego Eduardo López Medina, El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, 2da edición, Legis, Bogotá, 2006, pág. 164.

4. Ausencia de referencia de la jurisprudencia comparada de Cortes Constitucionales que han tenido avance en el tema

Otro elemento que llama la atención es la ausencia de referencia a doctrina y jurisprudencia comparada de países que tiene significativa población indígena y han atravesado problemas y dificultades similares. Es el caso por ejemplo de Colombia¹⁰⁶ y de Canadá que han hecho avances importantes en temas como la implementación del derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas. En concreto, sorprende que el TC no haya recurrido a la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia tal como lo hace en una variedad de otros temas. Para nadie es un secreto que este tribunal ha tenido un desarrollo en diversas líneas jurisprudenciales, y de manera especial, en el tema de los derechos de los pueblos indígenas.

5. Escasa referencia al derecho internacional de los derechos humanos que desarrolla los derechos de los pueblos indígenas

Asimismo, a pesar que ha quedado clara la fuerza vinculante y más concretamente del rango constitucional del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno¹⁰⁷ y de la jurisprudencia de tribunales internacionales de los derechos humanos¹⁰⁸, sorprende la poca o la reciente recurrencia a las distintas fuentes que en sede internacional, las cuales recogen un cuerpo de derechos de los pueblos indígenas¹⁰⁹. Esto es preocupante toda vez que lo más avanzado en materia de derechos de pueblos indígenas, no está en el derecho constitucional nacional sino en el derecho internacional.

¹⁰⁶ Para una visión de conjunto ver Catalina Botero Marino, Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Revista Precedente, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades. Cali, Universidad ICESI, 2003, págs. 45-87. Sobre la función de la jurisprudencia en el desarrollo de los derechos culturales se puede consultar Juan Pablo Vera Lugo, la jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales, en: Revista [Universitas humanística](#), N°. 62, 2006, págs. 205 y sgts. Un estudio de conjunto sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en materia de derechos de los pueblos indígenas puede ser encontrado en Daniel Bonilla Maldonado, La Constitución multicultural, Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, Bogotá, 2006.

¹⁰⁷ El TC ha precisado que “Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”. (STC Exp. No 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC acumulados, f.j. 25. Asimismo, ver Christian Courtis, Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas por los tribunales de América Latina, en. Revista Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos, Año N° 6, Número 10, Sao Paulo, Junio del año 2009, pág. 58.

¹⁰⁸ El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley 28237) señala que “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. Ver también “En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”. STC Exp. No 00007-2007-PI/TC, f.j. 36.

¹⁰⁹ Ello también es posible gracias a las cláusulas constitucionales de apertura del derecho constitucional nacional al derecho internacional de los derechos humanos. Nos referimos a los artículos 3, 55 y la 4ta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Nos estamos refiriendo fundamentalmente al Convenio 169 de la OIT, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuentes vinculantes¹¹⁰. En menor medida y debido a su fuerza persuasiva a la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, a los informes del Comité de Expertos en Aplicación y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. No olvidemos que el TC ha dicho que el derecho internacional de los derechos humanos es una fuente obligada al momento de precisarse el contenido constitucional de los derechos fundamentales y constitucionales. En efecto, según el propio TC *“el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*¹¹¹.

6. Ausencia de casos complejos que permitan un desarrollo en profundidad con la excepción de los casos sobre derecho a la consulta de los pueblos indígenas

Sin embargo, no toda la culpa es imputable al TC, pues bien sabemos que el TC no puede conocer casos de oficio, ella solo se pronuncia sobre los casos que le presenten. En ese sentido la mayoría de los casos que se le han planteado han sido casos donde los derechos culturales y los derechos de los pueblos indígenas no eran el tema de fondo, lo que ha motivado que estos temas hayan sido abordados de forma tangencial y adjetiva. Recién a partir de la Sentencia recaída en el Exp. No 0022-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama) y posteriormente de la Sentencia recaída en el Exp. No 06316-2008-PA/TC (Aideseq) podemos decir que contamos con casos donde el tema de los derechos de los pueblos indígenas es el tema de fondo.

7. Hay poco desarrollo constitucional de los derechos constitucionales o de rango constitucional que recogen derechos de índole cultural o de pueblos indígenas.

A pesar que los derechos culturales y los derechos de los pueblos indígenas como los demás derechos constitucionales están caracterizados por la existencia de lagunas, de vacíos, de conceptos jurídicos indeterminados y de imprecisiones en su formulación en las distintas disposiciones constitucionales, llama la atención el poco esfuerzo del TC por precisar el contenido constitucional de estos. Si bien existen algunos esfuerzos y avances, son esfuerzos aislados y excepcionales, que no son representativos del conjunto de la jurisprudencia. No podemos olvidar que serán estos desarrollos los que permitirán su implementación y su vigencia.

8. Poca referencia a la bibliografía nacional en la materia

Finalmente, también llama la atención que en la resolución de estos casos el TC ha hecho poco esfuerzo por recurrir a la bibliografía nacional y a los estudiosos y especialistas que a nivel nacional y comparado vienen abordando el tema desde diferentes disciplinas, como la

¹¹⁰ Ver por ejemplo las sentencias en los siguientes casos Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua; Comunidad Moiwana vs. Suriname; Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay; Yatama vs. Nicaragua; López Álvarez vs. Honduras; Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay; Escué Zapata vs. Colombia; Pueblo Saramaka vs. Suriname; Tiu Tojín vs. Guatemala; etc.

¹¹¹ STC No 4587-2004-AA/TC, f. j. 44.

antropología jurídica, la sociología del derecho, la interculturalidad, filosofía del derecho y el propio derecho constitucional. En nuestra opinión, a pesar de los esfuerzos y del nivel de profundización que algunos asesores han hecho en el tema, en términos generales ello evidencia un poco de desconocimiento del tema por parte del TC y sus asesores.

V. A manera de conclusión

El análisis y el desarrollo jurisprudencial de los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país es un tema clave, pues como bien sabemos, a diferencia de la Constitución Política de Colombia, Bolivia y de Ecuador, que reconocen de forma amplia y sistemática un cuerpo de derechos de los Pueblos Indígenas, la Carta Política nacional, elaborada por el fujimorismo, es escueta y muy pobre en materia de derechos de los pueblos indígenas. Es por ello, que el TC se convierte de esta manera en una instancia que puede permitir ensanchar el elenco de estos derechos, a partir de la implementación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

1. BONILLA MALDONADO, Daniel. *La Constitución multicultural*. Bogotá : Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, 2006.
2. BOTERO MARINO, Catalina. *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Cali : Revista Precedente, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades, Universidad ICESI. 2003.
3. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima : PALESTRA, 2008.
4. CARPIO MARCOS, Edgar (coordinador). *Estudios al Precedente Constitucional*. Lima : PALESTRA, 2007.
5. COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas por los tribunales de América Latina*. En: Revista Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos, Año N° 6, Número 10, Sao Paulo, Junio del año 2009.
6. DÍAZ REVORIO, Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid : Editorial Lex Nova, 2001.
7. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2da edición, Bogotá : LEGIS, 2006.
8. MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema jurídico norteamericano*. Madris : Mc Graw Hill, 2001.
9. MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid : Marcial Pons, 2002.
10. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*. Lima : Justicia Viva, 2006.
11. STAVENHAGEN, Rodolfo. citado por *Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*. Costa Rica : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
12. VERA LUGO, Juan Pablo. *La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales*. En: Revista Universitas humanística, N°. 62, 2006.

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL CASO BÉJAR¹¹²

Cruz Silva Del Carpio
Instituto de Defensa Legal

*“A los 17 años, pese a las múltiples operaciones a los ojos, perdí la visión. Esto me afectó muchísimo, es una situación en la que una persona debe pasar por un proceso doloroso (que es el duelo), para luego tomar una decisión: o comprometerse en seguir adelante y luchar contra todas las adversidades para tener una vida normal; o tomar la otra opción, la más fácil, la de segregarse y ser una persona dependiente. Gracias a mis padres y hermanos, y en especial de mi madre, quienes en su momento y hasta ahora me dan su apoyo constante y ánimos para seguir adelante, decidí que debía superarlo y nunca darme por vencido; asumir la discapacidad sin compadecerme, estableciendo como criterio de vida que la angustia jamás soluciona los problemas, sino que los agrava, y que las adversidades y las dificultades son parte de la vida diaria, con las que uno debe aprender a convivir para surgir... luchar siempre por lo que uno cree y cumplir con sus objetivos.”*¹¹³

I. Introducción

Las palabras que son el inicio de este artículo pertenecen a Edwin Béjar Rojas, abogado, egresado con honores de la Universidad San Antonio Abad del Cusco, quien postuló a una plaza de fiscal adjunto provincial del Pool de Fiscales y a quien el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) le dijo “no” cuando solicitó la adopción de medidas necesarias para poder dar el examen escrito (la primera evaluación del proceso de selección de magistrados), a pesar de haber sido declarado apto para el concurso de selección de

¹¹² La presente ponencia ha sido elaborada sustancialmente con las opiniones vertidas en el transcurso del proceso judicial de amparo comentado, la ejecución de la sentencia y la propuesta de reforma reglamentaria del proceso de selección y nombramiento de la magistratura; todas ellas, de autoría de la ponente, pero escogidas y acomodadas para el Congreso de la RELAJU. Los comentarios tomados como base son: *La función judicial y fiscal... ¿son incompatibles?: Un caso que puede marcar un antes y un después* (<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=123>), *El Poder Judicial la vio: Jueza le enmienda la plana al CNM y ordena que evalúe a persona discriminada por ser invidente* (<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=170>), *Informe jurídico sobre la separación de una persona con ceguera, de un proceso de selección y nombramiento de magistrados* (http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc16102009-110544.pdf), *El caso Béjar mitad del camino: lo aprendido y lo que podría venir luego de la sentencia del PJ* (<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=226>), *CNM evalúa al abogado Edwin Béjar: primeros pasos para una selección inclusiva de la magistratura* (<http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=297>).

¹¹³ *Ad portas del fallo de la Primera Sala Civil del Cusco en el caso Béjar: el testimonio del protagonista.* Edwin Béjar Rojas. Justicia Viva mail N° 0365. Puede verse en: <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0365.htm>

magistrados donde postulaba¹¹⁴. ¿Por qué? Porque ni el CNM, su procuraduría, ni la Fiscalía de la Nación (que en el proceso judicial de amparo presentó una opinión señalando que no era posible que una persona con ceguera se desempeñara como fiscal del Pool de Fiscales), incluso abogados y abogadas, ni parte importante de los ciudadanos y ciudadanas que opinaron sobre lo decidido por el Consejo, dieron cabida a la idea de que una persona con ceguera visual pretendiera, ni mucho menos lograra, ser fiscal.

Desde que el Instituto de Defensa Legal – IDL, a través de su programa *Justicia Viva* decidiera ir a contracorriente y apoyar directamente al Sr. Béjar con la presentación de un *amicus curie* en el proceso de amparo que inició el abogado por la vulneración a sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, libertad, proyecto de vida, trabajo y dignidad humana; el asesoramiento directo durante todo el proceso judicial y la presentación de opiniones a las instituciones correspondientes para la ejecución de la sentencia que finalmente le dio la razón; se ha constatado que, en definitiva, hay mucho por hacer para que los derechos de las personas con discapacidad pasen del papel a la realidad. No sólo en el plano jurídico, donde asombraron tanto la actitud inicial adoptada por el CNM como las razones esgrimidas para negarse a tomar el examen a una persona con ceguera, sino también en los planos de la percepción social y el desconocimiento de la realidad de las personas con discapacidad.

Y no sólo desde el CNM, sino también de parte de diversas autoridades del sistema de justicia que entienden erradamente la discapacidad y los deberes que se tiene como Estado

¹¹⁴ “(...) En fecha 14 de julio a las 16:20 horas en el local del Consejo Nacional de la Magistratura en la ciudad de Lima, presenté una solicitud dirigida al Presidente de la Comisión Permanente de Selección y Nombramiento, para que teniendo en cuenta mi discapacidad visual y en aplicación de los ajustes razonables a que tenemos derecho las personas con discapacidad, se me otorguen las facilidades del caso a efectos de que el suscrito pueda rendir el examen escrito a que se contrae el artículo 21 del Reglamento de Concursos, en condiciones de normalidad e igualdad a los demás postulantes en aplicación de la normatividad legal vigente, facilidades del caso relacionadas con la lectura del examen escrito, las que consistirían en **que se autorice que una persona designada por ellos, colabore con el suscrito en la lectura del examen y el marcado de las respuestas conforme a lo indicado por el suscrito, colaboración que sería durante el tiempo programado para el examen; caso contrario, se me otorgue el examen en formato electrónico para que pueda resolverla con la ayuda de una Computadora portátil que cuente instalado el programa lector de pantalla (JAWS), computadora y programa que podrían ser proporcionados por el suscrito;** para lo cual, conforme a lo establecido por la Ley General de la persona con discapacidad Ley N° 27050 cumplí con adjuntar mi certificado de discapacidad, (...)” Fundamentos de Hecho, Antecedente 1.6, del escrito del Sr. Béjar que “Modifica demanda de acción de amparo”, presentado a la Jueza del Tercer Juzgado Civil de la Provincia del Cusco, en el Expediente N° 2009-01890-50-1001-JR-CI-3. El subrayado es nuestro. Sobre este particular, cabe señalar que de acuerdo a la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, los denominados “ajustes razonables” o medidas a adoptar para que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos sin discriminación, tienen como límite el de la desproporcionalidad del ajuste razonable a ser adoptado. Como puede verse, los “ajustes razonables” solicitados para poder llevar a cabo el examen escrito (primera etapa del proceso de selección y nombramiento de la magistratura) no resultaban desproporcionadas o irrogaban un gasto excesivo al Estado.

hacia ella. De otro lado, se constató que es necesario un trabajo jurídico constante de investigación y difusión del estado de los derechos de las personas con discapacidad, incluso en las propias organizaciones civiles de personas con discapacidad.

Teniendo en cuenta este panorama, ¿cómo es que la demanda de amparo del Sr. Béjar prosperó? Podríamos decir, que fue más de un factor el que aportó a esta victoria, que se ha traducido en dos resoluciones judiciales sin precedente alguno y de gran relevancia para los derechos de las personas con discapacidad en el país, cuando de postular a un cargo público se trata. Sin duda, un factor relevante fue la conciencia y la insistencia del propio Sr. Béjar, quien terminó siendo su mejor abogado, y que desde que fue discriminado acudió a todas las instancias que pudieran aportar a su causa, y así hasta la ejecución de la sentencia que protegió sus derechos. Otro factor, el activismo de diversas organizaciones de la sociedad civil, incluidas las de derechos humanos que, enteradas del tema, se pronunciaron públicamente. Otro, las autoridades extra judiciales que atendieron la gravedad del reclamo, y que impulsadas por la insistencia del abogado Béjar (por ejemplo), se manifestaron a través de informes jurídicos sobre el caso y la invitación a los consejeros del CNM al Congreso para explicar los motivos de su decisión. Los medios de comunicación también tuvieron un rol importante al visibilizar el caso y las decisiones judiciales que se tomaron al respecto. Y claro, finalmente, la jueza especializada y los jueces superiores que, dando atención a las razones de derecho del caso y la publicidad del mismo, supieron dejar a un lado prejuicios y emitieron las dos resoluciones que han abierto en el plazo judicial, la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Un factor importante, que se debe rescatar, es la insistencia en la publicidad de la causa judicial, el debate abierto y los puntos sobre las íes en relación a lo que un caso paradigmático como éste significaba para los derechos humanos; más aún, cuando s está a contracorriente.

Este actuar, de “avalancha” e insistencia en la gravedad de la discriminación que sufrió el Sr. Béjar, es una muestra de la conjugación de sociedad civil activa, medios de comunicación y magistrados y magistradas receptoras del debate; en casos de derechos humanos tan debatibles y difíciles como éste. ¿Se tiene que actuar así? Mientras haga falta (y vaya que lo hace), sí. La experiencia aquí reseñada a grandes pinceladas, señala lo que en cierta forma es parte del actuar (o la estrategia) de las organizaciones de derechos humanos. Y sobre el particular, es interesante tener en cuenta la experiencia en otros países, como Argentina, sobre el denominado “litigio estratégico” en derechos humanos, para sistematizar experiencias y tener con mayor claridad los objetivos y los medios para alcanzarlos. Sobre ello, es pertinente lo que señala el Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS¹¹⁵:

¹¹⁵ El CELS es una reconocida organización no gubernamental cuyo trabajo, relacionado a la lucha contra el terrorismo de Estado y la búsqueda de justicia data de los últimos años de la década de los 70s, en plena dictadura militar argentina. Las ideas que señalamos en este apartado, pertenecen justamente a su obra *Litigio estratégico y derechos humanos. La Lucha por el Derecho*. CELS, 1ra. Edición, Buenos Aires, Siglo XXI

- a. importancia de la búsqueda de la protección de los derechos a través de las resoluciones judiciales (donde mucho peso tendrán, por ejemplo, las fuentes de derecho internacionales de derechos humanos),
- b. tener a las resoluciones judiciales como un medio o estrategia para *incidir en las políticas públicas* a fin de que se adecúen a los estándares del derecho internacional de derechos humanos (en este caso, relacionadas a los derechos de las personas con discapacidad). Así, con lo segundo, el litigio judicial se vuelve un medio no sólo para reparar los derechos vulnerados, sino, para “develar y exponer patrones de conducta ilegales y/o estructuras desde las que sistemáticamente se violan derechos humanos (...) también *casos testigo* que cuestionan el contenido, orientación o forma de implementación de una política estatal a la luz de estándares constitucionales o legales. Someter a la consideración de los tribunales los conflictos que están ausentes de la agenda de los poderes políticos es un modo de insertarlos en la discusión pública y otorgarles visibilidad (...). Por último, (...) indaga acerca de los espacios habilitados y clausurados para la satisfacción de mejores estándares de protección y cumplimiento de las reglas institucionales de la democracia.” (CELS, p.17, 18).¹¹⁶
- c. La importancia del trabajo en conjunto con diversos colectivos y asociaciones: “... la posibilidad de que el litigio que se emprende sea también una iniciativa del grupo social que lo demanda, porque allí radica la apuesta de que los derechos se expandan y se aseguren en la arena política democrática. De no ser así, sólo contarían con pequeñas batallas ganadas en el estrecho círculo de los juristas académicos” (CELS, p.18). Este factor, es esencial.
- d. La capacitación en el manejo de los estándares internacionales de protección de derechos humanos, así como el análisis jurídico constitucional que apertura su incidencia en el ordenamiento jurídico nacional. Teniendo en

Editores. Argentina 2008. En: http://www.cels.org.ar/documentos/?texto=la+lucha+por+el+derecho&info=buscador_rs&ids=3&redir=1&mesh=todos

¹¹⁶ Como señala el CELS, es mantener la idea de relacionar las esferas de la justicia con la de la política. “El planteo en el ámbito judicial de conflictos públicos o que trascienden lo individual intenta introducir temas en la agenda del debate social, cuestionar los procesos de definición, los contenidos, sus potenciales impactos sociales y la implementación de políticas de Estado. **En ocasiones, este tipo de litigio busca, ante la omisión estatal, activar procesos de toma de decisión de políticas públicas o impulsar reformas de los marcos institucionales y legales en que éstas se desarrollan.**” (CELS, p.25). El resaltado es nuestro, teniendo en cuenta que, justamente, lo sucedido a raíz del caso del Sr. Béjar y las resoluciones judiciales expedida en su caso, han sido retomadas para impulsar una reforma institucional del reglamento del proceso de selección de magistrados que actualmente el Consejo Nacional de la Magistratura viene promoviendo. Sobre este intento, puede consultarse el Informe Jurídico elaborado por la autora como parte de la línea de trabajo de *Justicia Viva* y alcanzado al CNM, denominado Propuestas para nuevo reglamento de selección de magistrados del CNM, pro derechos de personas con discapacidad. En: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc29042010-192950.pdf

cuenta ello, el litigio estratégico puede aportar a que, dando cuenta de las responsabilidades y obligaciones asumidas por el Estado, se fomenten programas de acciones positivas que aporten a la viabilidad de problemas estructurales (CELS, p. 20)

- e. Tener presente, como elemento imprescindible de la estrategia del litigio en derechos humanos, la fiscalización de la ejecución de la sentencia, pues, como bien señala el CELS, somos “Conscientes de que no se trata de “ganar” casos, sino de efectivizar derechos.” (CELS, p.21).

A continuación, trataremos de condensar para este relato, en qué consistió el caso del Sr. Béjar y su judicialización, los argumentos esgrimidos tanto por el abogado como por el CNM, la constitucionalidad de la medida adoptada por el Consejo, el contenido de las resoluciones judiciales paradigmáticas de la Corte de Justicia del Cusco, las consecuencias de la misma (concretamente, en el caso de la jueza de la primera instancia, la Dra. Nelly Yábar Villagarcía), la ejecución de la sentencia y el impacto que debiera tener las mencionadas resoluciones judiciales en la política institucional del CNM. En este objetivo, trataremos de señalar algunos razonamientos jurídicos que bien pudieran ser tomados para otros litigios de protección de derechos humanos, como el Test de Proporcionalidad, el especial cuidado de motivar en base a la jurisprudencia, la obligación de la magistratura para tomar en cuenta una motivación adecuada de acuerdo a las fuentes de derecho (y lo que en otros casos similares ha indicado la OCMA o el CNM). Punto aparte, es necesario señalar por qué es que se ha privilegiado en cierta forma el análisis jurídico del caso, y la razón, es que éste es la materia prima de trabajo de los jueces, juezas y fiscales, grupo humano cuya importancia muchas veces no trasciende, a pesar de ser ellos y ellas quienes deciden la protección de nuestros derechos y son la llave de apertura o de cierre para la efectividad de lo que instancias supranacionales pueden declarar y disponer en defensa de los derechos fundamentales. En otras palabras, volteemos nuestra mirada al grupo humano de la judicatura. No por nada, diversas especialistas han señalado con razón (como la Dra. Elizabeth Salmón Gárate, experta en derecho internacional humanitario) que es imprescindible el trabajo con ella (capacitación, seguimiento, adecuada carrera judicial, selección de los y las mejores, destitución de los peores, etc.). Como se ha visto en el caso del Sr. Béjar, tener jueces y juezas que respondan adecuadamente a grandes controversias como ésta, ha hecho la diferencia.

II. Magistratura y Discapacidad: ¿incompatibles?¹¹⁷

¹¹⁷ Para resolver el caso, se debe tener en cuenta todas las disposiciones de la normatividad pertinente, nacional e internacional (sobre todo tratándose de un caso sobre derechos humanos), y no sólo algunas, como se vio en el caso de la postura del CNM, que gravemente no hizo referencia para definir su actuación, los estándares de la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad. La normatividad a tener en cuenta, es la siguiente: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU) (en vigencia desde el 3 de mayo del 2008), Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con

discapacidad (en vigencia desde el 14 de septiembre del 2001), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo, C159 OIT Recomendación 168 de 1983, Constitución Política del Perú de 1993, Ley General de las Personas con discapacidad Ley N° 27050, Ley que modifica diversos artículos de la Ley N° 27050 Ley N° 28164, Ley Orgánica del Ministerio Público Decreto Legislativo N° 052 (1981), Reglamento de Organización y Funciones del Pool de Fiscales del Distrito Judicial de Lima Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1202-2009-MP-FN (septiembre del 2009), Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Decreto Supremo N° 017-93-JUS (1993), Ley de la Carrera Judicial Ley N° 29277 (2009), Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura Ley N° 26397 (1994), Reglamento del CNM de concursos para la selección y nombramiento de jueces y fiscales Resolución N° 138-2008-CNM.

El reglamento señalado sobre la Organización y funciones del Pool de Fiscales del Distrito Judicial de Lima es relevante, pues a partir de él se puede concluir que en principio no se contrarían las funciones de este cargo con el que una persona no pueda ver (artículo 13 del mencionado Reglamento): a. Velar por el estricto respeto de los Derechos Humanos consagrados en la Constitución Política de Estado; b. Garantizar el derecho de defensa de los investigados y víctimas; c. Velar por el estricto cumplimiento en los plazos de investigación o detención, conforme al marco constitucional; d. Velar por que las diligencias policiales se realicen con las formalidades que la ley establece; e. Conducir desde su inicio la investigación preliminar, velando por el estricto cumplimiento de las instrucciones generales impartidas por la Fiscalía de la Nación y específicas del Fiscal Provincial competente; f. Participar en la recepción de manifestaciones de los intervenidos y de aquellas personas que tengan relación directa o indirecta con los hechos que investigan; g. Participar por disposición del Fiscal Provincial competente, en los operativos que se programen; h. Presentar semanalmente un informe documentado al Fiscal Provincial Coordinador sobre las diligencias realizadas y al Fiscal Provincial competente sobre los operativos en los que ha participado, adjuntando copia de las actas correspondientes.

Veamos, por otro lado, alguna experiencia comparada sobre medidas que se han estado diseñando y que bien pueden aplicarse para este caso, como por ejemplo el Reino Unido y su “Ley sobre discriminación por motivos de discapacidad (Disability Discrimination Act), de 1995, que trata sobre la obligación de los empleadores de realizar ajustes y señala algunas medidas que se podría tomar (De: “*De la exclusión a la confianza*” *Manual para parlamentarios (N° 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Página 66):

- a. Efectuar ajustes en los locales,
- b. **Asignar algunas de las funciones de la persona con discapacidad a otra persona,**
- c. Trasladarla para ocupar una vacante,
- d. Modificar su horario de trabajo,
- e. **Asignarla a un lugar distinto de trabajo,**
- f. Permitirle que se ausente durante horas de trabajo con fines de rehabilitación, evaluación o tratamiento,
- g. Impartirle capacitación, o disponer que se le proporcione;
- h. **Adquirir o modificar equipo;**
- i. Modificar las instrucciones en los manuales de consulta;
- j. **Modificar los procedimientos de examen de ingreso o de evaluación;**
- k. **Proporcionar un lector o intérprete;**
- l. Proporcionar supervisión.” El subrayado es nuestro.

Al abogado Edwin Béjar, luego de haber sido declarado “apto”¹¹⁸ en el concurso de selección Macro Región Sur 002-2009 que llevó a cabo el CNM, se le comunicó que por motivo de su discapacidad (ceguera) se le excluía, “porque para el cargo se requería de una persona con todos sus sentidos, capaz de verificar *in situ* un caso en particular” (así lo habría manifestado el Presidente del CNM de entonces, de acuerdo a *Radio Capital*). El CNM, entidad que selecciona, ratifica y destituye magistrados(as) a nivel nacional, señaló como uno de sus argumentos el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; dispositivo legal que, derogado por la Ley de Carrera Judicial (noviembre del 2008), señalaba: “**Artículo 177.-** Requisitos comunes para ser Magistrado. Son requisitos comunes para ser Magistrado: (...) 5.- No ser ciego, sordo o mudo, ni adolecer de enfermedad mental o incapacidad física permanente, que le impida ejercer el cargo con la diligencia necesaria. (...)”¹¹⁹. ¿Lo que hizo el CNM fue diferenciar (lo que es permitido) o discriminar (lo que está absolutamente prohibido)?

Como argumento práctico, se encuentra el derecho de todo(a) justiciable al adecuado funcionamiento del sistema de justicia. Con esto, no se pretende decir que el mismo sería inadecuado si es que es ejercido por personas con discapacidad. Lo que pretendemos recoger, es la preocupación (explicable, mas no justificable), de quienes señalan si es que todas las diversas diligencias que un fiscal debe realizar pueden ser llevadas a cabo, adecuadamente, sin tener el sentido de la vista. ¿Es, entonces, realmente posible ello? Queda claro que para quien debe resolver dictámenes y manejarse entre documentos, el no ver no sería tanto un impedimento insalvable. ¿Queda esto igualmente claro cuando, además, se debe salir a hacer diligencias u operativos? Sobre el argumento jurídico que ayudó a definir si es o no constitucional la actuación del CNM, se ponderaron los diversos bienes jurídicos que estaban en juego, de acuerdo al principio de concordancia práctica (ya que ningún derecho fundamental es absoluto), a través del Test de Proporcionalidad, que por cierto se aplica en cada caso concreto y consiste en: (i) analizar si los bienes jurídicos tienen la misma jerarquía, (ii) el examen de idoneidad, (iii) el examen de necesidad y (iv) el examen de proporcionalidad, propiamente dicho.

Sobre lo primero, cabe decir que nos encontramos ante diversos derechos y bienes que tienen la misma jerarquía constitucional, pues todos están previstos en la Constitución. Por un lado, el derecho y principio de la igualdad y no discriminación (Artículo 2: "Toda

¹¹⁸ De acuerdo al Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales, Resolución N° 138-2008-CNM, la declaración de “Apto” hace referencia al cumplimiento de requisitos generales y específicos, como declaraciones juradas de no estar postulando a otro concurso, de no tener impedimento para postular por razones de consanguinidad, de no haber sido sancionado(a) con suspensión o destitución por el Colegio de Abogados, etc.; así como (numeral f) “Certificación expedida por un centro oficial de salud de no adolecer de incapacidad física permanente que le impida ejercer la función, el misma que debe estar acreditada por un profesional competente.”

¹¹⁹ ¿Esta norma, actualmente derogada, significaba que de ser ciego o ciega (de acuerdo al caso en concreto), el o la postulante quedaba automáticamente fuera del concurso de selección? Particularmente, se ha de decir que no, pues este dispositivo, del que además no se desprende ese “único” significado; debiera interpretarse de acuerdo a normas internacionales que exigen respeto al derecho fundamental a la igualdad.

persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole."), el derecho al trabajo, el proyecto de vida. Asimismo, tenemos el principio de inclusión (artículo 59) y el deber del Estado de defender a la persona humana y el respeto de su dignidad (artículo 1), deber que se condice con la obligación general e internacional del Estado de respetar y *garantizar* el libre y pleno ejercicio de derechos y libertades (artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH¹²⁰, de manera general; y de forma muy particular en los artículos 8 y 27 de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Dicho deber señala que el Estado tiene la obligación de hacer todo lo posible (dictar normas, implementar procesos o mecanismos, etc.) para que los derechos sean ejercidos por todos y todas, incluyendo las personas con alguna discapacidad. Recordemos lo que ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre lo que implica tal artículo 1.1 de la CADH:

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (28 de julio de 1988)

“Esta obligación **implica** el deber de los Estados partes de **organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras** a través de las cuales se **manifiesta el ejercicio del poder público**, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” (El subrayado es nuestro... y ojo, el CNM forma parte de la estructura del Estado).

Siendo los derechos y bienes jurídicos en juego, de la misma jerarquía (constitucionales), tocó analizar si la medida del CNM, de excluir a quienes no pueden ver del concurso de selección, es idónea -es decir, efectivamente "sirve para"- para alcanzar el bien que se busca proteger (en este caso, el adecuado servicio de justicia). La pregunta no se resuelve sola, ya que para responderla se requiere un examen que defina si la discapacidad en el caso concreto interfiere con el adecuado servicio de justicia. Supongamos, que la respuesta sea que, efectivamente, tal medida de separación es idónea. Lo que sigue ahora, es analizar si esta medida, que al parecer es idónea para el fin buscado (proteger y asegurar el adecuado servicio de justicia), es también necesaria (examen de necesidad). Aquí, es preciso dar cuenta que la medida de separar inmediatamente a un postulante por ser ciego, no es absolutamente necesaria, porque hay otras formas o medios en que las personas que no pueden ver también pueden desempeñar la función de magistrado(a). La realidad nos muestra que sí existen otras medidas que hacen posible proteger el adecuado servicio de

¹²⁰ **Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Obligación de Respetar los Derechos**
1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a **respetar los derechos y libertades** reconocidos en ella **y a garantizar su libre y pleno ejercicio** a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación** alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. (*El subrayado es nuestro*)

justicia y que el magistrado sea una persona que no pueda ver, a la vez: por ejemplo, en Brasil¹²¹. Ciertamente es que se ha echado mano al recurso (por ejemplo) del asistente para la lectura de los documentos; pero recordemos que todo magistrado para ejercer su trabajo requiere de un grupo humano. En todo caso, lo que el magistrado que no puede ver necesite, el Estado debiera proporcionárselo, de acuerdo al concepto de los denominados “ajustes razonables” que la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad señala, la misma convención que está vigente para el Perú desde mayo del 2008.

Entonces, la medida de separar al postulante que no puede ver, a fin de preservar el adecuado servicio de justicia, *no es necesaria*, pues *existen otras formas* de concretizar ambos derechos a la vez, además de ser un mandato expreso de una convención internacional de derechos humanos, la misma que de acuerdo a la Constitución debe interpretarse conjuntamente para conocer del contenido de los derechos humanos y las obligaciones del Estado. Por esto, la decisión adoptada por el CNM fue inconstitucional. Y aunque ya no cabe realizar el examen de proporcionalidad propiamente dicho de la medida que adoptó (es decir, si la restricción a los derechos nombrados en el caso concreto es proporcional al beneficio que se conseguirá en el otro bien jurídico que se busca proteger), cabe decir que aquélla sacrifica en mucho, desproporcionalmente, los otros derechos en juego (el proyecto de vida, al trabajo, al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, el derecho-principio de la dignidad humana, etc.). Esta conclusión está acorde también con el principio *pro personae*, por el que se debe interpretar las normas de tal forma que se beneficie el ejercicio de los derechos.

El caso, cabe resaltar una vez más, tuvo la perspectiva de “marcar un antes y un después” para el sistema de justicia y por supuesto, para el derecho de las personas con discapacidad de acceder a la función pública que hayan escogido: porque podía variar la postura inicial del CNM en relación a casos futuros (desde la evaluación de si “x” discapacidad imposibilita al o la postulante a ejercer la función, hasta la implementación de fórmulas para que personas con discapacidad sensorial puedan rendir sin desventajas las diversas etapas de los concursos de selección (como el examen escrito y la entrevista oral). Y porque nacía la oportunidad de establecer en materia de derechos de las personas con discapacidad,

¹²¹ Ver la noticia “Brasil nombra por primera vez a juez ciego”, en: <http://www.primerahora.com.mx/index.php?n=15360> . Ver también “Por falta de libros en braille para estudiar, fiscal ciego puede perder su puesto”, en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4139836> Otro caso es el del fiscal Gustavo León García, que lleva 16 años en la Fiscalía, en Medellín – Colombia (<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4139836>), con “procesos de violencia intrafamiliar, hurtos e inasistencias alimentarias” (funciones que coinciden con las que hemos nombrado líneas arriba). Su asistente Samari Campuzano, quien le lee los procesos “a la espera de las instrucciones del fiscal García para luego presentarlas a los jueces”, creyó en un inicio que la labor iba a ser muy difícil, pero “ha demostrado que es capaz de ejercer como fiscal sin problema”. En la información de *El Tiempo*, se señala que este fiscal, a los tres años de su labor, “fue desterrado por las Farc tras un operativo que coordinó para la incautación de armas y dinero de ese grupo guerrillero.”

separando las aguas no sólo en el debate jurídico, sino también en las percepciones y prejuicios sociales.

III. La decisión de la primera instancia

“Que **“se le tome un examen escrito al demandante (...) y conforme sea el resultado de éste incorporar al demandante al indicado proceso de selección (...)”**, fue la trascendente decisión de la jueza Nelly Yábar Villagarcía, del Tercer Juzgado Especializado en lo Civil del Cusco, en la demanda de amparo presentada por el Sr. Béjar¹²². Y sus tres argumentos centrales fueron: (i) la norma que es aplicable al caso (¿la Ley Orgánica del Poder Judicial, o la Ley de Carrera Judicial?), (ii) lo irrazonable de la justificación del CNM cuando indica que ante la solicitud del Sr. Béjar para que se le otorguen las facilidades necesarias -como una persona auxiliar que marque las respuestas y así pueda rendir el examen escrito teniendo en cuenta su invidencia- el Consejo respondiera que “el examen escrito es personal”; y (iii) las funciones que realiza un fiscal y que pueden adecuarse en este caso.

Sobre la norma aplicable al caso, se señaló que las personas con discapacidad pueden participar de un proceso de selección de magistrados toda vez que: (a) la norma aplicable es la Ley de Carrera Judicial, que entró en vigencia el 7 de mayo de este año y que sí permite la participación de las personas con discapacidad, (b) el plazo de inscripción para el concurso de selección 002-2009-CNM “Macro región Sur” fue del 6 de mayo al 12 de junio, y (c) la Ley de Carrera Judicial que permite la participación de las personas con discapacidad en los procesos de selección de magistrados derogó la norma pertinente de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no lo permitía. Sobre la justificación del Consejo, cuando indica las razones de por qué no ofreció la asistencia de un auxiliar para que ayudase a marcar las respuestas del examen escrito al Sr. Béjar, señalando que “el examen es personal”; la jueza evidencia la obvia irrazonabilidad de este juicio, indicando de la mejor forma que: “No tomar en cuenta lo dicho, en función de la discapacidad visual del demandante, implica hacer una interpretación muy literal, por tanto insuficiente, del artículo 32 de reglamento de concursos de la entidad demandada, dejando de lado que ello –en el caso del demandante– es perfectamente salvable (...)” (Considerando Décimo Octavo).

El principal argumento del Consejo, fue la incompatibilidad de la invidencia con la “función primordial” del fiscal: participación en diligencias con constataciones, incautaciones, operativos inopinados, levantamiento de cadáveres, exámenes de pruebas, etc. Aquí, señalando cuál es *la totalidad* de las funciones fiscales y siguiendo la lógica de los llamados “ajustes razonables” que todo Estado debe hacer para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, el fallo indica que:

¹²² La sentencia de primera instancia del caso puede ser consultada en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc12112009-094525.pdf

“... nótese que se dice, refiriéndose a los Fiscales Provinciales del Pool de Fiscales ‘tienen como función primordial asistir a las Fiscalías que soportan mayor carga, como son las Penales y las de Prevención del Delito’, sin (sic) consideramos que asistir es ayudar, no implica que eso sea reemplazar y que además se dice ‘por lo que entre las funciones más importantes que le tocaría desempeñar al doctor Béjar Rojas en caso de ser nombrado magistrado, se encuentra la participación en diligencias como constataciones, incautaciones (...)’, admitiendo de que **debe haber otras funciones que muy bien podría cumplir un invidente, como por ejemplo, el análisis del caso objeto de investigación, el planteamiento de hipótesis sobre la forma de cómo habrían ocurrido los hechos y de cuáles habrían sido los móviles de un delito, por ejemplo, o preparar el caso, organizar el material probatorio e incluso preparar documentos de ayuda para sustentar los pedidos fiscales en el marco de la investigación preparatoria ante el Juez de la Investigación o de Juzgamiento**, todo ello en un contexto de lo que representa un trabajo en equipo, como el que parece gobierna hoy en día la responsabilidad fiscal.” (Considerando Vigésimo. El resaltado es nuestro).

Y por ello, concluye que “**no existe razón suficiente para haber negado al demandante la posibilidad de dar un examen escrito** en el marco de la convocatoria que nos ocupa sobre todo si el control absoluto del examen y su operatividad le corresponden al Consejo Nacional de la Magistratura (...)”. Lo relevante de esta explicación, además (y si nos damos cuenta) es que la jueza se pone en el supuesto extremo en que se podría dudar si una persona invidente, puede o no, realizar la función fiscal: las labores de uno designado a apoyar en una fiscalía penal. A ello, hay que sumar que si bien el Sr. Béjar postuló al Pool de Fiscales, la posibilidad de que sea asignado a un despacho penal era una de varias, pues también en el Pool hay fiscales designados a fiscalías de familia, por ejemplo.

Es necesario señalar que se extrañó el que no se evaluara el caso desde la Constitución, desde la Convención Americana de Derechos Humanos o desde la Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad (que es la que más concretamente ayuda a resolver el caso, la misma que debemos tener en cuenta de acuerdo con las fuentes del derecho de nuestro ordenamiento jurídico); o que no se aplicara de forma evidente el Test de Igualdad, muy pertinente en estos supuestos de hecho. En todo caso, es importante incorporar y seguir este razonamiento en el debate para tener el panorama completo de por qué ha sido un acto de discriminación la separación que el CNM realizó. Además, es preciso señalar que si el concurso de selección ya hubiere culminado, el artículo 1 del Código Procesal Constitucional indica que atendiendo al agravio producido, la jueza puede “declarar fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las

medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda”. En ese supuesto (que el concurso haya culminado), la lógica de la protección de los derechos humanos de nuestra Constitución y la obligación del Estado de reparar el daño producido, nos hace concluir que el CNM debería igualmente evaluar al postulante con un nuevo cronograma, por ejemplo.

En este debate, es preciso traer a colación la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas que entró en vigencia el 3 de mayo del 2008 y de la que el Perú es parte. Como primer punto relevante, está la declaración de que no son nuevos derechos u otros de los ya existentes, sino los mismos; y que no obstante, esta Convención es necesaria justamente para declarar y hacer evidente que las personas con discapacidad tienen esos mismos derechos que por causas históricas, estructurales, esquemas mentales y prejuicios sociales, le han sido negados¹²³. Entre esos derechos, está, por ejemplo (y en relación al caso del Sr. Béjar) el acceso al trabajo y a la función pública como parte integrante del derecho a la participación en los asuntos de la sociedad. Estos derechos, se entroncan con uno que, además, es un principio institucional del Estado de Derecho: el principio-derecho a la Igualdad. Y como segundo punto principal de esta Convención ONU, está la reiterada explicitación de la obligación y responsabilidad del Estado (de toda la estructura del Estado, de la que forma parte el Consejo Nacional de la Magistratura) de tomar todas las medidas necesarias para hacer realidad la inclusión. Aquí, la Convención refiere el concepto de los “ajustes razonables” como: “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 2). De acuerdo a esta disposición el CNM, en lugar de separar de plano al Sr. Béjar del concurso acotando que no puede ver y que ello le imposibilita realizar los encargos de la función de la plaza a la que postulaba, **debió hacer los llamados “ajustes razonables”** y no caer en un acto de discriminación por motivos de discapacidad, que la Convención conceptualiza como: “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos

¹²³ En “*De la exclusión a la confianza*” *Manual para parlamentarios (Nº 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Naciones Unidas, Naciones Unidas – Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Unión Interparlamentaria. Ginebra, 2007; se señala expresamente que:

“La decisión de añadir un instrumento universal de derechos humanos específico para las personas con discapacidad tuvo su origen en el hecho de que, a pesar que teóricamente pueden acogerse a todos los derechos humanos, a las personas con discapacidad se les siguen negando en la práctica los derechos básicos y libertades fundamentales que la mayor parte de la gente da por sentados. En el fondo, la Convención garantiza que las personas con discapacidad disfruten de los mismos derechos que todos los demás y puedan llevar una vida como ciudadanos de pleno derecho que les permita contribuir valiosamente a la sociedad si se les conceden las mismas oportunidades que a los demás.” Página 4-5. El subrayado es nuestro.

político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (artículo 2).

Ahora, cabe preguntarse si es que era jurídicamente posible que se haya tenido un resultado diferente a lo decidido por la jueza Yábar. El Derecho es interpretable de acuerdo a ciertos fines y principios rectores de lo legislado, y una u otra interpretación debe estar debidamente motivada. En esa idea, cabe señalar que existen más razones que avalan la decisión de la jueza.

Una de ellas, es que el Poder Judicial tiene la función de defender el ejercicio y goce de los derechos humanos, a través de la limitación del poder estatal como de particulares. Sobre esta función-obligación de los jueces, juezas y fiscales, la Corte Interamericana se ha referido al llamado “control de Convencionalidad”; es decir, la obligación de tener como parámetro de interpretación a la Convención Americana sobre Derechos humanos (y similares normas, como la Convención ONU), y de hacer que sus disposiciones se concreten en la realidad (es decir, procurar su efecto útil).

“124. La Corte es consciente que **los jueces y tribunales internos** están **sujetos al imperio de la ley** y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. **Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana**, sus jueces, como parte del aparato del Estado, **también están sometidos a ella**, lo que **les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin**, y que **desde un inicio carecen de efectos jurídicos**. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana** sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe **tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana**, intérprete última de la Convención Americana.” Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El subrayado es nuestro.

“180. **La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes**, a saber: **i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza** que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, **y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (...)**. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos

internacionales en cuanto a **la labor de los operadores de justicia**, debe realizarse a través de lo que se denomina **“control de convencionalidad”**, según el cual cada juzgador debe **velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales**, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos (...).” Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de Agosto del 2008. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) El subrayado es nuestro.

Es tan importante este “efecto útil” de las disposiciones de las convenciones que declaran, protegen y garantizar los derechos humanos, que no acatarlas generan responsabilidad internacional del Estado. Y es por ello que, también, no tener en cuenta las convenciones y normas de derechos humanos, a pesar de su importancia y la fuerza jurídica que tienen en nuestro sistema de fuentes del Derecho (recordemos, por ejemplo, la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), acarrea incluso responsabilidad disciplinaria. Así se ha señalado en el denominado “Caso El Frontón”, cuando la Oficina de Control de la Magistratura se preguntó sobre el por qué no se motivó adecuadamente la razón por la que no se tuvo en cuenta las disposiciones los tratados de derechos humanos, así como un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“Dicho lo anterior se tiene en el caso de autos que la legislación anterior dada por el artículo 210° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (vigente al momento que se cometieron los hechos del Nuevo Reglamento), el término de la sanción de Suspensión a imponerse al Magistrado Malzón Urbina La Torre ha de ser menos que la que corresponda a los Magistrados Avila León de Tambini y Egoavil Abad; por cuanto éstos último resolvieron el Hábeas Corpus, sin una adecuada argumentación jurídica, siendo su **motivación notoriamente insuficiente**, pues **no realizaron ningún tipo de análisis y aplicación de instrumentos internacionales que integran nuestro derecho interno** para revocar la Sentencia, cuando la situación lo ameritaba; en tanto que el Magistrado Malzon Urbina la Torre, sí expone argumentos y razones para sustentar su decisión, haciendo mención incluso al Estatuto de Roma, centrandó su análisis en establecer porqué a su criterio el delito denunciado no revestía la calidad de delito de lesa humanidad; advirtiéndose no obstante, del tenor de su Voto dirimente, se aprecia una **motivación insuficiente** ya que exhibe cierta **inconsistencia en cuanto a los Tratados internacionales, omitiendo asimismo, pronunciamiento expreso, sobre las razones por las cuales el Fallo obligatorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Durand y Ugarte vs. Perú) no era aplicable al Hábeas Corpus** formulado por Teodorico Bernabé Montoya; motivo por el cual, se le

debe imponer la sanción pero con un quantum prudencialmente menor al de su coinvestigados”. Investigación N° 0042-2008-LIMA. Resolución número cincuenta y dos, de fecha doce de junio del 2009. Fundamento décimo sétimo. Algunos resaltados son nuestros.

IV. La decisión de la segunda instancia judicial

La resolución de la Primera Sala Civil del Cusco, que avaló en lo esencial la decisión de la primera instancia, tuvo como aportes jurídicos en su razonamiento, los siguientes:

- a. **Sobre lo que ha señalado en el derecho comparado colombiano en esta materia:** “La Corte Constitucional de Colombia, al resolver un tema de discriminación vinculado al derecho de familia (testigos discapacitados como ciegos y sordos para la celebración de un matrimonio), en coherencia a los postulados de la normativa supranacional (...) ha indicado que si bien se autoriza un tratamientos diferenciado a las personas con dichas discapacidades, ello se realiza con la finalidad de que el Estado les brinde una protección especial, más no con el insano propósito de marginarlos del mundo jurídico(...)”.(El derecho constitucional a la igualdad y a no ser discriminado, respecto a la apelación de la sentencia. Consideraciones del fallo) (El subrayado es nuestro).
- b. **Sobre la negatividad de “evaluar” a priori a las personas con discapacidad:** “En todo caso, la determinación del "impedimento" o "imposibilidad" para ejercer el cargo, por la causa de ser invidente, al que aludía el artículo 177 LOPJ -o alude el artículo 4.6. LCJ-, no debían ser establecidos *a priori*, sino durante el proceso del concurso en general, como por ejemplo, en la fase de entrevistas, donde los integrantes del CNM pudieron haberse formado un juicio más cabal sobre las competencias del demandante” (El derecho constitucional a la igualdad y a no ser discriminado, respecto a la apelación de la sentencia. Consideraciones del fallo).
- c. **Sobre la obligación del CNM de guiar su actuación por criterios constitucionales:** “Si dicho reglamento, no estaba adecuado a los estándares de la normativa -principalmente- supranacional, que rechaza la discriminación, el CNM estaba en la obligación de integrarlo aplicando los principios consagrados para el debido proceso, lo que se realiza cuando existe vacío o deficiencia en la norma; o de realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad que exigían las circunstancias, cuyas pautas han sido establecidas de modo amplio por el TC” (El derecho constitucional a la igualdad y a no ser discriminado, respecto a la apelación de la sentencia. Consideraciones del fallo) (El subrayado es nuestro).
- d. **Sobre la debida motivación en las decisiones del CNM y la consideración de criterios que señala la normatividad supranacional:**

“El CNM al excluir al demandante del concurso en referencia, no ha explicado adecuadamente en que consistían las razones objetivas y razonables. Esto permite concluir que la razón invocada constituye un típico caso de una motivación aparente (aplicable también al procedimiento administrativo), pues la sola expresión de que se trata de un invidente, sin haber verificado si realmente se encuentra "impedido" o "imposibilitado", no justifica plenamente dicha decisión (...)” (El derecho constitucional a la igualdad y a no ser discriminado, respecto a la apelación de la sentencia. Consideraciones del fallo) (El segundo subrayado es nuestro).

- e. **Sobre la reparación del derecho fundamental vulnerado:** “La consecuencia de dicha declaración, siguiendo la finalidad del proceso de amparo (fundamento "2.3."), es la restitución al estado anterior de la violación al derecho de igualdad y no discriminación del demandante, que en el caso concreto es disponer al CNM habilite fecha y hora para que rinda su examen escrito; y de aprobar el mismo, continúe con las demás etapas del concurso, con las consecuencias respectivas; propósito para el que deberá revocarse en parte el fallo de la sentencia apelada” (El derecho constitucional a la igualdad y a no ser discriminado, respecto a la apelación de la sentencia. Consideraciones del fallo).
- f. **Sobre la sustracción de la materia:** “La determinación que precede, precisamente, enerva la posibilidad de declarar una eventual "sustracción de la materia", pues en tanto existan plazas vacantes en dicho concurso, las posibilidades del demandante para rendir sus evaluaciones se mantienen intactas(...).”(El derecho constitucional a la igualdad y a no ser discriminado, respecto a la apelación de la sentencia. Consideraciones del fallo) (El subrayado es nuestro).

Así, parte de la decisión del fallo fue como sigue:

“REVOCARON la misma sentencia, en el extremo del fallo que ORDENA, sin paralizar la secuencia del proceso de selección, se le tome un examen escrito al demandante...(sic); y conforme al resultado de éste, incorporar al demandante al indicado proceso en el estado en que se encuentre y si acaso ya se hubiera fijado la fecha de entrevistas, se le brinde también la posibilidad de ser entrevistado, previa calificación de su hoja de vida.-

Reformando dicho extremo, **DISPUSIERON** que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), habilite fecha y hora para que el demandante Edwin Romel BEJAR ROJAS, en calidad de postulante del Concurso Público de selección y nombramiento de Jueces y Fiscales, materia de la Convocatoria descentralizada No. 002-2009-CNM, rinda su examen escrito; y de aprobar el mismo, continúe con las demás etapas del concurso, con las consecuencias respectivas de dicha convocatoria.-

DISPUSIERON en virtud a la 4DF del Código Procesal Constitucional, la publicación de la presente sentencia; y LOS DEVOLVIERON. (...)”

Es de particular relevancia los dos fundamentos de voto presentados por el juez superior Wilber Bustamante Del Castillo y la jueza superior Miriam Helly Pinares Silva (ambos, en relación al voto emitido por el juez superior Vicente Amador Pinedo Coa, ponente del caso), en tanto que profundizan la reflexión constitucional. Algunas de sus consideraciones fueron: (i) la doble dimensión del principio-derecho a la igualdad y su naturaleza de *ius cogens*, (ii) la necesidad de un justificante objetiva y razonable para el trato diferenciado, (iii) el desarrollo del Test de Igualdad (la intervención en el principio de igualdad, la intensidad de la misma, la finalidad del tratamiento diferenciado, el examen de idoneidad o adecuación, el examen de necesidad y el examen de proporcionalidad); (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad, (v) la consideración sobre los efectos cancelatorios o no de las etapas de un proceso de selección (en un caso como éste, sobre vulneración de los derechos fundamentales como el de igualdad), (vi) criterios concretos para considerar o no como irreparable una vulneración a derechos fundamentales (como por ejemplo, que las plazas a las que se postulaba no fueron ocupadas, la no generación de afectación a los derechos de los demás postulantes de decidirse por que se le evalúe a la persona discriminada, la imposibilidad fáctica de ejecutarse la evaluación, lo que significa para el grupo excluido –las personas con discapacidad– la vulneración de sus derechos; la imposibilidad fáctica, la imposibilidad jurídica), (vii) la obligación de interpretar las normas de acuerdo a la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, (viii) la causa de la discapacidad como un deber a ser asumido por la sociedad y no por el individuo, (ix) que las medidas a ser adoptadas por el Estado no deben ser consideradas excesivas o desproporcionadas, (x) la discriminación positiva.

V. Algunas consecuencias de la decisión

Judicialmente, la acción del CNM no se hizo esperar, y en un primer momento ante la sentencia de primera instancia de la Dra. Nelly Yábar Villagarcía (jueza provisional a cargo del Tercer Juzgado Civil del Cusco) el Procurador del Consejo presentó una queja (solicitando la declaración de responsabilidad disciplinaria) en contra de la jueza, así como una denuncia por prevaricato (responsabilidad penal) ante la Fiscalía. Este hecho, ocasionó el reclamo de instituciones defensoras de derechos humanos como el IDL, la Vicaría de Sicuani, Aporvidha y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, además de una carta abierta dirigida al Consejo donde se indicaba la importancia sin precedentes de la decisión adoptada, que además dice bien de la judicatura, y de donde “se desprende cuáles son los fundamentos que han motivado en esencia su decisión, lo que evidencia que no ha incumplido con su deber de motivación y mucho menos que ha incurrido en prevaricato; más aún cuando lo que está en juego es también la interpretación constitucional a la que todo juez y toda jueza está obligada de acuerdo a la Constitución. En todo caso, en el supuesto de no estar de acuerdo con la decisión dada por el órgano jurisdiccional, lo pertinente es una legítima crítica a la resolución judicial y la presentación de los recursos

pertinentes en el proceso, lo que en efecto sucedió.”¹²⁴ Posteriormente, la reacción del Consejo tomó un nuevo rumbo, y decidió en la sesión de fecha 8 de abril del 2010 desistirse de la queja presentada así como no impulsar la denuncia de prevaricato¹²⁵; quedando sí en curso un proceso de amparo que, de lo que se conoce, buscaría buscar más explicaciones sobre la decisión adoptada por la juez Yábar. Cabe precisar, que la jueza está *ad portas* de presentarse al proceso de ratificación que se da cada 7 años de labor jurisdiccional, y donde se decide si el juez, la jueza o el fiscal permanece o no en el cargo teniendo en cuenta la calidad del desempeño realizado. Evidentemente, se configura por lo reseñado aquí en torno a la jueza una situación especial, por la que habrá que fiscalizar y estar atentas que su decisión en este caso no afecte perjudicialmente su proceso de evaluación.

VI. La ejecución del fallo

El Consejo Nacional de la Magistratura, a pesar de haber sostenido desde un inicio su disconformidad con la evaluación a una persona con ceguera para el cargo de fiscal del Pool de Fiscales, procedió de acuerdo a derecho y ejecutó la sentencia. Y si bien al inicio se abrió el debate sobre cómo hacerlo, finalmente se ciñó a lo señalado por la resolución de segunda instancia, de acuerdo al derecho fundamental de ejecución de las sentencias, parte integrante del derecho de acceso a la justicia. Para ello, previamente el Consejo se reunió con el Sr. Béjar y representantes de la Defensoría del Pueblo a fin de incorporar sus opiniones y salvar sus preocupaciones. La ejecución del fallo, es importante decirlo, se dio en un ambiente de cambio de la composición del Consejo (ingresaron dos nuevos consejeros, los representantes de las universidades particulares y de las universidades estatales).

El examen escrito se llevó a cabo en el Cusco (*ad hoc*, es decir, que no fue a raíz de alguna convocatoria general de selección de magistrados), contó con la presencia de algunos consejeros, una persona representante del Ministerio Público, una de la Defensoría del Pueblo y la designada por el abogado Béjar para que marcara las respuestas que le indicara. El CNM dispuso un conjunto de medidas para llevar a cabo el examen, entre las que se encuentran¹²⁶:

- a. La designación de un funcionario del CNM para que dé lectura de las preguntas al Sr. Béjar.

¹²⁴ *Carta abierta al Consejo Nacional de la Magistratura por el caso de la jueza Yábar*, del Instituto de Defensa Legal – IDL, de fecha 31 de marzo del 2010. Justicia Viva mail N° 379. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0379.htm>

¹²⁵ Estos acuerdos fueron comunicados en la carta de fecha 14 de abril del 2010 que el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, Maximiliano Cárdenas Díaz, enviara a Ronald Gamarra, Secretario Ejecutivo de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en ese entonces.

¹²⁶ La totalidad de las medidas pueden encontrarse en <http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/Carta%20CNM%20cronograma.pdf>

- b. La designación, por parte del señor Béjar, de una persona que marque las respuestas que vaya señalando, a fin de darle seguridad de las respuestas marcadas. Esta persona no debía ser abogado ni estudiante de derecho.
- c. Tiempo adicional, equivalente al 50% del tiempo ordinario del examen escrito.
- d. El reemplazo, en la prueba de aptitud psicológica, de “las pruebas proyectivas que impliquen la visualización o trazo de dibujos o gráficos, por otros instrumentos que cumplan la misma finalidad y que permitan contar con un perfil de rasgos de su personalidad” (Carta remitida por el CNM al congresista Urtecho Medina, de fecha 10 de mayo del 2010).
- e. Evitar los aspectos que podrían entenderse como actos discriminatorios en la entrevista personal, en caso el postulante apruebe el examen escrito y la evaluación curricular.

VII. ¿Hacia un proceso de selección y nombramiento inclusivo?

La aplicación de estas adecuaciones por parte del CNM, por primera vez en su historia y más allá del puntaje adicional que por ley se otorga a las personas con algún tipo de discapacidad en los concursos, abrieron el camino para implementar cambios realmente estructurales en pro de un Reglamento de Selección y Nombramiento de Jueces, Juezas y Fiscales inclusivo. Sobre todo, porque se evidenció la ausencia de normatividad que respondiera a esta política, porque el Consejo se encuentra desde hace unos meses en un proceso de reforma de este reglamento, para lo que ha desplegado el esfuerzo de organizar audiencias en diversas partes del país a fin de recoger opiniones sobre los anteproyectos de reglamento ya publicados en la página web institucional (decimos anteproyectos, porque existen dos: uno para el acceso a la magistratura cuando es abierto, y el otro, para el acceso cerrado con motivo del ascenso). Además, porque la adopción de esta reforma inclusiva mejoraría en mucho la imagen del CNM, mellada luego de la anulación del concurso de magistrados supremos (febrero del 2010), a raíz (entre otros motivos), de la reunión del ex consejero Efraín Anaya con un postulante al cargo de fiscal supremo cuando se encontraba en curso la convocatoria.

¿Qué medidas pueden ser implementadas? La experiencia reciente y propia, así como la de otros países como Brasil y España, puede darnos muchas luces. Asimismo, es preciso recurrir al importante Manual para Parlamentarios N° 14-2007 sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo “De la Exclusión a la Igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, preparado conjuntamente por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (NU-DAES), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la Unión interparlamentaria (UIP).¹²⁷ No debemos olvidar, que la implementación de estas medidas son una obligación del Estado, y particularmente del

¹²⁷

Este documento puede encontrarse en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=40&pid=1410>

CNM en este caso, en base a la Constitución de 1993 del Perú, como a causa de las disposiciones de convenios supranacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (obligaciones generales 1 y 2).

Desde el programa *Justicia Viva* del IDL, se hizo un Informe sobre los principios que deben inspirar esta regulación, lo que se debiera tener en cuenta en cada etapa del proceso de selección y nombramiento (examen escrito, evaluación curricular, entrevista personal) para no incurrir en actos discriminatorios por discapacidad, así como algunas propuestas concretas para la evaluación del examen escrito. Las propuestas estuvieron basadas principalmente en el Manual señalado¹²⁸, y entre ellas podemos mencionar las siguientes para la etapa de la evaluación escrita¹²⁹:

- a. **Efectuar ajustes en los locales**, para que las personas con discapacidad puedan acceder con facilidad a los ambientes donde se realizará la evaluación.
- b. **Adquirir o modificar equipo** para conocer debidamente las preguntas planteadas, así como para emitir sin dificultad las respuestas.
- c. **Proporcionar un lector o intérprete de la prueba escrita**. Ello, a la par de la presencia de un representante tanto del CNM como de una institución especializada como la Defensoría del Pueblo y un representante de asociación d personas con discapacidad, a fin de no sólo asegurar la fidelidad de los resultados sino también evaluar la utilidad del procedimiento de inclusión adoptado. Así es relevante, que al ser éste el proceso de selección que se llevará a cabo por la sentencia de amparo de este caso en particular, concretar:
 - (i) **la presencia de instituciones como la Defensoría del Pueblo y de algún representante de asociación de personas con discapacidad para que posteriormente hagan los aportes pertinentes sobre la mejora del procedimiento adoptado; y**
 - (ii) **la mayor publicidad e información** sobre cómo se viene desarrollando este proceso de selección.
- d. **Impartirle o disponer que se le proporcione la información necesaria para que rinda la evaluación**. Esto no quiere decir que se deba proporcionar la información que induzca a las respuestas de la prueba escrita, sino, aportar a un real acceso a la información a través de convenios con la Biblioteca Nacional (por ejemplo) o la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú (la misma que tiene un programa

¹²⁸ El Informe puede encontrarse en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc29042010-192950.pdf

¹²⁹ De: “De la exclusión a la confianza” *Manual para parlamentarios (N° 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Página 66.

especializado, que se viene implementando, para “convertir” libros en un formato electrónico accesible para personas con discapacidad visual), para que pueda acceder en igualdad de condiciones a la preparación previa a la prueba.

- e. **Adaptar tiempos adicionales en la realización de la prueba**, dependiendo de la discapacidad. Para el caso en concreto de la persona con ceguera bilateral, se propone un tiempo adicional de **60 minutos por cada hora de prueba escrita u oral**, tiempo tomado de la regulación española (Orden PRE/1822/2006 del 9 de junio del 2006 (Madrid), donde se establecen los “criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad”.

Otra medida adecuada para adoptar, es el de formar **Comisión dentro del Consejo Nacional de la Magistratura que vele por los derechos de las personas con discapacidad**, para que tome nota de las dificultades que se presentan al participar en los procesos de selección y nombramiento en igualdad de condiciones; y así, puedan proponer y llevar a cabo medidas que correspondan a los denominados “ajustes razonables”. La idea de esta comisión en cierta forma, está en Brasil.

¿Algunas otras propuestas? El Manual Parlamentario de la ONU referido, señala algunos imprescindibles como¹³⁰:

- a. Referir explícitamente a la Convención ONU y a los conceptos de: (i) “discapacidad” como un concepto en evolución, toda vez que la discapacidad proviene de los obstáculos que presenta los diversos ámbitos de la vida social, (ii) “discriminación por motivos de discapacidad”, (iii) “ajustes razonables”.
- b. Trasladar la carga de la prueba en los casos de queja de discriminación por discapacidad: es la autoridad la que debe demostrar que no se ha discriminado; presumiendo la existencia de discriminación directa o indirecta y favoreciendo su eliminación (medida adoptada por el derecho comunitario europeo a través de la Directiva 2000/78/CE del Consejo del 27 de noviembre del 2000¹³¹)
- c. Promover y concretar la consulta permanente sobre los obstáculos que las personas con discapacidad e instituciones avocadas a la protección de sus derechos encuentren, sean vulneraciones en la ley (evidenciado en la disposición normativa), ante la ley (evidenciado en la aplicación o interpretación de la normativa), o de hecho (es decir, del análisis de la disposición normativa no se evidencia un trato discriminatorio por

¹³⁰ De: “De la exclusión a la confianza” *Manual para parlamentarios (Nº 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Página 62.

¹³¹ De: “De la exclusión a la confianza” *Manual para parlamentarios (Nº 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Página 63.

discapacidad, ni ante la interpretación de éste de parte de las autoridades competentes; sino, en la realidad).

No obstante la interesante experiencia ganada por el Consejo con la ejecución de la sentencia de este caso, ha llamado poderosamente la atención que en los anteproyectos de reglamento de selección mencionados¹³², no se haya regulado alguno de estos puntos esenciales. En efecto, se señala en la Segunda Disposición Transitoria y Final que “El Consejo brindará al postulante con discapacidad las facilidades que fueran necesarias para el desarrollo del concurso de acuerdo a ley.” Se evidencia, que hasta el momento el CNM está perdiendo la oportunidad y esquivando sus obligaciones constitucionales y convencionales. En todo caso, la jurisprudencia para defender el acceso a la carrera pública como la magistratura en condiciones de igualdad y en aplicación de los ajustes razonables se encuentra expedita para ser invocada, así como la obligación estatal de ordenar y reformar el ordenamiento jurídico para exigir la garantía efectiva de los derechos de las personas con discapacidad.

¹³² Los anteproyectos pueden ubicarse es: <http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/ante1.pdf> (ingreso abierto) y en <http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/anteproyecto2.pdf> (ingreso cerrado para el ascenso).

BIBLIOGRAFÍA

Artículos electrónicos

- *La función judicial y fiscal... ¿son incompatibles?: Un caso que puede marcar un antes y un después.* En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=123>
- *El Poder Judicial la vio: Jueza le enmienda la plana al CNM y ordena que evalúe a persona discriminada por ser invidente.* En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=170>
- *Informe jurídico sobre la separación de una persona con ceguera, de un proceso de selección y nombramiento de magistrados.* En: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc16102009-110544.pdf
- *El caso Béjar mitad del camino: lo aprendido y lo que podría venir luego de la sentencia del PJ.* En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=226>
- *CNM evalúa al abogado Edwin Béjar: primeros pasos para una selección inclusiva de la magistratura.* En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=297>
- *Ad portas del fallo de la Primera Sala Civil del Cusco en el caso Béjar: el testimonio del protagonista.* Edwin Béjar Rojas. Justicia Viva mail N° 0365. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0365.htm>
- “Brasil nombra por primera vez a juez ciego”. En: <http://www.primerahora.com.mx/index.php?n=15360>
- “Por falta de libros en braille para estudiar, fiscal ciego puede perder su puesto”. En: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4139836>
- <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4139836>

Libros

- *Litigio estratégico y derechos humanos. La Lucha por el Derecho.* CELS, 1ra. Edición, Buenos Aires, Siglo XXI Editores. Argentina 2008. En: http://www.cels.org.ar/documentos/?texto=la+lucha+por+el+derecho&info=buscador_rs&ids=3&redir=1&mesh=todos

Informes jurídicos

- *Informe Jurídico sobre la separación de una persona con ceguera de un proceso de selección y nombramiento de magistrados, elaborado por el Instituto de Defensa Legal y presentado como amicus curiae en el proceso de amparo del caso.* En: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc16102009-110544.pdf
- *Informe Jurídico elaborado por la autora como parte de la línea de trabajo de Justicia Viva y alcanzado al CNM, denominado Propuestas para nuevo reglamento de selección de magistrados del CNM, pro derechos de personas con discapacidad.* En: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc29042010-192950.pdf
- *“De la exclusión a la confianza” Manual para parlamentarios (Nº 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo.* Naciones Unidas, Naciones Unidas – Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Unión Interparlamentaria. Ginebra, 2007. En: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=40&pid=1410>
- *“Propuesta de Resolución para reglamentar los concursos públicos para ingreso en la carrera de la magistratura, en el periodo comprendido entre 23 de marzo de 2009 hasta 07 de abril de 2009.”* Documento elaborado por CONADE, dirigido al Señor Ministro Joao Oreste Dalazen – Conselheiro, Presidente de la Comisión de Prerrogativas en la Carrera de la Magistratura del Consejo Nacional de Justicia. Traducción propia.

Documentos

- Carta abierta al Consejo Nacional de la Magistratura por el caso de la jueza Yábar, del Instituto de Defensa Legal – IDL, de fecha 31 de marzo del 2010. Justicia Viva mail Nº 379. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0379.htm>
- Carta de fecha 14 de abril del 2010 que el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, Maximiliano Cárdenas Díaz, enviara a Ronald Gamarra, Secretario Ejecutivo de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en ese entonces.
- Carta del Consejo Nacional de la Magistratura dirigida al congresista Urtecho, en relación a las medidas adoptadas para la ejecución de la sentencia en el caso. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/Carta%20CNM%20cronograma.pdf>
- Originales anteproyectos de reglamentos de selección y nombramiento, del Consejo Nacional de la Magistratura. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/ante1.pdf> (ingreso abierto) y <http://www.justiciaviva.org.pe/userfiles/anteproyecto2.pdf> (ingreso cerrado para el ascenso).

Piezas procesales

- Escrito del Sr. Edwin Béjar Rojas que “Modifica demanda de acción de amparo”, presentado a la Jueza del Tercer Juzgado Civil de la Provincia del Cusco, en el Expediente N° 2009-01890-50-1001-JR-CI-3.
- Sentencia de primera instancia, Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco. En: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc12112009-094525.pdf
- Sentencia de segunda instancia, Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

Normatividad

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)
- Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo C159 OIT Recomendación 168 de 1983
- Constitución Política del Perú de 1993
- Ley General de las Personas con discapacidad Ley N° 27050
- Ley que modifica diversos artículos de la Ley N° 27050 Ley N° 28164
- Ley Orgánica del Ministerio Público Decreto Legislativo N° 052 (1981)
- Reglamento de Organización y Funciones del Pool de Fiscales del Distrito Judicial de Lima Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1202-2009-MP-FN (septiembre del 2009)
- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Decreto Supremo N° 017-93-JUS (1993)
- Ley de la Carrera Judicial Ley N° 29277
- Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura Ley N° 26397 (1994)
- Reglamento del CNM de concursos para la selección y nombramiento de jueces y fiscales Resolución N° 138-2008-CNM.

CONTRADICCIONES EN EL DISCURSO DE LA JUSTICIA COMUNITARIA EN EL PERÚ

*Aníbal Gálvez Rivas
Instituto de Defensa Legal*

I. Introducción

Hablar de “Justicia comunitaria y retos actuales” invita a pensar en cuáles son los desafíos que tienen frente a sí las organizaciones, en especial las indígenas, que practican este tipo de justicia. Sin embargo, esta vez preferimos plantear otro tipo de reto sobre la justicia comunitaria en el Perú, referente a la necesidad de analizar algunas contradicciones que se han generado en las investigaciones sobre este tema y que no han sido tomadas en cuenta. Creemos que no es un ejercicio ocioso, en la medida que estas investigaciones han producido un discurso de justicia comunitaria a través del cual nos acercamos y entendemos a las organizaciones que practican este tipo de justicia, y que finalmente brinda soporte a las reformas que se plantean y se logran.

En el presente trabajo, explicaremos a qué nos referimos cuando mencionamos el discurso de la justicia comunitaria, y cómo lo ubicamos en el panorama de la antropología jurídica en el Perú. Posteriormente plantearemos tres cuestiones que normalmente se toman por presupuestas, pero que al explicitarlas brotan contradictoriamente. No son las únicas contradicciones, ni los únicos presupuestos, pero dentro de las limitaciones de tiempo y espacio queremos establecer algunos de estos puntos que forman un pequeño avance de un trabajo de más largo aliento que se encuentra en curso.

II. El discurso de la justicia comunitaria dentro del panorama de la antropología jurídica peruana

La justicia comunitaria en el Perú es uno de los principales temas estudiados en la antropología jurídica peruana, y se refiere normalmente a la justicia que se administra dentro de las comunidades campesinas, las comunidades nativas y las rondas campesinas.

Lo que denominamos discurso de la justicia comunitaria en el Perú se ha formado a partir de las investigaciones realizadas con estos tres actores. Pero no todas las investigaciones con estos actores reflejan este discurso, si bien aportan de una u otra forma. Este discurso ha ido cambiando con el tiempo, en la medida que aumentaban las investigaciones, busca explicar en forma general la administración de justicia en las comunidades en todo el país, y plantea actualmente un conjunto de órganos y procedimientos más o menos homogéneos, lo que no ocurría muy claramente con las investigaciones iniciales, que si bien analizaban el pluralismo jurídico en función de estos actores todavía se les veía desarticulados. Para desarrollar mejor esto quisiéramos entender el contexto de la antropología jurídica peruana y las investigaciones sobre los actores comunales en cuestión.

Guevara ha caracterizado a la antropología jurídica como periférica y marginal. Periférica con respecto a los grandes centros metropolitanos que cultivan la disciplina y marginal frente a otras especialidades practicadas por antropólogos profesionales peruanos. En su análisis desde la década de 1970 hasta 1995, Guevara plantea que la antropología jurídica en el Perú se habría desarrollado al margen de los antropólogos profesionales (nacionales y extranjeros) y con pocos contactos con los centros académicos metropolitanos. A diferencia de otras especialidades de la antropología, los investigadores extranjeros no veían al Perú como un espacio importante para esta disciplina, sino para otras especialidades de la antropología. Por estas razones, los aportes han surgido desde la orilla del Derecho, con el impulso de abogados que se acercaban a la antropología (Guevara, 2003: 6-8).

Lo anterior, resulta importante para entender cómo andaba la disciplina antes de mediados de los noventa.

Fue en 1976 que se planteó la pluralidad jurídica en el Perú por primera vez. En *Justicia fuera del aparato formal*, el Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO) planteó que la administración de justicia no era monopolio del Poder Judicial sino que habían otras organizaciones sociales (entre las que se incluía a las comunidades campesinas y nativas) y autoridades estatales no facultades formalmente que también realizaban esta labor en diversas materias.

Fue entonces que se surgió una etapa inicial de la antropología jurídica en el Perú, que duro aproximadamente hasta mediados de los noventa. Esta es una etapa en la que se van descubriendo y planteando diversos temas esenciales de este discurso, pero que todavía parecían desarticulados entre sí, lo que tenían en común era que ser portadores de pluralidad legal y cultural.

Pero *Justicia fuera del aparato formal* no solamente inició el tema del pluralismo jurídico en el Perú, sino que además planteó un estilo de investigación y publicación que consistía en presentar en capítulos separados distintos tipos de actores sociales o políticos y su forma de administrar justicia, a pesar de no tener dicha función legalmente reconocida o en temas que excedían sus competencias. Así, en este trabajo, se analizan al Sistema de Apoyo a la Movilización Social (SINAMOS), a los jueces de paz, las autoridades políticas de inferior jerarquía (gobernadores y tenientes gobernadores), la policía, el Ministerio de Agricultura, las comunidades campesinas y las organizaciones vecinales. A todos estos actores se les ubicaba en contextos geográficos específicos y se les analizaba por separado porque esta pluralidad jurídica se veía desarticulada. Este tipo de investigación, en el que se presentaban secciones específicas sobre actores específicos fue posteriormente desarrollado por diversos autores, siendo los trabajos más importantes en este estilo Brandt (1986) y Revilla y Price (1992), si bien cada uno fue enfatizando más las instituciones comunales y a

las rondas campesinas en base a un poco más de información existente sobre ellas. Pero este tipo de investigación revelaba la visión de que se trataban todavía de temas desarticulados y que no se podía formular una teoría que describiera y analizara el pluralismo jurídico en los andes peruanos.

Por otro lado, y como expresión de esa desarticulación inicial, desde 1977 en adelante se puede encontrar una serie de trabajos de Trazegnies que empiezan a teorizar sobre el pluralismo jurídico como consecuencia de la multiculturalidad y sobre cuáles deberían ser los límites.¹³³

Por otro lado, es conveniente recordar que en 1976 surgen también las rondas campesinas en Cajamarca, y que empiezan un proceso rápido de expansión y fortalecimiento en la región norte del país, al punto que Starn señalaría a inicios de los noventa que se trataba del movimiento rural más grande y duradero de América Latina (1991: 14). Este dinamismo del movimiento rondero llamó la atención de científicos sociales, pero estos abordaron el tema de la justicia rondera solo de manera tangencial. Se preocupaban más en temas como los orígenes de las rondas, definir si eran un movimiento de clase con capacidad para articular a todo el campesinado, definir si se oponían al Estado o no, si eran la base de una nueva democracia, si podían asumir funciones de desarrollo comunal, más allá de sus funciones de administración de justicia.¹³⁴ Sobre la base de estas investigaciones, posteriormente surgieron algunas primeras investigaciones que enfocaban el estudio en rondas campesinas en tanto órganos de administración de justicia.¹³⁵

Como puede verse, la administración de justicia ejercida por comunidades campesinas y rondas campesinas se analizaba desde posturas que se distinguían entre sí, siguiendo líneas de investigación que no manejaban necesariamente lógicas comunes. En el caso de las rondas campesinas, podemos apreciar que buena parte de los investigadores sociales interesados en el tema no profundizaban en la administración de justicia rondera. Es posteriormente, por impulso de los abogados que se empieza a enfatizar esa dimensión de las rondas en las investigaciones. Es decir podemos identificar dos universos de investigaciones sobre rondas, uno impulsado por investigadores sociales y otro por abogados, en el que los segundos usan como referente a los primeros, pero no viceversa, lo que se entiende a partir de la explicación de Guevara.

Una característica adicional de los trabajos sobre administración de justicia en comunidades y rondas campesinas en esta época, es la preocupación permanente de fundamentar que estas organizaciones conforman verdaderos sistemas jurídicos.

¹³³ Así, por ejemplo Trazegnies 1979, 1978, 1987 y 1993.

¹³⁴ Ejemplo de esto son los trabajos de Gitlitz y Rojas (1983), Ludwing y Apel (1991), Pérez (1992), Díaz (1982), Castillo (1993) y Starn (1991).

¹³⁵ Así, por ejemplo, Brandt (1986: 101-113), Huamaní, Moscoso y Urteaga (1988), Iberico (1992), Revilla y Price (1992: 87-114) e Yrigoyen (1993)

Esta dispersión empezó a cambiar desde el año 1993, pues gradualmente en años posteriores se empezó a hablar en forma general de justicia comunitaria (o usando otros nombres como justicia comunal, jurisdicción especial, etc.). Si bien se podía seguir analizando a las rondas y las comunidades por separado, empezó a desarrollarse la idea de que podían tener analogías y referidas de una forma general. Esto se debió: a) a que el artículo 149 de la Constitución de 1933 brindó un reconocimiento uniforme y general a las comunidades campesinas del país y las relacionó a las rondas campesinas; b) a que las rondas campesinas se fortalecieron en la sierra sur, por lo que desde mediados de la década de 1990 se habla también de rondas campesinas en las comunidades campesinas de la sierra sur; c) A que en la sierra central surgieron investigaciones con algunas similitudes (Por ejemplo las de Torres Rodríguez). Aunque estamos simplificando bastante este período, queremos enfatizar que es por esto que recién desde la última década y media se observan esfuerzos por elaborar un discurso general de justicia comunitaria en la sierra del país, a pesar de que los actores a los que se refieren son distintos.

Este discurso general enfatiza la predominancia de la colectividad, explican instancias que empiezan en comités o autoridades individuales y suben hasta el nivel de asamblea que resuelve todos los conflictos importantes de la localidad. También se explican procedimientos de resolución de conflictos que pueden tener similitudes, y se enfatiza el rechazo al sistema estatal de justicia y la preferencia por parte de la población hacia la justicia comunitaria. Estas serían características de todas las organizaciones comunales de los andes peruanos. Un ejemplo de esto puede verse en el siguiente párrafo:

“Las Rondas Campesinas representan una particularidad del Perú. Mientras en Cajamarca –donde existen pocas comunidades campesinas– se crearon como rondas independientes, fueron fundadas en Puno y Cusco como comités especiales de las comunidades (rondas dependientes). En Cajamarca las rondas son las instancias centrales de justicia comunal. En Puno y Cusco en cambio las rondas apoyan al Presidente de la Comunidad y a la Asamblea comunal en la solución de las demás controversias. Los pasos de los procedimientos son semejantes: denuncia, investigación, comparendo ante el Presidente o la Asamblea, resolución, sanción, elaboración de un acta. En Puno y Cusco la Central Distrital de Rondas Campesinas también recibe denuncias de comuneros y administra justicia.” (Brandt y Franco; 2007: 175).

III. Contradicciones

Queremos plantear tres temas que nos parecen no son del todo coherentes, citaremos algunos fragmentos de ciertos autores específicos, pero reflejan ideas que se mencionan en diversos textos.

1. Sobre el fundamento de la justicia comunitaria

¿Cuál es el fundamento para la existencia de la justicia comunitaria? ¿Es la diversidad cultural o la ineficacia del Estado?

Este punto no parece estar claro en los discursos sobre justicia comunitaria, y usualmente se asume que son los dos. Veamos un ejemplo:

“Hay que destacar dos hallazgos del estudio que coinciden con resultados de otros trabajos: La justicia campesina e indígena es altamente aceptada por los campesinos, es parte de su vida cotidiana y expresión de sus valores culturales, sus formas de convivencia y de sus relaciones sociales. Segundo: Hay una resistencia hasta un rechazo a la “otra” justicia (estatal), que es percibido como instancia de una cultura ajena, especialmente por no considerar su realidad”. (Brandt y Franco; 2007: 165)

“Inicialmente, las rondas entregaban a los abigeos a las autoridades judiciales pero éstas rara vez iniciaban un juicio. Era común que después de unos días de detención se viera a los abigeos paseando libremente. El resultado fue una serie de confrontaciones dramáticas tanto con los abigeos como con las autoridades estatales” (Brandt y Franco; 2008: 168).

El problema es que cada una de las dos opciones tiene consecuencias distintas. Se suele criticar al Estado que en las zonas rurales tiene escasa presencia o presencia muy precaria. Pues bien, en ese contexto es que se despliega la justicia comunal en el Perú, no es raro por tanto que ambos factores coincidan (diversidad cultural e ineficacia estatal). Pero ¿qué pasaría si el Estado creciera o mejorara sus servicios?, ¿debería la justicia comunal replegarse o quizá hasta desactivarse? Si el fundamento es la ineficacia estatal la respuesta sería afirmativa, pero si el fundamento sería la diversidad cultural entonces el avance del Estado no tendría porqué significar un retroceso de la justicia comunal.

Seguramente muchos se inclinarán por pensar en que el fundamento es la diversidad cultural, y que el Estado no tendría porqué buscar la disminución de la justicia comunal. Pero no necesariamente los cambios en la justicia comunal son resultado de los embates estatales. A fines de los noventa, Starn (1999) encontraba que el movimiento rondero no tenía el mismo dinamismo que en los ochenta, y encontraba que entre los factores que habían motivado este decaimiento había sido una mejora de los juzgados estatales que funcionaban en las provincias, y que funcionaban en menor precariedad.

Visto de esta forma, no es tan fácil conciliar ambos fundamentos, pues si bien pueden coincidir, no pueden ser mantenidos siempre juntos cuando la justicia comunal se enfrenta a cambios en la sociedad donde se desenvuelve.

Y aquí nos enfrentamos a un problema de cómo entendemos a los actores de la justicia comunal. No vamos a profundizar en otra contradicción pero mencionaremos que muchas veces los discursos sobre justicia comunal se encuentran en la tensión de ver a los actores de esta justicia como estáticos e inmutables al margen de lo que ocurra en su contexto, o dinámicos y cambiantes. Se reconoce que las comunidades no son aisladas e interactúan con el mercado y resto de la sociedad, que incluso puede haber penetración de valores capitalistas, pero al momento de analizar las instituciones estas y sus procedimientos no parecen cambiar nunca.

2. El rechazo ambiguo al sistema estatal de justicia

Por otro lado, se suele mencionar una situación de separación y hasta rechazo a la justicia estatal por parte de la población, y que habría una preferencia por los sistemas locales de justicia comunal debido a que son más rápidos, económicos y compatibles con los referentes culturales de las personas. En base a esto último se suele mencionar que la justicia comunal puede conocer todo tipo de materias. De esta forma se delinea una justicia comunal fuerte que contaría con mayor legitimidad que el Poder Judicial y por ello funcionaría en forma paralela en la práctica, no subordinada. Pero la contradicción surge por el hecho de que a pesar de que se menciona que se rechaza al Poder Judicial y que la justicia comunal atiende todo tipo de casos, se menciona también que los casos más graves son remitidos a la justicia estatal:

“Entonces, la competencia por razón de la materia de los encuentros es bastante amplia y casi ilimitada, dependiendo de lo que la asamblea considera que debe ser juzgado. Sin embargo, en casos considerados más graves como un asesinato, se prefiere recurrir a las autoridades oficiales” (Aranda; 2002: 115).

“Al ocurrir un pleito cualquiera, los comuneros saben que tienen que someterlo a parientes o familiares mayores o a las autoridades políticas comunales de la comunidad –según se trate de un conflicto familiar o comunal, respectivamente–. Sólo si estos órganos no pudieran resolver el conflicto –al tratarse de un “delito grave”, como el homicidio, por ejemplo– o si no fuera posible que las partes llegaran a un “acuerdo”, entonces recién desviarán su competencia, mediante un oficio, hacia las “autoridades competentes de Huancané” o al Juzgado Rural, según la oportunidad” (Peña 1998: 184).

Como se puede ver, no se trata tampoco de que el Estado esté imponiendo ciertos límites de competencia, sino que son las propias instituciones de la justicia comunal las que remiten casos que consideran graves. Esto es contradictorio porque por un lado se muestra una

justicia comunal fuerte, que decide los temas que va a resolver (en un universo de materias que se asume casi ilimitado), que tiene más legitimidad que la justicia estatal, pero que al mismo tiempo renuncia a resolver casos que pueden generar gran conflicto, remitiendo estos casos importantes a una justicia en la que no confía, y renunciando así a resolver casos en los que realmente puede poner a prueba ese poder socialmente adquirido.

Por otro lado, la idea de gravedad también es ambigua. Si bien se dicen que conflictos graves como los asesinatos reciben como respuesta la remisión al sistema estatal de justicia, también se dice que los casos más graves son resueltos internamente y recibiendo la sanción de expulsión de la comunidad a los infractores (Cfr Aranda 2002:131 y Peña 1998: 305). ¿Qué es la gravedad entonces? Esto es algo impreciso.

Esto es un problema pues el artículo 149 de la Constitución solo pone el límite de los derechos humanos al ejercicio de la justicia comunal. Por ello, en diversas ocasiones se ha planteado que la justicia comunal no debería tener límites en las materias que pudieran conocer, que el Estado debería estar dispuesto a aceptar que la justicia comunal puede resolver todo tipo de conflictos. Lo complicado aquí es que las comunidades no parecen estar dispuestas o preparadas para asumir realmente todo tipo de conflictos y hacerle todo el trabajo jurisdiccional al Estado. Las razones por las que esto es así todavía deben analizarse más a fondo, pues como son contradicciones no observadas no se conoce con precisión porqué ocurren estas remisiones. En todo caso, cabe plantearnos la pregunta, ¿se pueden exigir para las comunidades y las rondas campesinas competencias que no pidieron? ¿No sería esa también una forma de obligarles a hacer algo que no quieren?

3. Réplica al Derecho estatal

Por otro lado, una tercera contradicción consiste en que pese a que se critica la lógica de funcionamiento de la justicia estatal y se considera que la justicia comunal se maneja bajo una lógica diferente, muchas veces se utilizan categorías jurídicas o se hacen analogías con categorías jurídicas para describir e interpretar a la justicia comunal. Por un lado, son frecuentes la aplicación de criterios de competencia personal, material y territorial, propios del Derecho penal. Se hace referencia a infracciones penales siguiendo la lógica de gravedad que distingue entre faltas y delitos, etc. Otra forma en que se manifiesta esto es cuando se considera que los valores de los sujetos involucrados es similar al del Derecho estatal:

“Para ellos, la justificación de la sanción parece ser la misma que la que existe en el Derecho penal oficial. (...) La razón de la existencia de la sanción para los conflictos colectivos en Calahuyo se encuentra en su estructura comunitaria. La existencia de una parte comunal, poseedora de un ideal de progreso colectivo, hace que la comunidad en su conjunto se conduzca con cierto rumbo”, (Peña 1998: 277).

“La escala de valores de los comuneros para aplicar el castigo es muy similar a la del Derecho positivo oficial; la severidad del castigo variará de acuerdo a esa escala, sin olvidar las condiciones del sujeto transgresor. Este proceso se efectúa orientado por la finalidad de hacer imperar lo justo, restablecer el orden y lograr la reconciliación” (Peña 1998: 282).

IV. Reflexiones finales

Solo hemos querido plantear en esta oportunidad algunas de las contradicciones que nos parece que deberían analizarse en los estudios sobre justicia comunal en el Perú. Creemos que para que esta justicia pueda seguir avanzando se debe primero tener claro cuál es su fundamento, su rol, sus necesidades, etc. No son las únicas contradicciones existentes, hay otras más referidas por ejemplo a la visión jerárquica que se asume que existe entre las asambleas y los comités inferiores.

Creo que buscar una buena teoría que supere estas contradicciones y las otras existentes es un reto actual para la justicia comunal.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA, Mirva

- 2002 “El sistema de administración de justicia de las rondas campesinas comunales. El caso de las rondas campesinas de la cuenca del Huancarmayo y el Huarahuaramayo”. *Allpanchis*, N° 59, Primer semestre del 2002, Sicuani-Cusco, Instituto de Pastoral Andina, pp. 107-137.

BRANDT, HANS-JÜRGEN

- 1986 *Justicia Popular. Campesinos Nativos*. Lima: Fundación Friedrich Naumann.

BRANDT, Hans-Jürgen y Rocío Franco Valdivia (comps.)

- 2007 *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú*. Serie Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, N° 2, Lima: Instituto de Defensa Legal, 2007,

BRANDT, Hans-Jürgen y Rocío Franco Valdivia (comps.)

- 2008 *El tratamiento de los conflictos. Un estudio de actas en 133 comunidades*. 2da. Ed., Lima: Instituto de Defensa Legal.

CASTILLO, Óscar

- 1993 *Bambamarca: vida cotidiana y seguridad pública*. Documento de Trabajo, N° 55, Serie Sociología y Política, N° 8, Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

CENTRO DE ESTUDIOS Y PROMOCIÓN DEL DESARROLLO (DESCO)

- 1976 *Justicia fuera del aparato formal*. Lima.

DÍAZ BUSTAMANTE, Segundo Manuel

- 1982 “Organización y evolución de las rondas campesinas en la provincia de Chota del departamento de Cajamarca. Año 1977 a 1979”. Ponencia presentada al I Congreso Peruano de Sociología, Huacho.

GITLITZ, John S. y Telmo ROJAS

- 1983 “Peasant Vigilante Committees in Northern Peru”. *Journal of Latin American Studies* . Vol. 15, N° 1, Mayo de 1983, Cambridge University

Press. Disponible en JSTOR: <http://www.jstor.org/stable/155928>, consulta: 27/01/2010.

GUEVARA GIL, Armando

2003 *La Antropología del Derecho en el Perú: Balance y perspectivas (1970-1995)*. Cuadernos de Investigación 1/1999, Lima: Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú,

HUAMANÍ, Giselle, Martín Moscoso y Patricia Urteaga

1988 “Rondas campesinas de Cajamarca: la construcción de una alternativa”. *Debate agrario: Análisis y alternativas*, N° 3, julio-septiembre de 1988, Lima: Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES), pp. 63-86.

HUBER, Ludwig y Karin APEL.

1990 “Comunidades y rondas campesinas en Piura”. *Bulletin de l'Institut Français d'Études Andines*. Tomo 19, N° 1, 1990, Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos.

IBERICO CASTAÑEDA, Fernando

1992 “Rondas campesinas : realidad sociopolítica y una aproximación a su ordenamiento jurídico”. *Derecho & Sociedad*. Año 3, N° 5, 1992, Lima: Asociación Civil Derecho & Sociedad, pp. 16-23.

PEÑA JUMPA, Antonio

1998 *Justicia comunal en los Andes del Perú. El caso de Calahuyo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PÉREZ MUNDACA, José A

1992 “Poder, violencia y campesinado en Cajamarca: el caso de la microrregión central”. En: Carlos Iván Degregori, Javier Escobal y Benjamín Marticorena (eds.). *Sepia IV. Perú: El problema agrario en Debate*. Lima: Seminario Permanente de Investigación Agraria.

REVILLA V., Ana Teresa y Jorge PRICE M.

1992 *La administración de la justicia informal. Posibilidades de integración*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.

STARN, Orin

1991 “*Con los llanques todo barro*”. *Reflexiones sobre rondas campesinas, protesta rural, y nuevos movimientos sociales*. Colección Mínima, Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

1999 *Nightwatch. The Politics of Protest in the Andes*. Duke University Press.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de.

1977 “El caso Huayanay: el Derecho en situación-límite”. *Cuadernos Agrarios*, N° 1, 1977, Lima: Instituto Peruano de Derecho Agrario, pp. 73-118.

1978 “Huayanay: el ocaso de los héroes”. *Cuadernos Agrarios*, N° 2, 1978, Lima: Instituto Peruano de Derecho Agrario, pp. 47-65.

1987 *Law in a Multicultural Society: The Peruvian Experience*. Disputes Processing Research Program, Working Papers Series N°7, Madison: Institute for Legal Studies, University of Wisconsin.

ZARZAR, Alonso

1991 “Las rondas campesinas de Cajamarca: de la autodefensa al ¿autogobierno?”. En: Pásara, Luis y otros. *La otra cara de la luna: nuevos actores sociales en el Perú*, Lima: CEDYS.

INTERCULTURALIDAD Y VIOLENCIA FAMILIAR EN POLÍTICAS PÚBLICAS EN PERÚ: UNA PROPUESTA DE ESTÁNDARES DE VALORACIÓN

Ricardo Aarón Verona Badajoz
Instituto de Defensa Legal

I. Introducción

1. Sobre el presente análisis, y la democracia y corrupción como escenario de políticas públicas

Las políticas públicas constituyen procesos decisionales, sobre los cuales se mueven distintos intereses, los cuales sin embargo, deberían ser aquellos de interés público que busquen el bienestar común. El presente trabajo planteará una propuesta de estándares a partir de los cuales no solo pueda evaluarse el nivel de atención de las políticas públicas a estos intereses comunes a la población, sino que también sirvan para dirigir el proceso que implica la creación de la política pública. El análisis para establecer estos estándares se realizará principalmente en relación en torno a una política pública en específico (a un problema o tema de interés público), *la violencia familiar contra mujeres en zonas con distintas manifestaciones culturales a la asumida por las instituciones del Estado*, y el enfoque intercultural que esto implica o debería implicar.

En ese sentido, se espera modestamente que dichos estándares sean referencias útiles para evaluar un giro, replantear el diseño o la continuidad de la política pública en cuestión. Es necesario aclarar que la extensión del presente trabajo no permitirá realizar una evaluación concreta de los productos que emanen de la política pública (acciones concretas del Estado, normas, planes, etc.), pero este trabajo tiende a ello.

Para poder establecer los estándares de evaluación de la política pública sobre violencia familiar contra mujeres, en zonas con distintas manifestaciones culturales a la asumida por las instituciones del Estado, se utilizarán tanto elementos teóricos como normas (nacionales e internacionales) que configuran obligaciones del Estado respecto a sus ciudadanos, sus necesidades y derechos. Se asumirá, en ese sentido, un enfoque general que se considera deben tener las políticas públicas, un “enfoque de derechos”; al cual se sumará un enfoque de género e intercultural para establecer una “tabla de referencia” que será la medida con la cual se evaluará la política pública mencionada.

Asimismo, así como una política pública puede tener distintos enfoques, también puede responder a distintas nociones de desarrollo. La que se considerará para efectos de este artículo será la de “desarrollo humano” establecida por Amartya Sen (Ruiz-Bravo 2009); en la cual se prioriza como medio y fin la ampliación de las libertades de las personas y el desarrollo de sus capacidades para ese propósito (cuya aplicación, por cierto, no está vedada a grupos de personas). Dichas libertades se condicionan a su vez con derechos (Ruiz-

Bravo 2009:40-41), los que requieren mecanismos de protección y reivindicación en caso sean afectados, lo cual configura un punto de encuentro entre el “enfoque de derechos” mencionado (referido a derechos humanos) y la noción de desarrollo planteada.

De otro lado, la democracia en un enfoque de derechos es un presupuesto esencial (Mujica 2010:22-23) (entre otras cosas por el nivel de participación ciudadana en el diseño de las políticas públicas), en ese sentido, si bien los niveles de la misma son discutibles, a lo largo del artículo no se cuestionará la calidad democrática de la organización del Estado peruano. No obstante, es importante establecer que de acuerdo a las cifras que aparecen en la web *Latinobarómetro* (según su informe 2008) sobre la percepción de la democracia en América Latina, el Perú se encuentra en el último lugar de 18 países, muy por debajo del promedio. Asimismo, al ser la política pública un proceso decisional de los actores políticos, los niveles de corrupción son importantes para entender las causas del sentido de una decisión política u otra y su nivel de compromiso con los intereses del Estado o con intereses privados. No obstante, un análisis sobre este punto excedería las aspiraciones de este trabajo, por lo que solo se establecerá sobre esto que de acuerdo al Informe 2009 de *Latinobarómetro* sobre la percepción de la reducción de la corrupción en América Latina, el Perú se encuentra en penúltimo lugar de 18 países. Percepciones corroboradas además por las encuestas nacionales de *Ipsos Apoyo* y la *Universidad Católica* de este año.

Finalmente, los distintos escándalos de corrupción asociados al Poder Judicial durante los últimos años (a través del cual se efectiviza la protección de los derechos que las políticas públicas desarrollan y promueven), refuerzan lo mencionado arriba. Incluso casos asociados a la explotación de recursos naturales como es el caso más importante de corrupción de este gobierno, *Petroaudios*, nos advierten que al momento de reflexionar sobre políticas públicas en general, no se debe perder de vista el escenario político y las motivaciones ocultas que estas puedan tener, y que son unas de las causas de la ruptura entre el discurso y la práctica.

II. Conceptos preliminares y estándares de evaluación

Se plantearán algunos conceptos esenciales para poder establecer los estándares de referencia con los cuales se evaluaría la política pública en cuestión. Dichos estándares, corresponderán a la síntesis de los distintos enfoques y derechos asociados a los conceptos propuestos, en función de la superación del problema de violencia familiar en zonas con distintas manifestaciones culturales a la asumida por las instituciones del Estado.

1. Interculturalidad

Los conceptos de interculturalidad y multiculturalismo son ampliamente usados por distintos autores (Sartori, Kymlicka, Juan Pereira y Rodrigo Gazauhi) para referirse a políticas de reconocimiento, inclusión, diálogo entre culturas, asimilación, asignación de derechos diferenciados, entre otras formas de interacción entre grupos culturalmente

distintos. Sin embargo, y como por lo general una identidad se construye en contraposición con un “otro”, en esta parte es importante que nos refiramos a ambos conceptos para comprender plenamente aquel que nos interesa.

Así, entenderemos multiculturalismo como aquella corriente que reconoce las diferencias entre individuos a partir de sus pertenencias a grupos culturales distintos dentro de un mismo Estado; y por tanto niega la homogeneidad del Estado-Nación, lo que de por sí involucra un cuestionamiento al principio-derecho a la igualdad en su concepción clásica. Es decir, el multiculturalismo se encarga de garantizar que quienes gozan de poder político y denotan una hegemonía tanto a ese nivel como a nivel jurídico, sean tolerantes respecto a quienes tienen manifestaciones culturales distintas (principio de no discriminación).

Ahora bien, el multiculturalismo va más allá del mero reconocimiento de pluralidad, se ha caracterizado, y tal vez en este punto sea en el que los distintos autores se acercan a un consenso, por establecer políticas estatales que buscan lograr un estado de equilibrio entre los grupos diferenciados sobre los cuales el Estado ejerce su poder. Ejemplo de esto son las acciones afirmativas, o el reconocimiento de distintas costumbres de ciertos grupos como válidas dentro de su territorio. No obstante, se mantiene aún inmerso en una ideología únicamente liberal (González 2002:79) que predomina al individuo. Esto principalmente debido, a que los conceptos necesarios para la asignación de derechos (propiedad o ciudadanía) solo se conciben con valores liberales que no admiten una concepción colectiva de la titularidad de derechos, por ejemplo.

Por ello, a pesar de ser significativo, se muestra insuficiente en su método (González 2002) (Rodríguez s/f) (Tubino 2002), de corte paternalista. Hay que notar que estas políticas se dan por lo general dentro de un contexto estándar sobre el cual se sigue entendiendo al Estado tal como está establecido; es decir, las políticas de inclusión estarían más bien dirigidos a la asimilación, en tanto buscan integrar a estos grupos dentro de los parámetros establecidos por la “cultura” predominante en la cual se inspira la organización y legislación general del Estado. (Rodríguez s/f) (Tubino 2002).

Esta perspectiva, por cierto, no tiene porque ser entendida como necesariamente maliciosa, sino simplemente como limitada e incompleta. No obstante, esto la hace susceptible de establecer diferencias cualitativas entre una cultura y otra, subestimando lo que se reconoce como distinto.

Así es que se forja el concepto de interculturalidad como una propuesta que integra los ideales de tolerancia y reconocimientos de multiculturalismo: la realidad fáctica de la pluralidad, y la necesidad de plantear un verdadero equilibrio en la forma que se relacionan los distintos grupos con manifestaciones culturales diferenciadas. Pero además, se muestra como una propuesta de diálogo entre agentes que se considerarían mutuamente como iguales, y abiertos al replanteamiento y creación tanto de ellos mismos como del otro

(diatópico según De Sousa, o dialogal según Pannikar). El dialogo no sería confrontacional (de lucha argumentativa), sino más bien de interacción en armonía (González 2002).

La base de este diálogo es la autoconciencia de incompletitud (De Sousa 1997), y por tanto de complementariedad con el otro. Se asiste al diálogo con la idea de que se pretende lograr algo nuevo de ello, no se pretende imponer principios básicos propios sobre los cuales debatir, ya que los distintos bagajes culturales pueden ser contradictorios en aspectos básicos de su estructura. No se trata de decir con esto de que no hayan reglas para el diálogo, si fuese así este ni siquiera existiría; las reglas son más bien presupuestos de él mismo, simplemente metodológicas y generales (tolerar las ideas, buscar un consenso, abrir la posibilidad de autoevaluación y autocuestionamiento).

Esta reglas permiten iniciar la sinergia que va desarrollando reglas internas compartidas, que pueden incluso (ese es el ideal) reformular las mismas bases sobre las cuales un Estado se funda y recrear las instituciones que organizan la sociedad que comparten los dialogantes. Esta definición es la que se entenderá cuando se hable de interculturalidad.

1.1. El enfoque intercultural

Ahora bien, este concepto como cualquier otro, puede quedarse en una mera aspiración si no se plantean las herramientas para alcanzar el ideal que propone:

“Según veo las cosas, el texto ganaría en sustento analítico si esta axiomática del deber ser fuera problematizada en términos hipotéticos, y ganaría en eficacia simbólica si no quedara en un mero discurso de intención, sino que avanzara por rutas específicas que señalaran los medios para acceder a ese deber ser postulado como valorativamente deseable. Así, hay varios segmentos del texto donde los autores se deslizan hacia un estilo discursivo recurrente -y tal vez poco provechoso- de nuestras ciencias sociales, a saber: la solución de los problemas son los problemas solucionados; esto es, en vez de indagar el vinculo real entre variables problemáticas se opta por zanjarlo mediante la exhortación retórica.”(Camou, 1994:6)

En efecto, el planteamiento de la interculturalidad da varios saltos invisibles para llegar al diálogo que propone. He allí la importancia de entender la interculturalidad como un enfoque, el cual debe ser asimilado en la formulación de políticas públicas (sobre problemas específicos) en países pluriculturales como los de América Latina, donde el contexto histórico no permite establecer, desde el inicio, un diálogo igualitario real que garantice la sinergia creadora de instituciones compartidas. Legitimadas en su creación por los grupos dialogantes. Las políticas deben primero, establecer un escenario apropiado a través del respeto, promoción y garantía de derechos (enfoque de derechos en políticas públicas) que equilibren la balanza entre los actores, logren una mayor calidad de vida y

gocen sin restricciones de un mayor número de derechos y libertades. El problema estaría en definir sobre qué derechos trabajar.

El escenario en el cual dos agentes inicien un diálogo abierto que no imponga su propia forma de pensar es tan abstracto como aquel en el cual proponamos la existencia de un individuo neutral no influenciado por cultura alguna. Es innegable que siempre se debe partir de una constante, que si bien puede responder a uno de las dos concepciones dialogantes, puede ser acordada y susceptible de introducir variantes gradualmente, a medida que el diálogo avanza. Esta constante resultan ser, por su potencial y reconocimiento mayoritario, los derechos humanos, al menos los relacionados a la vida, dignidad, igualdad y libertad del hombre (de los que se pueden derivar incluso derechos colectivos).

Indudablemente se condiciona una relación desigual en la cual una parte tiene mejor dominio del diálogo. Sin embargo, es posible que este pueda equilibrarse siempre que la parte cuyas “manifestaciones culturales” se usen como base del mismo sea consciente de ello, garantice la posibilidad de redefinir esta base y reconozca que la otra parte puede incluso partir de un reserva hacia esta (Kymlicka 1992), si no es replanteada paulatinamente en el diálogo mismo.

2. Género

El género es una elaboración socio-cultural por la que se atribuyen al hombre y a la mujer diferencias individuales, formas de interacción y jerarquías entre ambos, dentro de una estructura social determinada. Dichas características pretenden fundarse en las diferencias biológicas entre ambos (sexo), atribuyéndoles carácter natural y asumiendo un determinismo en relación a ciertos aspectos de hombres y mujeres (Ruiz-Bravo 1999; IDEHPUCP 2010). Puede apreciarse desde ya que este concepto es fácilmente susceptible de ser usado como elemento de discriminación y restricción de la libertad personal. Las diferencias que se establecen se manifiestan a través de (IDEHPUCP 2010:13-14):

- Roles: son las funciones atribuidas a cada género. Son básicamente “productiva” para el hombre, que es quien produce a través de trabajo, el sustento para el hogar y la familia. Para la mujer es la función o rol “reproductiva” lo cual implica el cuidado de los hijos y por ende del hogar.
- Espacios: para desarrollar sus roles existen espacios, el “privado” para la mujer, que es el hogar en donde cuida y atiende a la familia; y el “público” para el hombre, en donde trabaja, busca el sustento y toma las decisiones importantes para la sociedad.
- Atributos: son las características de la personalidad que hacen que una mujer sea femenina y que un hombre sea masculino. Si estos atributos se intercambian se dice que una mujer se ha masculinizado o que un hombre se ha feminizado. Son, por

ejemplo, en el caso del hombre: racional, rudo, fuerte; y en el caso de la mujer: sensible, delicada, débil.

Como puede apreciarse, la relación entre sexo y género no va más allá de una atribución arbitraria de la misma. Prueba de ello es que a diferencia de la inmutabilidad del primero, el segundo ha sufrido cambios a lo largo del tiempo y el espacio. Si bien en la mayoría de circunstancias ha mantenido una constante, el predominio del sexo masculino sobre el femenino, que a pesar de su tenacidad, actualmente se demuestra su flexibilidad intrínseca.

Así, el género se ha construido de tal forma a lo largo de la historia, que quienes gozan de los beneficios de la diferenciación son los hombres, los cuales han dominado los espacios de decisión y poder, por lo que la construcción misma de instituciones sociales se basa en una sola forma de ver las cosas, la masculina (Ruiz-Bravo 1999). En ese sentido, todas ellas (incluidas el derecho y la política) ven comprometida su neutralidad al momento de confrontarlas con reivindicaciones de género a favor de un verdadero nivel de equilibrio entre hombres y mujeres (Facio 2003).

En efecto, durante el siglo anterior las corrientes feministas evidenciaron cómo es que a pesar de un discurso neutral sobre la igualdad de derechos, este no se manifestaba en la realidad (Degregori 2009:333-336) (igualdad material), y que esto se debía a una falla en la estructura misma de las instituciones que interpretaban y aplican los discursos aparentemente inocuos. Se estableció la existencia de:

- Una construcción androcéntrica de las instituciones, es decir, estas definitivamente no eran neutrales, y por el contrario beneficiaban a un género y sometían al otro, reproduciendo sistemáticamente patrones discriminatorios (Facio 2003; Pateman s/f) que se consideran como algo natural.
- Prejuicios de género, los cuales impedían superar los patrones discriminatorios, ya que un debate entre las reivindicaciones femeninas y el statu quo masculino necesariamente implicaba un desequilibrio de poder justificado de entrada.
- Un binomio en el cual solo existían dos formas de ser, sexualmente hablando, hombre o mujer, lo cual invalida cualquier identidad que no se acomode a esos parámetros. Se subestiman, en ese sentido, las diferencias de grupos trans, gays y lesbianas, los cuales no son considerados como parte de la estructura social y sus derechos se ven mellados por su situación discriminatoria. Predominan no solo dos tipos de roles, atributos y espacios, sino también dos tipos de entender la sexualidad, simplificando la complejidad de las relaciones y la libertad sexual.
- Violación sistemática de derechos, no solo en relación a las personas mencionadas en el punto anterior, sino en su mayoría a los derechos de las mujeres, la cual por su condición de tal sufre doblemente de cualquier otro tipo de afectación de sus derechos, como por ejemplo, en el caso de violencia en un ámbito familiar (Pogge 2007:27-75).

En ese sentido, las relaciones de poder entre hombres y mujeres han sido y son desiguales, lo que se enmarca además, dentro de un “sistema de género” que para cada grupo o sociedad son las costumbres, valores y patrones mediante los cuales se entiende lo masculino y femenino, que como ya hemos dicho, jerarquiza a ambos géneros en desmedro del segundo y se reproduce en toda la estructura social (Ruiz-Bravo 1999; IDEHPUCP 2010).

2.1. Violencia familiar

La violencia familiar es aquella que se da dentro del ámbito familiar entre los miembros que lo conforman, en un sentido extendido (padres, tíos, abuelos, hijos, novios, etc.). Se relaciona con el tema de género en que este tipo de violencia, debido a las circunstancias mencionadas anteriormente, por lo general tiene como agresor a un hombre y como víctima a una mujer (La Rosa 2004). Es por tanto, un tipo de “violencia de género” en la cual la víctima es tal, debido a su condición, en este caso, femenina.

La desigualdad y jerarquía presupuestas entre ambos géneros, así como los prejuicios del entorno, hace que este tipo de violencia en particular tenga ciertas características que la agravan (La Rosa 2004; Benoit 2006):

- La víctima se encuentra en un estado de vulnerabilidad mayor al de cualquier víctima de violencia, ya que convive con el agresor en un ambiente dominado por este. En el cual la conciencia de unidad familiar parece prevalecer.
- Tiene un ciclo que se repite constantemente y cada vez se hace más violento: armonía, aumento de tensión, explosión, arrepentimiento y reconciliación.
- Las víctimas tienden a ocultar el hecho hasta que alcance niveles muy altos de gravedad, sea por temor, dependencia (económica o emocional), o por tolerancia. Al enmarcarse en un ambiente en donde la jerarquía la coloca por debajo del hombre, puede llegar a asumir los hechos como circunstancias normales de la relación.
- Los mecanismos mediante los cuales deben protegerse los derechos afectados son insuficientes e ineficaces, entre otras razones, debido a que también se encuentran inmersos en un sistema de género que coloca a la mujer en una situación de desventaja respecto al hombre y le da menos valor a sus derechos.

2.2. Enfoque de género

Al igual que en el caso de la interculturalidad, el paso del “concepto” al “enfoque” permite poder instrumentalizarlo y convertirlo en una herramienta de cambio social a través, de por ejemplo, el diseño de políticas públicas. No obstante, a diferencia de la interculturalidad, este enfoque no se concentra en grupos específicos que se puedan diferenciar de otros, sino en una masa poblacional que atraviesa cualquier tipo de categoría social, ya que todo grupo

siempre tendrá mujeres y hombres, es decir, siempre existirán tensiones de género dentro de ellos.

Por lo tanto, este enfoque deja de ser una opción que pueda tomarse para ciertos casos y para otros no, y pasa a ser un elemento constitutivo de cualquier análisis, propuesta metodológica o política pública. No considerarlo de esta manera significaría ignorar el factor de discriminación de género intrínseco a todo grupo social, y simplemente tolerar su existencia (así como la afectación indefectible de otros derechos) como algo “normal” de su estructura, reproduciendo así dicho factor. Buscar constantemente un replanteamiento de las relaciones y sistema de género es fundamental para alcanzar mayores estándares de igualdad, calidad de vida, desarrollo pleno de sus capacidades como seres humanos y respeto de los derechos humanos de las mujeres.

Si bien la relación entre género y cultura, resulta un tema de debate que puede incluso llegar a contraponer el enfoque de género e interculturalidad, introducir en la fórmula un enfoque de derechos (como veremos más adelante), de respeto, promoción y protección de derechos, dentro de un presupuesto de igualdad y no discriminación; permite llegar a consensos que las hagan compatibles. El análisis de las contradicciones mencionadas excede el presente trabajo, por lo que se partirá directamente desde la posibilidad de los consensos, principalmente, al momento de establecer los estándares de políticas públicas para el tema bajo análisis.

3. Políticas públicas y enfoque de derechos

Si bien no hay concepto unívoco de lo que puede considerarse “política pública”, los distintos desarrollos de su contenido y análisis enfatizan el proceso de toma de decisiones a nivel político, que implica su creación y aplicación (Lindblom, Majone, Meny y Ferri). En ese sentido, para efectos del presente trabajo entenderemos a la “política pública” como un proceso, un “proceso decisional político” por el cual se agendan, descartan, crean, cambian, se aplican y evalúan un conjunto de actos del Estado unidos por el objetivo específico de atender un asunto de particular interés para los actores de estos procesos (sean motivados por un interés social e incluso particular como veremos a continuación).

Ahora bien la política pública, a entender de este trabajo, tiene ciertas características particulares:

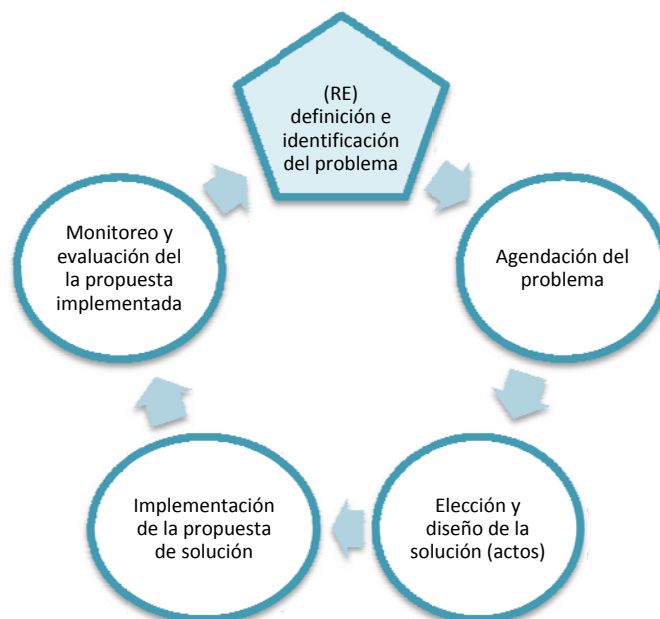
- **Tiene carácter político**, lo cual tiene múltiples implicancias (Lindblom 1991; Majone 1997):
 - Si bien los procesos tienen un contenido técnico aportado por expertos sobre, por ejemplo, el problema de la pobreza en el Perú, al ser un proceso político **responde también a intereses políticos**, de conveniencia, negociaciones de poder, e incluso intereses personales de actores cuyo poder les permite un nivel de incidencia

suficiente. En ese sentido, el contenido técnico puede no ser necesariamente el elemento crítico para tomar una decisión, sino un elemento argumentativo que resulta útil a uno de los actores o a varios de ellos, para prevalecer sobre las propuestas de otros.

- Sus objetivos específicos, como por ejemplo, el servicio de justicia en relación con la violencia familiar, no necesariamente corresponde a un planeamiento o análisis, **puede también derivar de una “oportunidad”**. Es decir, que existan las condiciones adecuadas, que no afecte intereses políticos o partidarios, que sea un tema de coyuntura que afecte la sensibilidad social, entre otras cosas; que motiven incluso descartar problemas cuyo diagnóstico técnico indicaría que deben ser abordados. Esto no es necesariamente malo, los problemas sociales que por lo general atiende una política pública surgen mucho más de prisa y en forma más espontánea de lo que tardan en madurar las ideas y reflexiones sobre las posibles soluciones a ellos.

- En el sentido de los dos puntos anteriores, a este proceso **no le corresponde necesariamente una racionalidad absoluta** (Meny 1992) y totalmente “desapasionada”. El nivel de racionalidad es limitado (la información con la que cuentan o se preocupan con contar, no es suficiente). Está sujeta a circunstancias políticas, como hemos mencionado, no siempre se funda en un análisis técnico del cual los actores estén convencidos, y varía en función de las oportunidades que estos aprecien.

- Debido a las características descritas en el punto anterior, **el proceso no es ordenado**, y de hecho los múltiples pasos que se puedan identificar, se superponen, truncan y retroceden. En un momento incluso, la realización de una etapa puede dejar de tener relación con los resultados de la etapa anterior en función de que se abran oportunidades que, a entender de los actores, deben ser aprovechadas (Mujica 2010; Meny 1992). No obstante la sobreposición de etapas, se puede pretender esquematizarlas:



Debido a que las decisiones de los actores no responden siempre a un razonamiento técnico, y existen intereses políticos que influyen en ellas, durante el proceso, el problema analizado en un primer momento (y que constituye el motor del proceso mismo) puede verse descartado por otro que no ha sido analizado, pero cuya oportunidad se da. Por ejemplo, tenemos que se inició el proceso a propósito del problema de maltrato psicológico de niños hasta los 12 años; no obstante, debido a la presión política de los medios de comunicación, la implementación de las acciones derivaron en violencia familiar contra mujeres, niños y niñas.

- Es un proceso circular que **tiende a autoconsumirse**. En teoría, toda política pública gira en torno a un problema que es el motor de la misma, por ejemplo, “la política pública sobre violencia familiar en grupos indígenas”. En ese sentido, dicho problema es el que le da movimiento al ciclo del proceso, para luego redefinirse y seguir produciendo acciones que tiendan a solucionarlo. Por lo tanto, el ciclo de una política pública busca la extinción del problema que la impulsa. Esto se deduce de que siendo los actores de las políticas públicas, funcionarios y autoridades estatales, su interés es el interés común y por ende el bien público, por ello el problema-motor siempre constituiría (o debería) una necesidad social.
- **Las distintas políticas públicas se intersectan**. Debido a que los problemas y necesidades de la población (que son o deberían ser el motor de estas políticas) se interrelacionan entre ellos, de la misma forma una política pública sobre salud materna puede encontrar puntos de intersección con políticas a favor de la desnutrición infantil y la violencia familiar (Majone 1997).
- **Tiene impacto público**, sea a nivel local, regional o nacional. Además dicho impacto es, al menos teóricamente, intencionado. Los actores generan las políticas con esa vocación.

En el sentido de lo visto hasta ahora, es necesario que los actores de las políticas se desenvuelvan en función de un “enfoque” y escala de valores que garanticen el menor nivel de intereses privados en los procesos de decisión. Los valores adoptados conformarán el “núcleo” de la política pública, es decir aquellos principios axiológicos que regirán su producción, que no son negociables y cuyo cambio y evolución requiere un proceso largo y paulatino. El “núcleo”, por supuesto, se contrapone a una “periferia” que es más maleable y susceptible de ser cambiada por razones de oportunidad (Majone 1997).

Por ejemplo, tenemos que en una política pública sobre violencia familiar la “periferia” podría estar constituida por las opciones de operadores de justicia que serán autorizados para atender este tipo de casos (juez de paz, juez penal, ronda campesina); mientras que el “núcleo” estará constituido por el carácter “no negociable” de los derechos involucrados, lo que derivaría, por ejemplo, en que la conciliación en estos casos sea inviable.

3.1. Enfoque de derechos en políticas públicas

En el caso de un estado democrático, se debe exigir que el “enfoque” que deba tener toda política pública priorice el respeto y goce de derechos fundamentales y el bien común, es decir, se exige que se tenga un “enfoque de derechos”. Es decir, que se considere al Estado al servicio de las personas y responsable por el goce de sus derechos, el protagonismo recae en el sujeto que tiene y puede exigir derechos, y no en el Estado como ente que tiene la potestad de asistir ciudadanos necesitados (Alza 2004, 2005; Mujica 2010).

Políticas públicas con este enfoque buscan “dar cumplimiento al deber de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos y que, en tal calidad, sus titulares pueden exigir tal respeto, protección y realización”. En esa línea, este enfoque se caracteriza porque (las características están inspiradas en las reflexiones sobre este tema de Alza y Mujica):

- Al focalizar su atención en las personas y sus derechos, se visibilizan más fácilmente situaciones de desigualdad, que afectan grupos minoritarios o simplemente grupos históricamente relegados. Se prioriza el bienestar de los ciudadanos, sobre consideraciones económicas, políticas, u otras; que pueden sostener, prolongar o ignorar dichas situaciones de desequilibrio. Asimismo, se presta mayor atención a la pobreza, por ejemplo, como una situación de vulneración sistemática de derechos, más que como una mera condición económica-social.
- Los ciudadanos pasan de ser usuarios de servicios del Estado, a titulares de derechos exigibles ante este, reivindicando el concepto de ciudadanía y reforzando los principios de dignidad humano e igualdad.
- Se revitaliza la necesidad y derecho de la participación ciudadana en el quehacer político, como es por ejemplo el diseño de políticas públicas, como un actor importante en el control y balance del poder, conducción de los recursos, construcción de un Estado de Derecho y fortalecimiento de la democracia.
- Se nutren de las teorías, normas (nacionales e internacionales) y jurisprudencia sobre derechos humanos.
- Se asocia fácilmente con modelos de desarrollo dirigidos a atender las necesidades básicas de los ciudadanos y desarrollar sus capacidades y ampliar sus libertades (políticas, económicas, etc.) en un ambiente de igualdad y no discriminación. En específico, como se mencionara en la introducción, con el modelo de “desarrollo humano y enfoque de capacidades”.

III. Estándares de evaluación para el caso de la política pública bajo análisis

1. Políticas públicas a partir de los tres enfoques descritos

Para efectos de este trabajo el esfuerzo de síntesis de los tres enfoques, girará alrededor de que dicha síntesis permita encontrar estándares adecuados de la política pública sobre

violencia familiar contra la mujer, en zonas con distintas manifestaciones culturales a la asumida por las instituciones del Estado.

En ese sentido, empezaremos diciendo que como ya se ha mencionado, el pretender cumplir de manera irrestricta con el respeto a las distintas tradiciones culturales, sin una mirada crítica, constituye un grave peligro de relativización de todo valor y toda forma de hacer justicia, por ejemplo. Así, podría llegarse a consentir prácticas discriminatorias contra ciertos miembros de los grupos con distintas manifestaciones culturales, en función de una costumbre o tradición (como por ejemplo, las mujeres) (Moller s/f). En este punto el enfoque intercultural introduce la idea de diálogo crítico que permite cuestionar tanto la propuesta cultural de los otros dialogantes, como la de uno mismo.

Como ya se ha mencionado, el ideal es la sinergia, la creación o el consenso integrador que surge del diálogo, para poder maximizar cualquier política pública en función de los individuos (y de los grupos) para el goce y respeto de todos sus derechos. En ese sentido, una postura crítica necesariamente tendría que incluir como tema del diálogo, las relaciones de género de los dialogantes. Debido a las relaciones de poder que se derivan de este y se filtran en toda la estructura social, restringir este enfoque a ciertos temas (como violencia familiar) conllevaría de por sí una vulneración de derechos.

Una política pública dirigida a lograr el desarrollo de un grupo y el respeto y goce de sus derechos, debe incluir tanto la participación del grupo (diálogo intercultural) como el tema de género en su agenda (enfoque de género que introduce un elemento crítico). Vale la pena reiterar que para que el diálogo tenga frutos y encuentre legitimidad en los grupos con los que el Estado dialogaría, la crítica debe ser mutua, y el diálogo abierto.

Como puede notarse, todo esto tiene como presupuesto un enfoque de derechos para la creación de políticas públicas, con todo lo que ello implica, especialmente el protagonismo de la ciudadanía y sus derechos, y la obligación estatal para con ellos, así como un escenario en que la participación ciudadana sea viable. De esta forma el diálogo se enmarca dentro de un núcleo axiológico que prioriza el bienestar común, sobre intereses políticos.

Nótese también, que lograr una interiorización de estos enfoques por parte de los actores de las políticas públicas es una tarea de largo plazo. No obstante, las herramientas normativas, teóricas, jurisprudenciales y las propias relaciones de poder que mueven la política, son a la vez herramientas de incidencia para que estos actores se conduzcan de acuerdo a cómo los enfoques lo prescriben, o al menos se conduzcan de la forma más cercana posible.

2. Una propuesta de estándares

A continuación, se planteará una tabla de estándares de referencia para la política pública sobre violencia familiar, en zonas con distintas manifestaciones culturales a la asumida por las instituciones del Estado, en base a tres tipos de herramientas. En primer lugar en

función de los tres enfoques o perspectivas antes mencionados y su contenido teórico descrito, en segundo lugar las principales normas internacionales vinculantes (o no vinculantes pero de cuyas organizaciones el Perú es parte y sirven para interpretar derechos, como declaraciones de la ONU), así como nacionales. Y en tercer lugar la jurisprudencia (nacional e internacional) que haga referencia al problema de la política pública mentada.

En el caso de la jurisprudencia, a diferencia de la normatividad, será aquella jurisprudencia vinculante para el Perú; la de sus propios tribunales ordinarios, nuestro Tribunal Constitucional (TC) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de acuerdo a las sentencias del TC recaídas en los expedientes N° 01124-2001-AA/TC, 0218-2002-HC/TC, 04677-2005-HC/TC y 0007-2007-PI/TC).

Los estándares presupondrán el goce de la mayoría de derechos civiles y políticos por lo que no se mencionarán todos ellos (como por ejemplo la vida), así como las normas que los toquen de manera general. De igual forma, no se señalarán parámetros generales para el enfoque de interculturalidad (como serían los relacionados a todos los derechos de los pueblos indígenas), sino en tanto sean útiles para el tema específico de este trabajo. En el caso de los derechos de igualdad (y no discriminación) y dignidad, serán mencionados pero se usarán referentes generales, ya que su mención es ineludible para introducir los demás estándares.

Estándar	Comentario	Referente vinculante que lo hace obligatorio para el Perú ¹³⁶
Garantizar el derecho a la dignidad de la persona humana.	Es un principio básico del Estado de Derecho (García 2008:72-75), y que constituye un elemento esencial en la constitución de un “enfoque de derechos”. Es la expresión normativa de la priorización del ser humano, para el Estado.	Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (DEDCM); art. 1. Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará, Brasil); preámbulo; art. 4, inciso e. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI); art. 1. Constitución Política del Perú; art. 1. Ley de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres; art. 3, inciso 1. Sentencias del TC recaídas en los

¹³⁶ En algunos casos se mencionan algunos documentos no vinculantes.

		expedientes N° 0042-2004-AI y N° 2945-2003-AA.
<p>Garantizar el derecho a la igualdad de toda persona y cumplir el mandato de no discriminación.</p>	<p>Se debe considerar en este punto el concepto de “diferenciación” en el caso de grupos tradicionalmente marginados que requieren un trato especial para lograr un verdadero nivel de igualdad. En dicho sentido, se debe considerar la condición histórica de exclusión de la mujer, más pronunciada en grupos con manifestaciones culturales distintas a la del Estado (también históricamente excluidos), para la aplicación de “acciones afirmativas” y modificación de relaciones de poder.</p>	<p>Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC); art. 2, inciso 2; 3, 7, inciso a-i; 10, inciso 2. Convenio 169; preámbulo; 2, inciso 2ª; 3, inciso 1; 4, inciso 3; 4, inciso 3; 24. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 1; 13; inciso 5; 24. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 2, 3, 24, 26. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH); art. II. DUDH; art. 1, 2, 7. DEDCM; art. 2-4, 6, 7, 9-11. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVCM); art. 3 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); preámbulo; art. 1; 4, inciso 1; 7; 8; 10-16, inciso 1. Convención Belém Do Para; art. 4, inciso f y j; 6, inciso a; 9. Objetivo de Desarrollo del Milenio N° 3 (sobre equidad de género y fortalecimiento de la autonomía de la mujer) DNU DPI; preámbulo, art. 1; 2; 8, inciso 2e; 15, inciso 2; 22; 44; 46, incisos 2 y 3.</p> <p><i>Caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú.</i> Sentencia de la Corte IDH, del 25 de noviembre de 2006 (en relación a la violencia de género).</p> <p>Constitución Política del Perú; art. 2, inciso 2; 26, inciso 1. Código Civil Peruano; art. 234 y 290 (deberes y derechos en el hogar).</p>

		<p>LIO; art. 2 y 3, inciso 1.</p> <p>Acuerdo Plenario No 2-2005 CJ 116/ Sobre la valoración de la declaración del agraviada (o) en casos de violación sexual. Se relativiza la carga de la prueba.</p> <p>Sentencia del TC recaída en el expediente N° 018-96-I/TC (sobre la prevalencia de derechos fundamentales en casos que involucren a grupos con manifestaciones culturales diferenciadas)</p> <p>Sentencia del TC recaída en el expediente N° 00537-2007- PA/TC (sobre la relación de subordinación social entre esposos).</p> <p>Sentencias del TC recaídas en los expedientes N° 03190 -2008- PA/TC y 05527-2008-PHC/TC (sobre la discriminación de género en relación al embarazo, en la Policía Nacional.</p>
Garantizar el derecho a la libertad sexual y reproductiva	En relación, con las relaciones de poder que se derivan del sexo y género. Específicamente, en relación con el acto sexual y control de la sexualidad como forma de dominación	<p>CEDAW; art. 15, incisos d y e.</p> <p><i>Caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú.</i> Sentencia de la Corte IDH, del 25 de noviembre de 2006.</p>
Garantizar el derecho a la integridad y la salud física, psicológica, sexual y reproductiva.	Relacionado particularmente, con las distintas formas de ejercer violencia y el daño que estas causan. La subestimación de las atribuciones y roles femeninos puede llevar a considerar la violencia solo en cuanto sea visible o evidente.	<p>Convención 169; art. 7, inciso 2; 24; 25, inciso 1 y 4.</p> <p>PIDESC; art. 9 y 12.</p> <p>CEDAW; art. 12</p> <p>Convención Belém do Pará, Brasil; art. 1, 2 y 4, inciso b.</p> <p>DEVCM; art. 1 y 2; 3, inciso f y h.</p> <p>DNU DPI; art. 1; 6, inciso 1, 22, 24, inciso 1.</p> <p><i>Caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú.</i> Sentencia de la Corte IDH, del 25 de noviembre de 2006.</p> <p>Código del niño y el adolescente (Perú); art. 2</p>

		<p>Código Penal peruano; art. 121-B, 122-B y 441 (violencia familiar como agravante de faltas graves, leves y faltas).</p> <p>Ley de Protección frente a la violencia familiar (Perú); art. 2.</p> <p>LIO; art. 6, incisos i y j.</p> <p>Sentencia del TC recaída en el expediente N° 018-96-I/TC.</p>
Alcanzar un nivel de vida adecuado.	Se deriva en general de la situación integral que implica el respeto de todos los demás derechos mencionados. El establecimiento de estándares de vida adecuados para que cada persona logre su realización personal.	<p>Convención de Belém do Para; preámbulo, art. 3.</p> <p>DNUDPI; art. 1, art. 24, inciso 2.</p>
Poder elegir libremente el proyecto de vida.	En relación con el anterior, este estándar corresponde a la propia visión de realización personal que tiene cada persona, y que para cuyo fin necesita circunstancias favorables (goce de derechos y sociedad democrática)	<p>CEDAW; art. 15, incisos a,b,d,e,g y h. Convenio 169; art. 2, inciso 2c; 4, inciso 2.</p> <p>DEDCM; art. 6, inciso 2a y 2b.</p> <p><i>Caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú.</i> Sentencia de la Corte IDH, del 25 de noviembre de 2006 (relacionado al truncamiento o afectación del embarazo).</p>
Garantizar el derecho a la identidad cultural.	En relación, principalmente, a sus valores culturales y cómo se transmiten; pero desde una postura crítica y autocrítica. En especial en lo que se refiera al género. Esto implica reconocer que las distintas culturas tienen conflictos internos, como los producidos por las relaciones de género, y no constituyen bloques uniformes y estáticos.	<p>CEDAW; art. 14, inciso 1.</p> <p>Convenio 169; art. 2, inciso 2b.</p> <p>DNUDPI; preámbulo, art. 1; 9; 33, inciso 1.</p> <p>LIO; art. 3, inciso 2c; 8, inciso 1 y 2.</p> <p>Sentencia del TC recaída en el expediente N° 018-96-I/TC.</p> <p>Sentencia del TC recaída en el expediente N° 0042-2004-AI/TC (sobre el respeto y protección de las distintas manifestaciones culturales)</p>
El reconocimiento del valor de las distintas manifestaciones culturales, como susceptibles de ser confrontadas de forma homogénea frente a la opción cultural tomada por las organizaciones estatales.	En relación con el punto precedente, un diálogo crítico requiere asimilar la condición de igual de los otros dialogantes. Solo en ese sentido la crítica puede ser mutua, y el resultado del diálogo una integración sinérgica	<p>Convenio 169; art. 3, inciso 2; 5; 6; 8.</p> <p>DNUDPI; preámbulo, art. 8, inciso 1, 2a y 2d; 11; 18, 19.</p> <p>LIO; art. 3, inciso 2c.</p>

	de posturas.	
Proteger todos los diversos tipos de familia existentes en la sociedad.	Tiene que ver con el respeto a las manifestaciones culturales propias de cada grupo, dentro de las cuales están las organizaciones sociales como la familia. En la medida de lo posible se debería buscar mantener los “formatos” de organización de los cuales las víctimas también participan, y cuya comprensión comparten.	PIDCP; art. 23. Ley de Protección frente a la violencia familiar (Perú); art. 2. LIO; art. 3, inciso 2c.
Reconocer la especial situación de vulnerabilidad que tiene las víctimas mujeres de violencia en espacios privados como el familiar.	En relación, con la particular relación de poder en la cual se desarrolla la violencia. En la cual el espacio privado permite reproducir más fácilmente patrones de subordinación y control.	Convención Belém do Pará; art. 2, inciso a; 3. DNU DPI; art. 1; 22; 44. Código Penal peruano; art. 121-B, 122-B y 441 (violencia familiar como agravante de faltas graves, leves y faltas). Ley de Protección frente a la violencia familiar (Perú); art. 2.
Garantizar el derecho al acceso a la justicia (a la jurisdicción, debido proceso y otras formas de satisfacer sus necesidades jurídicas) para el grupo vulnerable particular de mujeres indígenas víctimas de violencia familiar.	Esto tiene que ver con el nivel de identificación de los miembros de los grupos con distintas manifestaciones culturales, respecto a sus propias instituciones, incluyendo las de justicia. Así como con la necesidad de que el Estado adecúe procedimientos adecuados para atender estándares de justicia distintos a los que sostienen sus propias instituciones.	Convenio 169; art. 12. Convención Belém do Pará; art. 4, inciso g; 7; 8, incisos d y f. <i>Caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú.</i> Sentencia de la Corte IDH, del 25 de noviembre de 2006. <i>Caso Tribunal Constitucional v. Perú.</i> Sentencia de la Corte IDH, del 31 de enero de 2009. <i>Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay;</i> y <i>Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay.</i> Sentencias de la Corte IDH, del 17 de junio de 2005 y 29 de marzo de 2006, respectivamente. Ley de Protección frente a la violencia familiar (Perú); art. 3, incisos d, e, f y h; 5, 6, 9, 17, 20, 25, 26 y 29. LIO; art. 7. Acuerdo Plenario No 2-2005 CJ 116
El respeto por las formas propias de administrar justicia como parte de la	Esto se encuentra relacionado con el derecho de acceso a la justicia, en	Convenio 169; art. 8, inciso 2; 9, 10. PIDESC; art. 1.

<p>libre autodeterminación de los pueblos.</p>	<p>tanto constituyen formas “alternativas” a las instituciones estatales, para la satisfacción de las necesidades jurídicas de miembros de grupos con distintas manifestaciones culturales.</p>	<p>DNUDPI; preámbulo, art. 4; 5; 33, inciso 2; 34; 35.</p> <p>Constitución Política del Perú; art. 149.</p> <p>Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, que reconoce a las rondas, la calidad de sistema comunal propio, y por lo tanto se valida su potestad para administrar justicia según el art. 149 de nuestra Constitución.</p>
<p>El empoderamiento de las víctimas y desarrollo de capacidades para que sean agentes de cambio de su propia situación, y capaces de exigir derechos y servicios.</p>	<p>Busca desarrollar niveles adecuados de participación ciudadana para incidir en los procesos decisionales que políticas públicas, relacionados con necesidades directas de los ciudadanos que participan de los mismos.</p>	<p>CEDAW; art. 14, inciso 2.</p> <p>Convención Belém do Pará; art. 6, inciso b; 8, incisos a y f.</p> <p>Objetivo de Desarrollo del Milenio N° 3 (sobre equidad de género y fortalecimiento de la autonomía de la mujer).</p> <p>LIO; art. 6, inciso e.</p>
<p>La promoción de valores democráticos que garanticen el desarrollo de un ambiente social de respeto por la igualdad y no discriminación, en especial en cuestiones de género y cultura.</p>	<p>Se promueve un cambio de patrones sociales en las relaciones de poder, tratando de mantener y lograr integrar valores culturales propios.</p>	<p>Convenio 169; art. 5.</p> <p>Convención Belém do Pará; art. 6, inciso b; 8, incisos, a, b, c, e y g.</p> <p>CEDAW; art. 5, inciso a; 10, inciso c.</p> <p>DEDCM; 3.</p> <p>Ley de Protección frente a la violencia familiar (Perú); art. 3, inciso b.</p>
<p>En relación al anterior, reconocer que el problema de violencia en un ambiente familiar constituye un problema de la víctima y victimario, quien también requiere medidas específicas para la atención de agresión.</p>	<p>Sugiere ver el problema desde ambos puntos de vista, de quien afecta los derechos y de quien cuyos derechos son afectados. Esto en función de una visión más amplia del mismo, y de la integralidad de sus solución para erradicarlo de forma más eficiente.</p>	<p>Convención Belém do Pará; art. 7, inciso d.</p> <p>Ley de Protección frente a la violencia familiar (Perú); art. 3, inciso g.</p>
<p>Promover la educación legal y conciencia de ciudadanía en mujeres indígenas, como grupos vulnerables tradicionalmente excluidos. Conocimiento de derechos y procedimientos.</p>	<p>Esto tiene relación con los mecanismos de empoderamiento de mujeres y el cambio de patrones sociales de subordinación, en las propias víctimas.</p>	<p>CEDAW; art. 5, inciso b.</p> <p>PIDESC; art. 13-15</p> <p>Convención Belém do Pará; art. 6, inciso b; 8, incisos a y e.</p> <p>Ley de Protección frente a la violencia familiar (Perú); art. 3, inciso a.</p>
<p>La obligación del Estado de evaluar y monitorear la política en cuestión, y redefinirla de ser el caso. Es decir</p>	<p>Esto tiene que ver con la coherencia de las acciones de la política pública respecto al problema que pretende</p>	<p>CEDAW; art. 2; 3; 4, inciso 1; 6; 10-16, inciso 1; 18 y 24.</p> <p>Convención Belém do Pará; art. 8,</p>

<p>mantener vigente, el proceso decisional en torno al problema mentado, hasta que este sea solucionado (se consuma)</p>	<p>solucionar. Como ya hemos comentado, durante el proceso decisional pueden haber desviaciones que releguen el problema original, por otro que signifique una oportunidad más atractiva de ser explotada.</p>	<p>inciso h; 10. Convenio 169; art. 33. DEDCM; art. 2-4, 6, 7, 9-11. DEVCM; art. 4. DNUDPI; art. 38. Ley de Protección frente a la violencia familiar (Perú); art. 3, inciso c. LIO; art. 1, 4, 5 y 6, incisos a-d.</p>
--	--	---

Es necesario acotar que las normas que se utilizan para establecer los estándares, forman en sí mismas parte de la política pública materia de este artículo, lo cual en realidad constituye un fenómeno positivo, en tanto los productos de dicha política (y de cualquier otra) refuerzan sus propios principios y valores.

De otro lado, es importante establecer que los estándares señalados en el cuadro tienen la función de:

- Servir de referencias axiológicas necesarias durante el proceso de decisión que implica toda política pública. Se constituye, en ese sentido, como el núcleo de dicha política, establece límites para el rango de acciones que pueden ser consideradas durante el proceso mencionado.
- En el sentido del punto anterior, sirven como legitimadores de las decisiones tomadas y las acciones que se ejecuten.
- Son herramientas que permiten evaluar la política pública ex post, de manera más objetiva, y continuar con el desarrollo del ciclo del proceso. Se redefine el problema y se siguen generando productos de la política pública. En esa lógica, constituyen referencias concretas bajo las cuales la población puede fiscalizar el comportamiento político del Estado y el cumplimiento de sus obligaciones para con ellos.

Finalmente, es importante señalar que si bien las disposiciones normativas y reglas jurisprudenciales pueden presentarnos un panorama positivo sobre el desarrollo de una política pública, ya que los estándares que se extraen de ellas pueden ser buenos; no basta con que el proceso que implica la política pública se atenga a él. En efecto, el procedimiento formal del proceso puede ser coherente con los estándares pero los resultados que emanan de ellos no necesariamente, o no en la medida esperada. Esto puede ser producto de una ausencia de control en la implementación de acciones, de seguimiento del cumplimiento de los productos normativos de la política, por la falta de indicadores adecuados para medir resultados, o por la falta de integración y concordancia entre distintas políticas públicas.

Como se mencionara en la introducción de este trabajo, el escenario político y su nivel de transparencia y corrupción constituyen oportunidades para el desarrollo de procesos ocultos que atiendan intereses también ocultos, que actúen en contra del proceso formal o simplemente no actúen. En todo caso, una evaluación de los productos de la política es necesaria, para lo cual los estándares planteados pueden ser de utilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA S., Oscar y CASTRO, Sergio R. (Coords.)

2005 *Pluralismo jurídico e interculturalidad*. Sucre : Tupac Katari

ALFARO, Santiago, Juan ANSION y Fidel TUBINO (eds.)

2008 *Ciudadanía intercultural. Conceptos y pedagogía desde América Latina*. Primera edición. Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ALZA BARCO, Carlos

2005 *Enfoque de Derechos en los Servicios Públicos: La Defensoría del Pueblo y el derecho humanos al agua*. Material de lectura del curso “Diseño de Políticas Públicas en Derechos Humanos” de la Maestría de Derechos Humanos de la PUCP, dictado por el profesor Carlos Alza.

ALZA BARCO, Carlos y Kantuta VALLENAS

2004 *Gobernabilidad y Democracia: Políticas públicas son enfoque de derechos*. Material de lectura del curso “Diseño de Políticas Públicas en Derechos Humanos” de la Maestría de Derechos Humanos de la PUCP, dictado por el profesor Carlos Alza.

ARTICULACIÓN REGIONAL FEMINISTA

2004 *Observatorio de sentencias judiciales*.
www.articulacionfeminista.org

BENOIT, Christine

2006 *Aisladas, olvidadas y asustadas: las mujeres de comunidades campesinas víctimas de violencia familiar en la provincia*. En: RUIZ-BRAVO, Patricia y José LUIS ROSALES. *Género y metas del milenio*. Lima : UNIFEM, PNUD y UNFPA.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

2004 *Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos humanos*. Material de lectura del curso “Diseño de Políticas Públicas en Derechos Humanos” de la Maestría de Derechos Humanos de la PUCP, dictado por el profesor Carlos Alza.

CAMOU, Antonio

1994 *Ciudadanía, tejido intercultural y modernización en el marco de una transformación productiva con equidad (o de como entrar a la modernidad por la puerta que más nos guste)*. Cholonautas – Sitio web para el desarrollo de las

Ciencias Sociales en el Perú. Consulta: 13 de noviembre de 2008.
<http://www.cholonautas.edu.pe/busca.php?busca=interculturalidad>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1993 *Constitución Política del Perú de 1993.*

1997 TUO de la Ley N° 26260. *Ley de protección frente a la violencia familiar.*

2007 Ley 28983. *Ley de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres (LIO).*

DEGREGORI, Carlos Iván

2009 *No hay país más diverso.* 3° Reimpresión, Lima: IEP.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura

1997 “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”. *Análisis Político.* Número 31, pp. 1-15. Biblioteca Virtual de CLACSO. Consulta: 5 de noviembre de 2008.

<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/assets/own/analisis%20politico%2031.pdf>

FACIO, Aldo

2003 *Con los lentes del género, se ve otro “Derecho”.* Material de lectura del curso “Acceso a la Justicia” de la Facultad de Derecho de la PUCP, dictado por el profesor Javier La Rosa.

FERRI DURÁ, Jaime

2009 *Políticas Públicas.* En: REYES, Román. *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social.* Madrid : Editorial Plaza y Valdés. Consulta: 17 de julio de 2010.

http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/P/politicas_publicas_a.htm

GARCÍA TOMA, Víctor.

2008 *Los derechos fundamentales en el Perú.* 1° Edición, Lima : Jurista Editores.

GONZÁLEZ R. ARMAÍZ, Graciano (coord.)

2002 *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural.* Madrid : Editorial Biblioteca Nueva S.L.

IDEHPUCP

2010 *Entre la teoría y la práctica: nuevas perspectivas sobre los derechos humanos de la mujer*. Lima: IDEHPUCP.

KYMLICKA, Will

1992 *The Rights of Minority Cultures*. En: *Political Theory*. Vol. 20, N° 1, pp. 140-146

1996 *Ciudadanía multicultural*. Barcelona : PAIDOS.

LA ROSA CALLE, Javier y Wilfredo ARDITO

2004 *Violencia familiar en la región andina*. Lima: IDL.

LATINOBARÓMETRO

2009 *Informe 2009*. Santiago de Chile : Latinobarómetro.

LINDBLOM, Charles

1991 *El proceso de elaboración de políticas públicas. Capítulo I: La política desde la perspectiva del proceso de elaboración de políticas públicas*. Material de lectura del curso “Diseño de Políticas Públicas en Derechos Humanos” de la Maestría de Derechos Humanos de la PUCP, dictado por el profesor Carlos Alza.

1991 *El proceso de elaboración de políticas públicas. Capítulo II: El análisis para la formulación de políticas públicas*. Material de lectura del curso “Diseño de Políticas Públicas en Derechos Humanos” de la Maestría de Derechos Humanos de la PUCP, dictado por el profesor Carlos Alza.

MAJONE, Giandoménico

1997 *Evidencia, Argumentación y Persuasión en la Formulación de Políticas. Capítulo VII: El desarrollo de las políticas*. Material de lectura del curso “Diseño de Políticas Públicas en Derechos Humanos” de la Maestría de Derechos Humanos de la PUCP, dictado por el profesor Carlos Alza.

MENY, Ives y Jean-Claude THOENIG

1992 *Las políticas públicas*. Material de lectura del curso “Diseño de Políticas Públicas en Derechos Humanos” de la Maestría de Derechos Humanos de la PUCP, dictado por el profesor Carlos Alza.

MINISTERIO DE JUSTICIA

1998 Decreto Supremo N° 002-098-JUS. *Reglamento de la Ley de protección frente a la violencia familiar*.

MOLLER OKIN, Susan

s/f *Is Multiculturalism bad for women?* Material de lectura del curso “Género y Política” de la Facultad de Ciencias Sociales de la PUCP, dictado por la profesora Laura Balbuena.

MUJICA PETIT, Javier

2010 *Para ser mejores. Para hacerlo mejor. Manula de introducción a la programación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos.* Lima : Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos-Perú EQUIDAD.

OEA

2007 *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano.* Washington: OEA.

OIT

1989 *Convenio N° 169*

ONU

1948 *Declaración Universal de Derechos Humanos.*

1966 *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

1966 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas.*

1967 *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.*

1979 *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*

1993 *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.*

2007 *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*

PATEMAN, Carole

s/f *El Estado de bienestar patriarcal.* Material de lectura del curso “Género y Política” de la Facultad de Ciencias Sociales de la PUCP, dictado por la profesora Laura Balbuena.

POGGE, Thomas W.

2007 *Reconocidos y violados por la ley internacional: Los derechos humanos de los pobres mundiales.* En: CORTÉS RODAS, Francisco y Miguel GIUITI. *Justicia*

global, derechos humanos y responsabilidad. Bogotá : Siglo de Hombres Editores, Universidad de Antioquía y PUCP.

SALMÓN, Elizabeth

2010 *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Tomo 3: Los derechos de los pueblos indígenas. Lima : IDEHPUCP.

RODRIGUEZ REGUEIRA, José Luis

s/f *Multiculturalismo. El reconocimiento de la diferencia como mecanismo de marginación social.* Cholonautas – Sitio web para el desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú. Consulta: 13 de noviembre de 2008.
http://www.ugr.es/~pwlac/G17_04JoseLuis_Rodriguez_Regueira.html

RUIZ-BRAVO, Patricia et alia (compi.)

2009 *Desarrollo Humano y Libertades. Una aproximación interdisciplinaria.* 1° Ed., Lima: Fondo Editorial PUCP.

1999 *Una aproximación al concepto de género.* Material de lectura del curso “Acceso a la Justicia” de la Facultad de Derecho de la PUCP, dictado por el profesor Javier La Rosa.

SARTORI, Giovanni

2001 *La sociedad multiétnica.* Madrid : Grupo Santillana de Ediciones S.A.

TUBINO, Fidel

2002 *Entre le multiculturalismo y la interculturalidad: Más allá de la discriminación positiva.* Cholonautas – Sitio web para el desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú. Consulta: 13 de noviembre de 2008.
<http://www.cholonautas.edu.pe/busca.php?busca=interculturalidad>

ZALAUQUET, José

2004 *Temas de Derechos Humanos en debate.* Lima: IDL-Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004.

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. que reconoce a las rondas, la calidad de sistema comunal propio, y por lo tanto se valida su potestad para administrar justicia según el art. 149 de nuestra Constitución.

Acuerdo Plenario No 2-2005 CJ 116/ (Sobre la valoración de la declaración del agraviada (o) en casos de violación sexual. Se relativiza la carga de la prueba).

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia de la Corte IDH, del 17 de junio de 2005 y

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay. Sentencia de la Corte IDH, del 29 de marzo de 2006, respectivamente.

Caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú. Sentencia de la Corte IDH, del 25 de noviembre de 2006 (en relación a la violencia de género).

Caso Tribunal Constitucional v. Perú. Sentencia de la Corte IDH, del 31 de enero de 2009.

Sentencia del TC recaída en el expediente N° 018-96-I/TC (sobre la prevalencia de derechos fundamentales en casos que involucren a grupos con manifestaciones culturales diferenciadas)

Sentencia del TC recaída en el expediente N° 00537-2007- PA/TC (sobre la relación de subordinación social entre esposos).

Sentencias del TC recaídas en el expediente N° 03190 -2008-PA/TC (sobre la discriminación de género en relación al embarazo, en la Policía Nacional).

Sentencias del TC recaída en el expediente N° 05527-2008-PHC/TC (sobre la discriminación de género en relación al embarazo, en la Policía Nacional).

Sentencia del TC recaídas en el expediente N° 0042-2004-AI (en relación a la dignidad de las personas, y sobre el respeto y protección de las distintas manifestaciones culturales)

Sentencia del TC recaída en el expediente N° 2945-2003-AA ((sobre la discriminación de género en relación al embarazo, en la Policía Nacional)