

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA**

**MAESTRÍA EN DERECHO**



**TESIS**

**CONTRAVENCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMUNAL A  
LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR LA IDEOLOGÍA LIBERAL**

**PRESENTADA POR:**

**LIZBETH VALENZUELA PÉREZ**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:**

**MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO**

**MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL  
CONSTITUCIONAL**

**PUNO, PERÚ**

**2018**

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA

MAESTRÍA EN DERECHO

TESIS

CONTRAVENCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMUNAL A  
LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR LA IDEOLOGÍA LIBERAL

PRESENTADA POR:

LIZBETH VALENZUELA PÉREZ

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

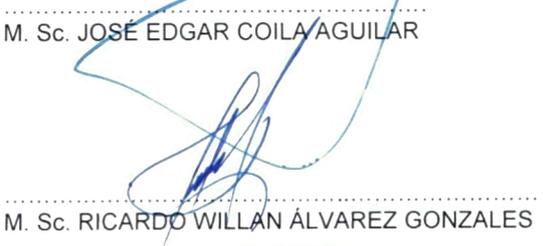
PRESIDENTE:

  
.....  
Dr. SERGIO VALERIO SERRUTO BARRIGA

PRIMER MIEMBRO:

.....  
M. Sc. JOSÉ EDGAR COILA AGUILAR

SEGUNDO MIEMBRO:

  
.....  
M. Sc. RICARDO WILLAN ÁLVAREZ GONZALES

ASESOR:

  
.....  
M. Sc. WILDER IGNACIO VELAZCO

Puno, 07 de agosto del 2018

ÁREA: Justicia comunal.

TEMA: Derecho constitucional.

## DEDICATORIA

A Dios por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud y sabiduría para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor, a mi hijo Jared, mis padres y maestros que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

## AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer primeramente a Dios por darme salud y sabiduría en todo momento, a mi hijo Jared y mis padres por haberme apoyado a lo largo de mis estudios, por darme fuerzas para continuar y lograr mi meta a todos mis maestros que me apoyaron ya que ellos me enseñaron a valorar los estudios y a superarme cada día y el título obtenido con gran esfuerzo es para todos ellos. Estoy seguro que mis metas darán fruto en el futuro y por ende me debo esforzar cada día para ser mejor en todo lugar sin olvidar el respeto y la humildad que engrandece a la persona.

**ÍNDICE GENERAL**

	<b>Pág.</b>
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	1

**CAPÍTULO I****PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN**

1.1 PROBLEMA GENERAL	2
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	3
1.2.1 Problema General	3
1.2.2 Problemas Específicos	4
1.3 JUSTIFICACIÓN	4
1.4 OBJETIVOS	5
1.4.1 Objetivo General	5
1.4.2 Objetivos Específicos	5
CAPÍTULO II	6
MARCO TEÓRICO	6
2.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	6
2.1.1 Antecedentes	6
2.2 MARCO TEÓRICO	6
2.2.1 Derechos Fundamentales	6

2.2.2	Fundamento de los Derechos Fundamentales	7
2.2.3	Una Definición Formal de los Derechos Fundamentales	8
2.2.4	Fundamento del Proceso Penal	9
2.2.5	El Contrato Social Estado y Derecho Moderno	10
2.2.6	El liberalismo, Introducción y antecedentes	12
2.2.7	Dignidad Concepto terminológico	17
2.2.8	Dignidad Humana	19
2.2.9	La Dignidad Humana Como Principio	20
2.2.10	La Dignidad Humana Como Derecho Fundamental	21
2.2.11	Dignidad Liberal	22
2.2.12	Seguridad Jurídica	22
2.2.13	La Positividad del Derecho como Exigencia de la Seguridad Jurídica	23
2.2.14	La Seguridad Jurídica en Relación con la Sociedad	24
2.2.15	Principio de Legalidad	25
2.2.16	Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege	26
2.2.17	Contenido Formal y Material del Principio de Legalidad	27
2.2.18	La noción de Igualdad	27
2.2.19	Igualdad Formal e Igualdad Material	29
2.2.20	La Libertad	31
2.2.21	Solidaridad	33
2.2.22	Comunidades Campesinas	34
2.2.23	Definición de Comunidades Campesinas	35
2.2.24	Relación con el Concepto de Pueblo Indígena o Pueblo Tribal del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.	35

2.2.25	La Corte Suprema ha Interpretado el Artículo 149 de la Constitución Política	38
2.2.26	Determinación de la Competencia en la Justicia Especial Comunal	39
2.2.27	Competencia Material	39
2.2.28	Competencia Territorial	40
2.2.29	Competencia Personal	41
2.2.30	El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	41
2.2.31	Características e Importancia de la Justicia Comunitaria	42
2.2.32	Características Básicas de la Justicia Comunal	44
2.2.33	¿Cuáles son los Principios y Características de la Justicia Comunal?	45
2.2.34	Principios Democráticos	45
2.2.35	Principios Igualitarios	46
2.2.36	Los Límites de la Justicia Comunal	50
2.2.37	Límites a la Justicia Comunal: Los Derechos Fundamentales de la Persona	51
2.2.38	Ley 27908	53
2.2.39	El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema: Rondas Campesinas y Derecho Penal	55
2.2.40	La Interpretación del Artículo 149º de la Constitución	56
2.2.41	Precisión Terminológica Sobre Rondas Campesinas	58
2.2.42	Ronderos de Cutervo castigan a funcionario	61
2.2.43	Pareja de Infieles son Castigados por las Rondas Campesinas	61

2.2.44 Rondas campesinas castigan a diez delincuentes en Macusani – Puno	62
2.2.45 Factor de Congruencia: Conductas que Atentan Contra el Contenido Esencial de Derechos Fundamentales	63
2.2.46 Pluralidad Cultural y Ordenamiento Jurídico	67
2.2.47 Origen del Pluralismo Jurídico en el Perú	67
2.2.48 Evolución del Pluralismo Jurídico	69
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>METODOLOGÍA</b>	
3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	70
3.2 MÉTODO	70
3.3 TIPO DE INVESTIGACIÓN	71
3.4 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	71
3.5 OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	71
3.6 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	72
3.7 PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN	72
3.8 PLAN DE PROCESAMIENTO DE DATOS	73
<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>RESULTADOS Y DISCUSIÓN</b>	
4.1 OBJETIVO ESPECÍFICO I: PRESISAR LAS ATRIBUCIONES CONFERIDAS A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN COMUNAL A LAS COMUNIDADES CAMPESINAS POR EL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	74

4.2	OBJETIVO ESPECÍFICO II: ANALIZAR LOS ASPECTOS ESENCIALES Y FUNDANTES DE LA IDEOLOGÍA LIBERAL EN RELACIÓN A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA	79
4.3	4.3 OBJETIVO ESPECÍFICO III: PROPONER MODIFICACION CONSTITUCIONAL EN RELACION A LOS MALTRATOS FISICOS EN EJECUSION DE LA JURISDICCION COMUNAL	90
	CONCLUSIONES	94
	RECOMENDACIONES	96
	BIBLIOGRAFÍA	97

## RESUMEN

A través del presente trabajo de investigación, se buscara una visión generalizada del aporte de la ideología fundante de nuestro sistema jurídico es decir la influencia de la ideología liberal, un cotejo de la carga filosófica de los componentes de la dignidad en dicha ideología, para lo cual es necesario tener presente que la dignidad humana está compuesta por cuatro principios como son la solidaridad, la igualdad, la libertad y la seguridad jurídica, punto de partida que permitirá dar un soporte a toda la influencia liberal, la cual se ve trastocada por cuanto en la vigencia de normas inspiradas en esos principios se encuentran tolerando la imposición de castigos físicos, legitimados a la luz de la concesión a las comunidades campesinas de la denominada jurisdicción comunal, por ello se ha planteado el problema general: los castigos físicos a la persona, infringidos en ejecución de la jurisdicción otorgada por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado a las comunidades campesinas, contradicen la ideología liberal que es la base de nuestro ordenamiento jurídico. Para ello además se debe tener una noción de las facultades que otorga la Constitución Política del Estado en su Art. 149 y demás aspectos correlacionados con el ejercicio real de dicha regulación constitucional, motivo por el cual se ha fijado como objetivo general: determinar si los castigos físicos a la persona, infringidos en ejecución de la jurisdicción otorgada por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado a las comunidades campesinas, contradicen la ideología liberal que es la base de nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera se buscara el incremento del conocimiento del ejercicio de la jurisdicción comunal en la dimensión específica de los castigos físicos que su ejercicio importa a fin de remontarlos a la esencia misma del soporte ideológico que inspira el ordenamiento jurídico y la concepción de la dignidad humana que nuestra constitución Política del estado manda a defender.

**Palabras Clave:** castigo físicos, comunidades campesinas, dignidad, ideología liberal, jurisdicción comunal, libertad, seguridad jurídica y solidaridad.

## ABSTRACT

Through this research work, a generalized vision of the contribution of the founding ideology of our legal system is sought, that is, the influence of the liberal ideology, a comparison of the philosophical burden of the components of dignity in said ideology, which is necessary to keep in mind that human dignity is composed of four principles such as solidarity, equality, freedom and legal security, a starting point that will allow the support of all the liberal influence, which is disrupted by what in the validity of norms inspired by these principles, they are tolerating the imposition of physical punishments, legitimized in light of the concession to the peasant communities of the so-called communal jurisdiction, for this reason the general problem has been posed: physical punishments to the person, violated in execution of the jurisdiction granted by article 149 of the Political Constitution of the State to the peasant communities, contradict the liberal ideology that is the basis of our legal system. To this end we must also have a notion of the powers granted by the Constitution of the State in its Article 149 and other aspects correlated with the actual exercise of such constitutional regulation, which is why it has set as a general objective: to determine if the physical punishments to the person, infringed in execution of the jurisdiction granted by article 149 of the Political Constitution of the State to the peasant communities, contradict the liberal ideology that is the basis of our legal system. In this way we will seek to increase the knowledge of the exercise of the communal jurisdiction in the specific dimension of the physical punishments that its exercise matters in order to trace them back to the very essence of the ideological support that inspires the legal system and the conception of human dignity that our Political Constitution of the state sends to defend.

**Keywords:** communal justice, education, freedom, legal security, liberal ideology, peasant communities, physical punishment and solidarity.

## INTRODUCCIÓN

El tema de la comprensión de diferentes maneras de ver el mundo, siempre será una inagotable fuente de problemas que puedan servir a los propósitos de investigaciones como la que desarrollamos en el presente trabajo, para tal propósito tenemos al frente la capacidad de tolerancia de nuestra formación fundamental inspirada en la ideología liberal, frente a culturas diversas que en esencia encuentran colisión entre sí, por eso se propone la determinación de la contravención de los castigos infringidos a la persona en la ejecución de la jurisdicción comunal conferida por nuestra Constitución Política del Estado a las comunidades campesinas respecto de la ideología fundante de nuestro ordenamiento jurídico, para cuyo efecto es necesario analizar los alcances de las atribuciones conferidas precisamente por la constitución Política del Estado a las comunidades campesinas, para de esta manera poder conocer sus limitantes y restricciones, de igual manera será necesario el análisis del contenido de la ideología liberal para refrescar nuestra propia formación y el fundamento de nuestro ordenamiento jurídico en relación a la dignidad de la persona humana ambos aspectos, es decir dignidad y persona prioritarios en su defensa para el ordenamiento jurídico liberal; finalmente el trabajo de investigación se abocara a la verificación de la influencia en nuestro ordenamiento jurídico en relación con su ideología inspirante, teniendo al respecto amplitud en la posibilidad del análisis filosófico y doctrinario así como jurisprudencial.

## CAPÍTULO I

### PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1 PROBLEMA GENERAL

En la ordenación del mundo en las conocidas familias jurídicas, contemporáneamente conocidos como sistemas jurídicos, nos encontramos ubicados en el sistema jurídico romanogermánico, es decir con claridad el sistema que es producto directo de la ideología liberal, considerando siempre que la ideología es el contenido de la conciencia, por ser el reflejo de la realidad en la mente de las personas, sobre todo de los fenómenos sociales.

Entonces, con la premisa antes detallada, es lógico devenir que la formación de los inmersos en el sistema jurídico romanogermánico, seamos también formados a la luz del liberalismo como ideología principistamente inspiradora del sistema, en sus postulados y fundamentos, en su filosofía y de ser el caso en sus límites y perfeccionismo, no puede ser de otra manera, si así no fuera se produciría un quiebre entre el fundamental (8) y el producto, lo que probaría una inexistencia del ser final.

En ese contexto se produce una severa contradicción, cuando nuestro estado se propugna por el imperio del estado de derecho, de la Constitucionalidad de la vigencia de las normas, es decir el imperativismo del sistema jurídico, por cierto de ideología liberal, se regula constitucionalmente una jurisdicción paralela, que de por si no tendría mayor observación para este problema, por ser esa jurisdicción paralela se soporta directas contradicciones a la ideología que sostiene nuestro sistema jurídico, lo cual se refleja en el planteamiento del problema del presente trabajo de investigación.

Se ahonda el problema cuando en la ejecución de la jurisdicción otorgada por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado a las comunidades campesinas, se aplican o infringen serios castigos a la persona humana, bajo el pretexto de la interculturalidad, es decir la presencia a otra cultura cuya costumbre lo permitiría, lo que a resultado de nuestra invocada formación no es permisible, pase a postulados de tolerancia y permisibilidad.

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1 Problema General**

¿Los castigos físicos a la persona, infringidos en ejecución de la jurisdicción otorgada por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado a las comunidades campesinas, contradicen la ideología liberal que es la base de nuestro ordenamiento jurídico?

### 1.2.2 Problemas Específicos

- ¿Cuáles son las atribuciones conferidas a través de la jurisdicción comunal a las comunidades campesinas por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado?
- ¿Cuáles son los aspectos esenciales y fundantes de la ideología liberal en relación a la dignidad de la persona humana?
- ¿En qué consiste la influencia de la ideología liberal hacia nuestro ordenamiento jurídico?

### 1.3 JUSTIFICACIÓN

Se encuentra justificación para el presente trabajo de investigación en la necesidad de acercarnos al incremento del conocimiento de cómo el pensamiento del ser humano en colectividad ha alcanzado un elevadísimo punto de desarrollo al formular la ideología liberal y en ella el desarrollo de la concepción de dignidad de la persona, en donde se encuentra lejos de ser consentidos los castigos físicos a la persona humana, fundándose de esta manera los ordenamientos jurídicos que derivan de dicha ideología entre ellos el nuestro desarrollándose con más profundidad y con mayor alejamiento de la posición de infringir castigos a la persona, no obstante ello permitir en la constitución política de nuestro estado la atribución de infringir castigos físicos a tenor de una jurisdicción plural basada en un pluralismo cultural, como es de verse del Artículo 149 del texto constitucional, entonces la investigación se encuentra justificada en cuanto finalmente concluirá sobre la posibilidad de tolerar estas diversas maneras de ideologizar la dignidad de la persona en base

a contravenir los principios que sustentan y postulan nuestra ideología fundante en relación a tener en claro el contenido de nuestra conciencia a través de ideologías sobre los fenómenos sociales.

## **1.4 OBJETIVOS**

### **1.4.1 Objetivo General**

- Determinar si los castigos físicos a la persona, infringidos en ejecución de la jurisdicción otorgada por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado a las comunidades campesinas, contradicen la ideología liberal que es la base de nuestro ordenamiento jurídico.

### **1.4.2 Objetivos Específicos**

- Precisar las atribuciones conferidas a través de la jurisdicción comunal a las comunidades campesinas por el Artículo 149 de la Constitución Política del Estado.
- Analizar los aspectos esenciales y fundantes de la ideología liberal en relación a la dignidad de la persona humana.
- Proponer modificación constitucional en relación a los maltratos físicos en ejecución de la jurisdicción comunal.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

##### 2.1.1 Antecedentes

Hay pocos estudios que se han abocado a estudiar casos como el que pretendemos desarrollar en esta investigación. La mayoría de ellos se han dedicado a aspectos de carácter legal en materia penal pero, no desde el enfoque normativista y garantista desde la Constitución y desde los derechos Humanos.

#### 2.2 MARCO TEÓRICO

##### 2.2.1 Derechos Fundamentales

Ferrajoli (2005) propone una definición teórica, puramente formal o estructural, de derechos fundamentales: son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de

ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas. Esta definición es una definición teórica en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que en este o en aquel ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso de hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo. En otras palabras no se trata de una definición dogmática, es decir formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto.

### **2.2.2 Fundamento de los Derechos Fundamentales**

Peces Barba (2004), el fundamento responde al «por qué» de los derechos fundamentales y se sitúa principalmente en el primer rasgo señalado, la pretensión moral justificada, y el concepto, en una visión dinámica y no solamente estática, aunque la presuponga, responde al «para qué» de los derechos fundamentales, y se sitúa principalmente en el segundo rasgo señalado, la recepción de esa pretensión moral en el Derecho positivo. La comprensión se produce con una respuesta adecuada al por qué y al para qué de los derechos.

Peces Barba (2004), aproximaciones exclusivas desde el pensamiento jurídico y más concretamente desde alguna de las ramas del Derecho estatal o del Derecho internacional, describiendo las fuentes, las garantías y técnicas de protección, las clasificaciones de las normas que recogen derechos fundamentales etc, y que se agotan en el Derecho positivo, sin ahondar ni en los fundamentos ni en los orígenes, sólo describen la función de los derechos, el «para qué» pero no el «por qué». En posiciones extremas ese desinterés por la fundamentación se puede convertir en confusión de la función con la fundamentación, cuando se vacía de contenido a los derechos y se les reduce a una técnica de control social, como sucede con Luhmann, que transforma a los derechos fundamentales en una técnica operativa, imprescindible para la dinámica del sistema y desprovista de cualquier connotación ética. Los derechos son una fuerza sin conciencia.

### **2.2.3 Una Definición Formal de los Derechos Fundamentales**

Ferrajoli (2005), anuncia que se dispone a elaborar una definición formal del concepto de derechos fundamentales. Los Derechos fundamentales, como es sabido, son una categoría metajurídica, toda vez que dicha noción no pertenece al léxico normativo de ningún texto constitucional, ni de ningún ordenamiento jurídico moderno. Con el término derechos fundamentales ciertos teóricos del derecho europeo se refieren, genéricamente a las libertades fundamentales. La filosofía política angloamericana, pienso por ejemplo en John Rawls, emplea por el contrario, la expresión libertades fundamentales para referirse a la

tradición que partiendo del habeas corpus, llega hasta las constituciones liberal democrática contemporánea.

#### **2.2.4 Fundamento del Proceso Penal**

Según Bobbio (1982) los fundamentos del proceso penal descansan en:

a.- El principio de legalidad, el mismo que es propio de un Estado de Derecho, exige que las leyes prevean las conductas que son consideradas delitos, como también las penas; es decir, las consecuencias jurídicas que debe soportar el responsable.

b.- Mientras que la ley penal (sustantiva) establece las conductas delictivas y las penas aplicables a quien las realice, la ley procesal (adjetivo) proporciona las reglas a través de las cuales debe ser investigado el delito y atribuida la responsabilidad del agente.

c.- Pero además, el Derecho Penal Sustantivo necesita del Derecho Procesal Penal en mayor medida que otras ramas del orden jurídico. La realización del Derecho Penal sólo puede concentrarse con las reglas por el derecho procesal, pues en este caso hay un interés público superior al que existe en Derecho Privado.

d.- Según sean las estructuras del Estado, cambian tanto su organización judicial con el sistema procesal. Un Estado democrático prevé un procedimiento en el que diversas funciones (acusación, defensa y decisión) se encuentran adecuadamente garantizadas. Mientras en los sistemas autoritarios se concentran en el Juez las funciones del proceso.

e.- En consecuencia, el fundamento del Proceso Penal, es el deber del estado de garantizar la realización de justicia a los ciudadanos, lo que se corresponde a la idea del Estado de Derecho.

### **2.2.5 El Contrato Social Estado y Derecho Moderno**

Torres (s.f), para dar eficacia a la nueva noción de individuo (racional, autónomo, libre) y hacer posible el uso real de las prerrogativas que le confiere su nueva condición, se construyen el Estado y el Derecho modernos, es decir, las instituciones y la correspondiente regulación jurídica. El modelo del contrato social constituye una propuesta teórica - solución hipotética- para justificar el tránsito del estado natural al estado civil. El contrato es racional por definición. Los principales contractualistas, Thomas Hobbes, John Locke y Juan Jacobo Rousseau, coinciden en que el pacto social se celebra entre personas racionales, libres e iguales, y que genera un estado civil que se sitúa por encima de cada individuo. En aras de la armonía y la seguridad, los individuos deciden unirse para tener colectivamente el derecho que cada uno tenía sobre todas las cosas. Con el contrato social se preserva el rasgo definitorio de lo humano (la racionalidad) y se generan vínculos de solidaridad.

En este proceso es fundamental la voluntad; el acto mismo de suscribir un contrato –aunque la firma sea imaginaria- implica necesariamente que existe consentimiento.

Torres (s.f), el contrato social congrega entonces múltiples voluntades que se expresan como actos racionales. La voluntad general emergente es superior a las voluntades individuales que le dieron origen. El jurista italiano Restra (1995), afirma que la constitución misma del estado civil lleva consigo la renuncia –individual pero de todos- a la propia violencia: esa violencia originaria, indiscriminada, que hace imposible la vida en sociedad. Por ello hay que depositarla en una entidad abstracta el Estado que se coloca por encima de los individuos. Ya Rousseau había afirmado que si todos ceden todo es como si nadie cediera nada; todos ceden su libertad natural y ganan todos la libertad civil. Al confiar en las instituciones se proscriben la venganza privada. Es el pacto de todos para interrumpir la violencia de todos. Se trata claramente de una abstracción, un artificio racional para establecer que por lo menos una vez existió consenso entre los hombres las mujeres, como veremos enseguida, no participan de ese pacto para que ese poder común controlara la violencia, ya no por azar sino por ley.

Torres (s.f), el uso legítimo de la fuerza física se presenta como la respuesta racional a la venganza, a través de su neutralización y posterior incorporación. El derecho opone una violencia regulada, establecida, limitada; ofrece sustituir el azar por la regularidad, la esperanza por la certeza. El Estado moderno se arroga, en exclusiva, la potestad de sancionar ciertas conductas y para ello crea espacios ad hoc, de índole judicial. La única violencia legítima es la que deriva del Estado y que se impone en forma de coerción; por eso ya no se le llama venganza sino

justicia y se ejerce, presumiblemente, de conformidad con ciertas normas. Nadie es juez y parte. La fuerza no hace derecho. La legalidad es ese límite entre azar y regularidad, entre la esperanza y la certeza. Este proceso, que tiende a reducir la violencia lo más posible y ofrecer garantías de convivencia armónica y pacífica, es un aspecto medular del Estado moderno, garante de los derechos fundamentales. En síntesis, para afianzar las relaciones de solidaridad, los hombres deciden de una manera totalmente racional suscribir un contrato social. Otorgan su voluntad, renuncian a esa violencia originaria, indiscriminada y amenazante que daría lugar a la venganza privada, construyen el Estado y el derecho modernos y, en suma, sientan las bases para una convivencia armónica, certera, ordenada. A todo este aparato conceptual subyace la noción de igualdad. El pacto sólo puede celebrarse entre iguales; las reglas de convivencia, la elaboración de un catálogo de conductas antisociales, la conformación de un aparato judicial, el funcionamiento de las nuevas instituciones son aspectos diversos del contrato entre iguales, ciudadanos racionales que ejercen su capacidad de decisión.

### 2.2.6 El liberalismo, Introducción y antecedentes

Sanz (s.f), hasta el XVIII el sistema político dominante fue el absolutismo: la legitimidad monárquica era el **derecho** divino, al que ninguna doctrina cuestionaba de manera radical.

**Liberalismo:** concepto acuñado por Benjamín Constant en 1818, del que la mejor expresión de su significado parte de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789.

**El liberalismo** hace referencia a dos doctrinas, económica y política, que si bien son similares, las implicaciones pueden ser diferentes. El liberalismo afirma la primacía del hombre en la sociedad.

**En materia económica** defiende el derecho a la propiedad, como derecho sagrado, la iniciativa privada y el libre mercado. En materia política defiende las libertades individuales, que deben garantizarse contra todo ataque. El Estado tiene unas funciones esenciales limitadas: nunca debe intervenir en la iniciativa privada, debe garantizar las libertades individuales y la diversidad social. El liberalismo es un ataque al absolutismo monárquico en toda su concepción. Hace una crítica radical al derecho divino de la monarquía. El siglo de las luces es la expresión de un nuevo ideal de la sociedad.

**El padre del liberalismo** político es John Locke, que considera al hombre un ser racional que busca la felicidad; los hombres son libres e iguales; la propiedad es un derecho natural que no tiene porqué ser reconocida ni establecida por la autoridad. El fundamento del poder político es el pacto social por el cual los individuos renuncian a la plena autonomía en beneficio de la sociedad, a la que se integran.

**El Estado tiene un origen contractual.** El poder supremo es el poder legislativo, separado del ejecutivo (Locke no considera el poder judicial).

Reconoce el derecho de resistencia sino se mantiene el orden y los derechos individuales. Considera aceptable una monarquía limitada que detente el poder ejecutivo y represente los intereses del pueblo a través del Parlamento. Por último separa lo temporal de lo espiritual, que considera algo personal.

### **Liberalismo**

Hayek (1973), el término se usa actualmente con una gran variedad de significados que tienen poco en común salvo el describir una *actitud* de apertura hacia ideas nuevas, incluyendo algunas directamente opuestas a las que el término designaba durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX. En este artículo consideraremos sólo aquella amplia corriente de ideas políticas que bajo el nombre de liberalismo operó durante ese período como una de las fuerzas intelectuales más influyentes sobre los procesos que se desarrollaron en Europa Central y Occidental. El movimiento deriva, sin embargo, de dos fuentes distintas que originaron a su vez dos tradiciones, que aunque generalmente se mezclan, coexistieron incómodamente y deben distinguirse en forma clara si se quiere comprender el desarrollo del movimiento liberal.

Para Hayek (1973) la primera tradición, más antigua que la palabra "liberalismo", se remonta a la antigüedad clásica y asumió sus formas modernas a fines del siglo XVII y en el siglo XVIII como la doctrina política de los Whigs ingleses. Esta tradición aportó el modelo de instituciones políticas que siguió principalmente el liberalismo europeo del siglo XIX. La

libertad individual, que el Estado de Derecho había asegurado a los ciudadanos británicos, inspiró el movimiento libertario en los países continentales donde el absolutismo había destruido la mayoría de las libertades medievales que habían perdurado en Gran Bretaña. En el Continente, sin embargo, estas instituciones eran consideradas a la luz de una tradición filosófica muy diferente de las concepciones evolucionistas que predominaban en Gran Bretaña. Se utilizaba un punto de vista constructivista o racionalista que exigía una reconstrucción deliberada de toda la sociedad de acuerdo a los principios de la razón.

Según Hayek (1973) este enfoque se desprendía de la nueva filosofía racionalista desarrollada especialmente por René Descartes (y también por Thomas Hobbes en Gran Bretaña) y adquirió su mayor influencia durante el siglo XVIII, a través de los filósofos del Iluminismo Francés. Voltaire y J. J. Rousseau fueron las dos figuras más influyentes del movimiento intelectual que culminó con la Revolución Francesa, y del que deriva el tipo de liberalismo continental o constructivista. Su característica principal, a diferencia de la tradición británica, no era tanto una doctrina política definida sino una actitud mental general; una exigencia de la emancipación de todo prejuicio y creencia que no se pudiera justificar racionalmente, y una desvinculación de la autoridad de "sacerdotes y reyes". Su mayor expresión es probablemente la afirmación de B. de Spinoza: "...un hombre libre es aquel que vive conforme con los dictados sólo de la razón".

Hayek (1973) estas dos corrientes de pensamiento, que aportaron los principales ingredientes de lo que se llamaría liberalismo en el siglo xix, estaban suficientemente de acuerdo en torno a conceptos como libertad de pensamiento, de expresión y de prensa como para constituir una oposición conjunta frente a visiones conservadoras y autoritarias y, por lo tanto, ser parte de un movimiento común. La mayoría de los simpatizantes liberales de ambas tradiciones profesaban también su fe en la libertad de acción individual y en cierta igualdad de todos los hombres, aunque, estudiado de cerca, este acuerdo parece ser más de palabra que de hecho, ya que se atribuía significados diferentes a términos claves como "libertad" e "igualdad". Mientras que para la antigua tradición británica el valor principal era la libertad individual considerada como la protección legal contra cualquier intento de coacción arbitraria, para la tradición continental la máxima preocupación era la demanda de autodeterminación de cada grupo en relación a su forma de gobierno. Esto condujo a una asociación inicial y a una casi identificación entre el movimiento continental y la posición democrática, que se preocupa de problemas diferentes a aquellos que inquietan a la tradición liberal de tipo británica. Durante su período de formación, estas ideas, que en el siglo xix se conocieron como liberalismo, aún no tenían ese nombre. El adjetivo "liberal" asumió su connotación política gradualmente durante las últimas décadas del siglo xviii al ser utilizado ocasionalmente, como cuando Adam Smith escribió sobre el "plan liberal de igualdad, libertad y justicia".

### 2.2.7 Dignidad Concepto terminológico

Según el diccionario enciclopédico La Rousse, el significado de la palabra dignidad es: "...calidad de digno; que merece algo, en sentido favorable o adverso; correspondiente, proporcionado al mérito y condición de una persona o cosa...".

Pero en este aspecto y a los fines de profundizar el significado de este vocablo y lograr una mayor comprensión del origen e importancia del concepto de dignidad humana, debemos remitirnos a la concepción de Kant (El filósofo de Königsberg), en sus obras "Fundamentación de la metafísica de las costumbres" y "principios metafísicos del Derecho" utiliza, como soporte de la dignidad de la persona humana el argumento según el cual "...Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, cuando se trata de seres irracionales, un valor puramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres irracionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado como medio y, por tanto, limita, en este sentido, todo capricho (y es objeto de respeto).

Estos no son pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efectos de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, realidades cuya existencia es en sí misma, un fin...".

Ese elemento teleológico, no puramente negativo, consustancial a la dignidad de la persona humana es la que permite afirmarla como sujeto.

La dignidad significa para Kant -tal y como expresa en la "Metafísica de las costumbres"- que la persona humana no tiene precio, sino dignidad: "Aquello -dice Kant- que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor intrínseco, esto es, dignidad".

También es importante recordar lo expresado por el filósofo Jacques Maritain en su obra "los derechos del hombre y la ley natural", en esta nos explica el significado de la dignidad del hombre según la perspectiva de la filosofía cristiana, expresando "...decir que el hombre es una persona, es decir que en el fondo de su ser es un todo, más que una parte.

Este misterio de nuestra naturaleza es el que el pensamiento religioso designa diciendo que la persona humana es la imagen de Dios. El valor de la persona, su libertad, sus derechos, surgen del orden de las cosas naturalmente sagradas que llevan la señal del Padre de los seres. La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto...".

Continua este autor diciendo en su particular estilo literario que "...supongo que admitís que existe una naturaleza humana, y que esta naturaleza humana es la misma en todos los hombres. Supongo que admitís también que el hombre es un ser dotado de inteligencia, y que en tanto tal, obra comprendiendo lo que hace, teniendo por lo tanto el poder de determinarse por sí mismo a los fines que persigue. Por otra parte, por tener una naturaleza, por estar constituido de una forma determinada, el

hombre tiene evidentemente fines que responden a su constitución natural y que son los mismos para todos..."

### **2.2.8 Dignidad Humana**

Según Fernández (1994) cada persona humana individual es una realidad en sí misma, mientras que el Estado no es más que una realidad en sí misma, ordenada como fin al bien de las personas individuales. El Derecho en el ordenamiento jurídico es un conjunto, no quedará iluminado en términos de Lucas Verdu, legitimado, sino mediante el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de los derechos que le son inherentes.

Marín de Espinosa (2001), la categoría jurídica específica denominada persona es adscribirle solo al ser humano, este es el titular de un plexo de derechos y deberes, los cuales tiene como fundamento su plena realización existente.

Marín de Espinosa (2001), la dignidad humana es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana, traducidas en el mundo jurídico en una diversidad de bienes jurídicos personalísimos diferenciados y de derechos personalísimos reconocidos constitucionalmente como fundamentales. Todo bien jurídico de carácter personalísimo: Vida, integridad física, salud personal, libertad, honor etc., es reconducible finalmente a la dignidad humana, de modo que todo atentado a cualquiera de dichos bienes

supone, sin duda una lesión del respeto debido a la dignidad de la persona.

Así la persona como centro de la sociedad y la finalidad de proteger su dignidad suponen respeto gratuidad y servicio, que deben estar por encima de otros objetivos como la eficiencia, la funcionalidad y la utilidad los que, si bien son deseables en si mismos, no pueden convertirse en fines ni en valores. Son medios que deberán respetar los principios antedichos. La persona es esencialmente igual a la otra no por lo que tiene, hace, produce o por la fuerza con que cuenta, sino porque es igual a cada una de las demás en tanto humana.

### **2.2.9 La Dignidad Humana Como Principio**

Torres (2001), en la doctrina del Tribunal Constitucional, advertimos la relevancia del doble carácter de la dignidad humana, por una parte su consideración como principio, y por otra parte como derecho fundamental, se precisa que como principio, actúa a lo largo del proceso, y, aunque dicha consideración la circunscriben al ámbito de los operadores constitucionales, consideramos que nada obsta para que el operador de justicia de cualquier nivel tenga que tener en cuenta dicho principio, no solo de aplicación y ejecución de las normas como lo precisa el Tribunal Constitucional, sino también en la creación, interpretación e integración de las normas rituales, adjetivas o procedimentales, como quiera llamárseles, pues debemos entender que principio: "son las ideas, postulados éticos, o criterios fundamentales, básicos, positivizados o no,

que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencial) y consuetudinario.

Ramos (2013), en nombre de la dignidad humana, se puede crear, interpretar e integrar las normas procesales de tal manera que se haga efectiva la protección de las diversas formas de afectación de la dignidad humana, que en el ámbito del conflicto intrafamiliar suele concretizarse en malos tratos físicos con o sin lesión, o agresiones psicológicas por acción u omisión y en tales casos, si la norma sustantiva o adjetiva no ha previsto un mecanismo efectivo de protección le corresponde al operador de justicia, contribuir, no solo en la creación de mecanismos razonables y eficaces de protección de derechos fundamentales, sino que también en su integración.

#### **2.2.10 La Dignidad Humana Como Derecho Fundamental**

Ramos (2013), el Tribunal Constitucional es explícito al decir que como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana. Dentro de esta línea doctrinal nada nos impide sostener que en pos de la dignidad humana pueda exigirse tutela jurisdiccional efectiva para la protección de todos los derechos humanos.

Si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es

presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución).

### **2.2.11 Dignidad Liberal**

Peces Barba (2004), el análisis histórico confirma que el desarrollo de la dignidad humana en qué consisten los derechos fundamentales arranca de cuatro valores, libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, que aparecen en el fundamento de algunos derechos mezclados, coincidiendo en su justificación. Así, en unos casos encontramos la libertad y la igualdad, en otros a la libertad y la seguridad, a la libertad y la solidaridad, a la solidaridad y la igualdad, y por fin en otros, a la solidaridad y a la seguridad jurídica, como en derechos como la protección de la salud, o de la seguridad social.

Peces Barba (2004), en los cuatro valores que prolongan en la vida social, a través de los derechos fundamentales, la idea de dignidad humana, no actúan de manera homogénea, sino que se orientan a dimensiones materiales, formales y relacionales; aunque nunca de manera pura, sino integrados o mezclados a veces entre ellos.

### **2.2.12 Seguridad Jurídica**

Zavala (1994), por otra parte, es de mucha trascendencia seguir la formulación de Elías DÍAZ cuando diferencia la seguridad llamada

impropiamente jurídica que se asienta en la simple legalidad, de la seguridad jurídica verdadera que sólo es fundada en la legitimidad de esa legalidad; legitimidad nacida de su establecimiento y su ejercicio democráticos, pero ante todo de la asunción de los derechos y libertades fundamentales consagrados en el estado histórico contemporáneo de las sociedades más evolucionadas, y cuya conquista es irreversible, haciendo ilegítimo su desconocimiento.

### **2.2.13 La Positividad del Derecho como Exigencia de la Seguridad**

#### **Jurídica**

Pérez (1999), para la realización de la seguridad jurídica en su aspecto objetivo, esto es, estructural afirma, G. Radbruch, Catedrático de la Universidad de Heidelberg, que se requiere básicamente que exista la positividad del Derecho y que ésta reúna al menos las siguientes condiciones: 1. Que la positividad se establezca mediante leyes; 2. Que el Derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del juez; 3. Que esos hechos sean «practicables», es decir, susceptibles de verificación; y, 4. Que el Derecho positivo sea estable.

Pérez (1999) mientras que Lon L. Fuller impone ocho exigencias para que el Derecho positivo satisfaga el requerimiento de la seguridad jurídica estructuralmente: 1. Generalidad de las normas; 2. Promulgación; 3. Irretroactividad; 4. Claridad; 5. Coherencia; 6. Posibilidad de cumplimiento; 7. Estabilidad; y, 8. Congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación.

Pérez (1999), sea cuales fuesen las exigencias de un Derecho positivo que cree seguridad jurídica, según G. radbruch, para que ésta exista siempre deberá existir positividad del Derecho, pues, "si nadie es capaz de fijar lo que es justo, alguien tiene que establecer lo que debe ser derecho; y si el derecho debe cumplir la función de poner un término a la pugna de las concepciones jurídicas contrapuestas por medio de un fallo de poder autoritario, hay que otorgar el establecimiento del derecho a una voluntad que sea capaz de hacerlo cumplir en contra de toda concepción jurídica que se le oponga." Aquel que es capaz de hacer cumplir el derecho demuestra que está llamado a establecerlo.

#### **2.2.14 La Seguridad Jurídica en Relación con la Sociedad**

Es uno de los principios y también uno de los efectos del estado social. Surgirá impulsada por el pensamiento democrático y socialista, y supone no sólo seguridad frente al Poder, y ante el propio Derecho, sino también en la sociedad, como respuesta a las relaciones entre los seres humanos y con su entorno de necesidades básicas. Se habla aquí de seguridad social y no se han hecho muchos esfuerzos teóricos para enlazarla con la noción liberal de seguridad, pero esta consideración conjunta es posible, tanto por los fines (liberar al ser humano del temor, reducir certeza a través de medidas de los poderes públicos), como por los medios (haciéndolo a través del Derecho, a través de la ley y de las decisiones judiciales).

Esta seguridad jurídica en la sociedad, o seguridad social, supone la extensión de la acción del Derecho a sectores tradicionalmente

abandonados a la autonomía de la voluntad, a la libre acción de los particulares y se incorpora progresivamente a las preocupaciones y problemas de la cultura jurídica, con la función promocional. Esta función no es pacífica y se rechaza por las posiciones neoliberales que predicán un Estado mínimo y la superación, por cada uno, de los problemas, en una contienda darwinista donde sobrevive el más fuerte.

### **2.2.15 Principio de Legalidad**

Según Hurtado (1974) el ejercicio por parte del Estado de su poder punitivo comporta graves atentados en la esfera personal de los individuos. Es evidente que el Estado cuya misión primordial es asegurar la paz, la prosperidad y la seguridad, debe recurrir al "Jus Puniendi". Sin embargo es inaceptable sacrificar los derechos del hombre en aras de la consecución de tales fines".

Bocanegra (2006), el Derecho Penal define qué acciones son calificadas como infracciones y señala las penas que deben imponerse a sus autores. Diversos tratadistas del Derecho Penal indican que esta rama del Derecho tiene como funciones primordiales; la determinación de los actos de las personas calificadas como infracciones y las penas que dichos actos acarrearán. Además es importante señalar que el Derecho Penal tiene como única fuente a la Ley.

Jiménez De Asua (1980), la única fuente productora del Derecho Penal es la Ley. Tomada ésta en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos

constitucionales, en la que se define los delitos y se establecen las sanciones.

Bocanegra (2006), entonces, podemos afirmar que la ley para el Derecho Penal es fuente y medida del poder sancionador del Estado.

### **2.2.16 Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege**

Para Cerezo (1996), el jurista alemán Anselm Von Feuerbach al desarrollar su teoría de la coacción psicológica enunció en latín el principio de legalidad que hoy conocemos. Feuerbach, conocido sobre todo por su teoría de la prevención general negativa o intimidatoria, consideró que toda aplicación de una pena supone una ley previa anterior (*nulla poena sine lege*); la aplicación de una pena supone la realización de la infracción prevista en la figura legal (*nulla poena sine crimene*) y la infracción viene determinada por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Estos principios se corresponden con la filosofía de la Ilustración.

Según Urquizo (2007), Feuerbach, en sus comienzos "el más genuino filósofo de la Ilustración, el más genuino jurista del derecho natural", conduce sin embargo el derecho penal alemán a una estricta legalidad, al dominio de la *lex scripta*. Es un autor de la Ilustración, y por lo tanto para él la pena no debe agotarse en la retribución; debe perseguir fines positivos. Estos fines, sin embargo, serán tomados de la función de la ley penal, de la conminación penal rigurosamente fijada. Por un lado, la ley y su rígido texto determinan el alcance de la esfera, libre frente al Estado, del particular; por otro, también la eficacia del derecho penal se deriva de

esta clara rigidez de la conminación legal: su cometido reside exclusivamente en la prevención general por amenaza del mal penal. Si esta "coacción psicológica", si esta previsión de un determinado mal penal resulta ineficaz, la pena deberá ser ejecutada, pero exclusivamente para cumplir la ley; no para educar al delincuente, ya que la formación moral no es de la competencia del Estado liberal.

### **2.2.17 Contenido Formal y Material del Principio de Legalidad**

Urquiza (2007), nuestro ordenamiento jurídico penal reconoce el principio de legalidad, así queda establecido que ningún hecho puede considerarse delito si una ley previamente no lo ha declarado antes de su perpetración y tampoco puede imponerse una pena o medida de seguridad si no se encuentra descrita con anterioridad.

Rodríguez (1978), esta regla determina que en materia penal rige el principio de reserva de ley. Esta reserva de ley significa que la materia penal debe ser regulada en virtud de disposiciones emanadas de aquel poder estatal que, según las leyes fundamentales, tiene la facultad de legislar. Es decir normas establecidas por el Poder legislativo.

### **2.2.18 La noción de Igualdad**

Torres (s.f), la noción de igualdad en la teoría de los derechos humanos El concepto de igualdad es indiscernible de los derechos humanos. Es el principio que les da sustancia y razón de ser. La piedra angular es precisamente la idea de igualdad, de cuño moderno. Los derechos humanos son producto del pensamiento ilustrado y por lo tanto

del primado de la razón. En las sociedades tradicionales hay un orden jerárquico que se hace derivar de la naturaleza (las cosas son como son y no hay manera de cambiarlas), del destino (así ha sido y así será siempre) o de mandatos divinos (es la voluntad de dios). Todo tiene un lugar en un orden social y político que se considera externo a cada persona; los privilegios de unos cuantos y la correlativa subordinación de otros se originan en el nacimiento y son inmutables. El orden tradicional es estático y se pretende inmodificable.

Torres (s.f), las jerarquías y cualquier forma de organización asimétrica se toman como algo inevitable. Y así, en ese transcurrir de evidencias, no hay dudas ni cuestionamientos. Todo tiene un lugar específico y por lo tanto inamovible. Con el advenimiento de la modernidad, emergen nuevas mentalidades en franca oposición con las tradicionales. En el siglo XVIII – justamente llamado el siglo de las luces- aparecen nuevos valores que configuran un orden social y político totalmente diferente. En el centro del proyecto ilustrado está la primacía de la razón, con diversas consecuencias en los ámbitos filosófico, jurídico y político.

Torres (s.f), ¿Qué significa la afirmación de que los seres humanos están dotados de razón? Para empezar, si todos tienen ese atributo –principio de universalidad- significa que por lo menos en eso son iguales. Se trata de una cualidad en común que resulta fundamental en la conformación del nuevo orden. Así, la racionalidad viene a sustituir, en el imaginario social, las jerarquías derivadas de rangos aristocráticos, posiciones políticas o de gobierno, apellidos de alcurnia y cualquier otra, antes

incuestionables. La mentalidad moderna, cifrada en el ejercicio de la razón como instrumento liberador –la valentía de usar la propia inteligencia- es por definición progresista e igualitaria. Ahora todo se cuestiona, todo es susceptible de opinión, crítica y desde luego transformación. Si en las sociedades tradicionales se hablaba de las obligaciones de los súbditos – entre las que destaca la lealtad a la corona, es decir, al rey como persona y a la monarquía como institución- en las modernas se enfatizan los derechos de los ciudadanos, universales e indivisibles. Ambos aspectos están estrechamente ligados a la noción de igualdad. La universalidad deriva de la propia condición humana: toda persona, por el solo hecho de serlo, posee una serie de prerrogativas fundamentales. La indivisibilidad implica que todas esas prerrogativas son necesarias para una vida digna y que por lo tanto no es válido señalar jerarquías ni plazos. Para decirlo coloquialmente, universalidad e indivisibilidad significan que todas las personas deben disfrutar todos los derechos.

### **2.2.19 Igualdad Formal e Igualdad Material**

Según la interpretación clásica que tiene sus raíces en la obra de Heller (1985), se venía distinguiendo entre un principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquella en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos.

Carmona (1994), para lograr esta igualdad material, los poderes públicos deberán, en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real.

En la terminología de Alexy (1993), la dicotomía se plantearía entre los conceptos de igualdad de iure e igualdad de hecho. Como quiera que en la Constitución alemana se reconoce únicamente la denominada igualdad formal, en el artículo 3.1. Carmona (1994), se pregunta si se puede adscribir a este principio general de igualdad tanto una igualdad de iure como una igualdad de hecho, como derechos subjetivos fundamentales esgrimibles ante los tribunales.

Baño Leon (1987), concebir la igualdad de iure como un derecho fundamental no plantea problemas, pues existe ya una importante tradición jurisprudencial que así lo consagra. Sin embargo, concebir la igualdad de hecho como un derecho fundamental sí plantea algunos problemas. Ello supondría reconocer un derecho subjetivo fundamental a recibir un trato jurídico desigual y favorable para conseguir la igualdad real, la igualdad en las condiciones reales de la existencia.

Alexy (1993), la funcionalidad del principio de igualdad de hecho puede ser de dos tipos. En primer lugar, puede constituir una razón suficiente para la permisión o justificación de un tratamiento desigual. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional Federal alemán en algunas sentencias, a menudo bajo el nombre de “principio de Estado social”.

Comprendido de esta forma, legitimaría medidas legislativas que, siendo aparentemente contrarias a la igualdad de iure, tendiesen a la consecución de la igualdad de hecho.

Carmona (1994), en segundo lugar, el principio de igualdad de hecho puede constituir una razón suficiente para la imposición de un tratamiento desigual. Este tipo de funcionalidad, más interesante para Alexy, permitiría extraer del principio de igualdad de hecho un derecho a un tratamiento desigual de iure en determinados supuestos.

Carmona (1994), pero en este segundo entendimiento del principio de igualdad de hecho es donde se plantean los problemas. Esta comprensión de la igualdad fáctica podría suponer una contradicción con la propia igualdad de iure. También podría entrar en contradicción con el principio general de distribución de competencias entre el Tribunal Constitucional Federal y el Poder Legislativo, en cuanto que es a éste a quien compete dictar la legislación que tienda a conseguir la igualdad real. En esa tarea, el Tribunal Constitucional Federal no debe sustituir al Legislador.

### **2.2.20 La Libertad**

Mazzina (s.f), la libertad constituye la esencia de las relaciones sociales, los cimientos de una sociedad. La preocupación del hombre por la libertad se explica en la propia naturaleza del ser humano. John Locke afirmaba que “hemos nacido, pues, libres de la misma manera que hemos nacido racionales, la libertad del hombre se fundamenta en el hecho de que está dotado de razón.

El hombre es un animal racional y su atributo de racionalidad le sirve como elemento cognoscitivo y para elegir, preferir y seleccionar entre diversas opciones. Si en todos los órdenes de la vida el hombre es obligado a actuar en direcciones distintas de las que hubiera adoptado de no haber mediado la fuerza, en la práctica, su atributo distintivo de racionalidad quedaría anulado. (Benegas, 1984).

Desde los primeros escritos de los pensadores liberales clásicos apareció la cuestión sobre cómo definir la libertad, y continúa siendo hoy, con diversas tonalidades, tema de debate. Como se pregunta John Gray, “¿existe un concepto de libertad que sea privativo del liberalismo?”, (Gray, 1994).

Mazzina (s.f), John Locke definió la libertad con estas palabras: “La libertad, pues, no es lo que Sir Robert Filmer llama ‘el derecho para cada cual de hacer lo que le apetezca, como gustare, y no estar a ley alguna sujeto’; sino que la libertad de los hombres bajo gobierno consiste en tener una norma permanente para vivir de acuerdo a ella, una norma común establecida por el poder legislativo que ha sido erigido dentro de una sociedad; una libertad para seguir los dictados de mi propia voluntad en todas esas cosas que no han sido prescritas por dicha norma, un no estar sujetos a la inconstante, incierta desconocida y arbitraria voluntad de otro hombre.”

Mazzina (s.f), en *El espíritu de las leyes*, Montesquieu describe que “es necesario distinguir lo que es independencia de lo que es libertad. La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan; y si un

ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder,” y “la libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad: para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro. Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.”

#### **2.2.21 Solidaridad**

Groser (s.f), la solidaridad es la obligación recíproca de los miembros de grupos u organizaciones para apoyarse unos a otros y ayudarse mutuamente, surge de los intereses comunes y se basa en un sentimiento de pertenencia. El hecho de que de las vinculaciones surgen obligaciones que pueden y requieren ser fundamentadas constituye el núcleo del problema de la solidaridad.

Groser, M. (s.f), en cambio, la determinación de las colectividades que exigen y proporcionan solidaridad, las diferentes formas e intensidades de la misma, así como la fundamentación de las obligaciones y derechos recíprocos, son extremadamente variables desde las perspectivas histórica, teórica y metódica. Estas convierten a la solidaridad en un “conglomerado de varios conceptos, designados todos con la palabras solidaridad”. Así, por un lado, la solidaridad se refiere a las clases sociales y luego a las colectividades de seguros, la nación, el tercer mundo, o la

colectividad de todos los seres humanos como creación de Dios; unas veces vinculada con la característica de la voluntariedad y otras con la necesidad de la coerción hacia la solidaridad; a veces entendida como medio y luego como valor en sí misma; en ocasiones como símbolo de las interdependencias, y luego formulada como su consecuencia normativa; a veces utilizada como justificación de la redistribución y otras como exhorto a la moderación de las demandas.

### **2.2.22 Comunidades Campesinas**

La importancia social y territorial de las comunidades campesinas, en términos generales, casi no habría variado entre 1994 y 2002: un total de 5,680 comunidades fueron censadas en el último Censo Nacional Agropecuario, más conocido como CENAGRO 1994; cifra que no difiere significativamente de 5,818 comunidades registradas en el Directorio de Comunidades del PETT (2002).

Para Castillo (2004) estas dos fuentes de información difieren. Desde la perspectiva censal, las comunidades campesinas son unidades agropecuarias con propiedad colectiva de las tierras declaradas como tales por los comuneros/as que la conforman, a diferencia del tratamiento sectorial que sólo considera a las comunidades campesinas reconocidas, es decir, registradas en su directorio. Por otra parte, los comuneros aparecen en el censo como personas naturales que se autodeclaran como tales con sus respectivas unidades agrarias, es decir, predios en el territorio de la comunidad.

### **2.2.23 Definición de Comunidades Campesinas**

ARTÍCULO 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

### **2.2.24 Relación con el Concepto de Pueblo Indígena o Pueblo Tribal del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.**

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue aprobado internacionalmente el año 1989, pero ratificada por el Perú el 2 de Febrero de 1994, entrando en vigor por disposición del mismo Convenio al año siguiente, esto es el 2 de Febrero de 1995. Este Convenio regula en forma específica el conjunto de derechos y obligaciones de las Comunidades Campesinas o Andinas, y de las Comunidades Nativas o Amazónicas. Además, dicho convenio tiene rango constitucional, por tratar de Derechos Humanos, conforme a la cuarta disposición final y el artículo 3 de la Constitución Política del Perú.

El referido Convenio Internacional de la OIT desarrolla en forma amplia los conceptos de Pueblo Indígena y Pueblo Tribal, incluyendo en los

mismos los conceptos de Comunidad Campesina o Andina, y Comunidad Nativa o Amazónica. El amplio contenido de las definiciones de dichos conceptos se encuentra regulado en el artículo 1 del Convenio:

**Artículo 1** El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

c) la conciencia de su identidad [indígena] o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

d) la utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”

El párrafo 1, inciso “a”, define el concepto de pueblo tribal, en tanto el párrafo 1, inciso “b”, define el concepto de Pueblo Indígena. En términos generales podríamos decir que el primero, el concepto de Pueblo Tribal, coincide con el concepto de Comunidad Nativa o Amazónica, mientras el segundo, el concepto de Pueblo Indígena, coincide con el concepto de Comunidad Campesina o Andina. Sin embargo esta diferencia es relativa.

Ambos conceptos se aplican tanto para las comunidades Amazónicas como Andinas en nuestro país. Las condiciones sociales, culturales y económicas diferentes que regula el inciso “a” las encontramos tanto en las Comunidades Andinas como Amazónicas. Ambos tienen además costumbres, tradiciones o legislación especial. Igualmente, en ambos grupos de comunidades sus poblaciones habitaban nuestro territorio desde antes de la conquista y colonización española, siendo aplicable lo regulado en el inciso “b”.

Pero un elemento adicional que sí puede establecer las diferencias de ambos grupos de comunidades es el que se refiere al elemento subjetivo destacado en el párrafo 2. La conciencia de identidad es la que define la orientación o definición de los miembros de una comunidad por lo indígena o tribal. Si una comunidad se considera “indígena”, su carácter de “pueblo indígena” es la que se aplica, si una comunidad se considere “tribal”, su carácter de “pueblo tribal” se aplica. Pero más allá de la distinción de lo “indígena” o lo “tribal” importa su identidad de comunidad o pueblo que sumado a las referencias de costumbres y antecedentes históricos anteriores a la conquista española, no deja duda de su

existencia y de la aplicación, a su favor, de las normas del Convenio y otras semejantes.

### **2.2.25 La Corte Suprema ha Interpretado el Artículo 149 de la Constitución Política**

Existen 14 sentencias, expedidas por diferentes salas de la Corte Suprema en diferentes procesos judiciales, sobre casos vinculados con la justicia comunal. En ellas, estas salas han interpretado el artículo 149 de la Constitución. Estas sentencias han sido expedidas en diferentes procesos judiciales penales abiertos contra autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

De las 14 sentencias de la Corte Suprema, 4 vienen del distrito judicial de Cajamarca, 3 fallos tienen su origen en el distrito judicial de Piura, 2 sentencias vienen de la Corte de Justicia de Cusco, 2 sentencias de la Corte de Amazonas, 1 sentencia de la Corte de Huaraz, 1 sentencia de la Corte de Puno y 1 sentencia de San Martín.

Todos esos procesos llegaron a la Corte Suprema a través del recurso de nulidad, a través del cual se pide a este máximo tribunal que revise la legalidad de las decisiones adoptadas por las salas de los diferentes distritos judiciales.

## **2.2.26 Determinación de la Competencia en la Justicia Especial**

### **Comunal**

La competencia puede definirse como el modo como se ejerce la jurisdicción. Es la potestad de conocer un determinado asunto con preferencia frente a otro tribunal. En este sentido, podemos enumerar la competencia por materia, cuantía y territorio, y seguidamente delimitaremos la competencia de la jurisdicción comunal.

## **2.2.27 Competencia Material**

El artículo 149<sup>o</sup> señala que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, y rondas campesinas, tienen funciones jurisdiccionales, no determinando la materia sobre la cual puede ejercer esta jurisdicción, tampoco existe ley que lo determine. Entonces, cabe interpretar que se le otorga una función jurisdiccional sin limitación en lo que a materia se refiere, siempre que apliquen su derecho consuetudinario dentro de su ámbito territorial y respetando los derechos humanos, criterio que, en rigor, reforzaría la autonomía de la jurisdicción especial.

Sobre la jurisdicción comunal específicamente en materia penal, el artículo 9<sup>o</sup> inciso 1 del Convenio 169 de la OIT autoriza la posibilidad de que los comuneros puedan conocer sobre temas penales, y aplicar su derecho consuetudinario para reprimirlos; al respecto, la norma señala que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos,

deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Esta disposición se encuentra reafirmada por lo dispuesto en el artículo 18º del Código Procesal Penal peruano, al establecer que “la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer (...) de los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149º de la Constitución”. Es decir, este artículo procesal señala que los jueces penales ordinarios no pueden conocer los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución, esto es, los que son de competencia de la jurisdicción especial comunal. Resulta válido constitucionalmente lo dispuesto en el artículo 18 inciso 3 del Código Procesal Penal del 2004, que a decir de la Defensoría del Pueblo, reconoce la exclusividad de la justicia comunal “en consecuencia, los actos que ésta realice, en principio no sólo no pueden ser objeto de procesamiento alguno, sino que deben ser respetados por la justicia común y demás autoridades estatales.

#### **2.2.28 Competencia Territorial**

Del artículo 149º observamos que las autoridades de las comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Entonces, se tiene que la justicia comunal debe ser ejercida dentro de la circunscripción territorial de la comunidad o ronda específica.

Conforme al artículo 136º del Código Civil encontraremos son de propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad, es decir, para el derecho positivo las comunidades campesinas deben inscribir sus tierras en Registros Públicos, sólo así serán reconocidas oficialmente por el Estado peruano.

### **2.2.29 Competencia Personal**

El artículo 149 de la Constitución no hace mención sobre quién o quienes aplican la jurisdicción especial. Entonces, siendo el ámbito de aplicación el territorio podríamos afirmar que el derecho consuetudinario se aplica a todas las personas que residen o que tradicionalmente realizan sus actividades dentro de ese territorio, sean miembros o no de la comunidad.

Aseveración que es reafirmado por el artículo 13 de Reglamento de Ley de Rondas Campesinas, pues señala que La Ronda Campesina y Ronda Comunal, a base de las costumbres de la comunidad campesina, comunidad nativa, caserío u otro centro poblado al que pertenecen, pueden intervenir en la solución de conflictos que se susciten entre miembros de la comunidad u otros externos, dentro de su ámbito territorial.

### **2.2.30 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo**

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es una norma internacional de rango constitucional, aprobada e incorporada a la legislación peruana, en ella se establece la necesidad de respetar los

derechos de los pueblos y comunidades indígenas. En el artículo 1 del Convenio, se establece que este cuerpo normativo se aplica a: “(...) los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”.

Sabemos que en el Perú, las comunidades campesinas no se autodenominan como “indígenas”, no hemos tenido como en otros países andinos un movimiento propiamente indigenista; sin embargo, actualmente las comunidades campesinas son organizaciones que conservan (de manera diferenciada) sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

Existen diversos grados de integración de las comunidades campesinas con la cultura occidental, probablemente las más cercanas a centros urbanos conservan menos sus costumbres y tradiciones. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, establece que sus normas se aplican a los pueblos que conservan en todo o en parte sus costumbres y tradiciones.

### **2.2.31 Características e Importancia de la Justicia Comunitaria**

No existe un único modelo o experiencia paradigmática de justicia comunitaria, existen tantos como comunidades campesinas y nativas

existen. Sin embargo, todas ellas guardan un conjunto de características y elementos comunes, algunos de los cuales están esbozados en el artículo 149º de la Constitución Política.

Su importancia tiene que ver con el hecho, que la justicia comunitaria es un instrumento de la población rural no sólo para acceder a la justicia, sino para el ejercicio y la protección de los derechos de la población rural campesina. La justicia comunitaria es también importante porque a diferencia de los linchamientos y los ajusticiamientos que ocurren en diferentes partes del país, producto de la impaciencia y la desconfianza de la población en el sistema de justicia, la justicia comunal no constituye una salida desesperada, impaciente, autoritaria y violadora de los derechos humanos. A diferencia de ella, la justicia comunitaria a pesar de sus límites y sus reprobables excesos, constituye una salida democrática, organizada y respetuosa de los derechos humanos de la población, ante repetimos el vacío o la debilidad del Estado.

Finalmente, no podemos dejar de reconocer, que la importancia de la justicia comunal, ha quedado plasmada y reconocida por el ordenamiento jurídico constitucional, desde el momento en que ésta ha sido “constitucionalizada”. Esto significa, que la justicia comunal forma parte de la constitución básica del Estado Peruano. La consecuencia de ello, es que no se le puede desconocer o disolver vía legislativa. En otras palabras, la justicia comunal ha sido reconocida por el constituyente, como uno de los elementos constitutivos del Estado peruano.

El artículo 149 de la Constitución reconoce a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, la atribución de ejercer funciones jurisdiccionales. Esto significa que mediante esta norma se está estableciendo una nueva jurisdicción “especial”. La consecuencia de esto es que, como instancia jurisdiccional, sus decisiones constituyen cosa juzgada y no son revisables por ninguno de los otros órganos. Ello significa que la función jurisdiccional en nuestro sistema jurídico se ejerce: a) por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, por la jurisdicción militar, por la jurisdicción arbitral, por la jurisdicción constitucional, por la jurisdicción electoral y por la jurisdicción especial.

### **2.2.32 Características Básicas de la Justicia Comunal**

Defensoría del Pueblo (2010). A partir de las exigencias del debido proceso Actualmente, actuando en el contexto de su reconocimiento social y constitucional, las autoridades de comunidades campesinas y nativas, y especialmente, de rondas campesinas, ya vienen ejerciendo un conjunto de atribuciones propias de todo sistema de justicia, como son, en el ámbito penal: el ordenar la detención de una persona que presumiblemente haya cometido una conducta considerada delictiva al interior de la comunidad o centro poblado, ejercer la fuerza coercitiva necesaria para que se encuentren presentes durante su juzgamiento, evaluar la responsabilidad de los acusados, determinar la consecuencia correspondiente de acuerdo a las reglas (escritas u orales) de la comunidad y ejecutar la sanción señalada. Estas y otras prácticas de la

justicia comunal pueden encontrar los elementos básicos de un debido proceso, pues el procesado es conducido ante la Asamblea Comunal, predeterminada conforme a las normas comunales y es ésta la que adopta una decisión, motivada, tras un contradictorio en el que se escucha a los acusados tanto como a los agraviados, así como a los testigos. De encontrarse responsable al acusado, la decisión, cuya ejecución es garantizada por la propia comunidad, suele tener un carácter reparador de las víctimas y resocializador, de integración a la comunidad, además de buscarse la prevención general. Cuando la organización campesina considera que las características del delito procesado no permite su procesamiento por la institucionalidad comunal.

### **2.2.33 ¿Cuáles son los Principios y Características de la Justicia Comunal?**

Flórez (2010), los principios de la Justicia Comunal tienen su origen en las creencias, valores y particulares formas de vida de cada pueblo indígena. La Justicia Comunal está apoyada en principios democráticos e igualitarios. La Justicia Comunal busca una convivencia pacífica; fomenta la prevención, la coordinación y la cooperación dentro y fuera de la comunidad.

### **2.2.34 Principios Democráticos**

- La afirmación de las normas. Quiere decir que las normas responden a una necesidad concreta y crean precedentes por su repetición y

práctica cotidiana. Es un proceso consciente que articula modelos de comportamiento y los justifica.

- La reparación. Se basa en que si un acto ha ocasionado un daño, en vez de castigar con un daño proporcional o recíproco, lo que se exige es su rectificación, preferiblemente a través de reparar el daño.
- La seguridad pública y la paz. Garantiza que los infractores no causen más daños a los miembros de la comunidad.

### 2.2.35 Principios Igualitarios

- **La dignidad humana.** Consiste en respetar los derechos humanos y derechos fundamentales de todas las personas.
- **La igualdad.** La búsqueda de la igualdad social parte de la preocupación moral por el hecho de que las oportunidades se encuentran distribuidas de manera desigual.
- **La inclusión.** Ser parte de la comunidad no es algo que se adquiere o se pierda fácilmente. Se defiende la seguridad pública, pero se rechaza la respuesta simplista de sacar a los “malos” como estrategia para resolver los problemas de seguridad y justicia.
- **La reparación.** Consiste en desanimar el comportamiento antisocial: haciendo responsables a los culpables por el daño que causen. Se busca así eliminar la idea de que nadie se preocupa suficientemente por intervenir en los problemas de la comunidad.

- **La responsabilización.** Es un llamado a los ciudadanos a hacerse responsables del bienestar de la comunidad en su conjunto, no sólo para satisfacer sus intereses personales, sino también las necesidades e intereses de los demás.

El “castigo” o “sanción” es visto por la justicia comunal como un “proceso restaurador o reparador” que sirve para hacer recapacitar al infractor y busca un cambio en su conducta.

El proceso restaurador es conocido de distinta forma en cada pueblo indígena, así encontramos que se le llama “reflexión”, “disciplina”, “meditación”, y “sanación de errores” entre otros, y tiene las siguientes características:

- Se adapta al tipo de conflicto y las circunstancias en que ocurre, y está de acuerdo con el modo de vida y la realidad social de cada comunidad.
- Por lo general, el tiempo que transcurre entre los hechos y las resoluciones es breve.
- Se aspira a reparar el daño causado a la víctima, analizando caso por caso y buscando la mejor solución. Es administrado en el idioma de los miembros de la comunidad y por lo tanto es comprensible para ellos.
- Por lo general el procedimiento es oral y a veces se registra en actas para garantizar su cumplimiento. El acceso a la justicia es gratuito o de bajo costo, porque es un servicio que presta la comunidad a sus miembros.

- El proceso restaurador es principalmente de tipo moral, como las llamadas de atención; físico, como hacer ejercicios; material, como la reparación del daño; y también puede tomar la forma de multas, trabajo comunitario, etcétera.
- La justicia comunal no es solamente la experiencia de individuos en casos particulares, es también una experiencia colectiva de la vida de todos los días, que busca comprometer a los ciudadanos con el proceso de la justicia.
- La justicia comunal tiene como objetivo construir una mejor convivencia con el resto de la sociedad y el Estado.

La justicia comunal promueve la prevención, la coordinación y la cooperación, dentro y fuera de la comunidad

En la actualidad, algunos “procesos restauradores” son de tipo físico y psicológico en los pueblos indígenas y están modificándose progresivamente.

En algunos casos, para que una persona confiese su culpa se le ha impuesto prácticas crueles o humillantes. Esto debe cambiar en la aplicación de la justicia comunal.

El Estado peruano promulgó el 06 de enero del año 2003, la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, que en su artículo 1ro. Reconoce: “la personalidad jurídica de las rondas campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución

con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las rondas campesinas en lo que les corresponda y favorezca”.

El 13 de noviembre de 2009 los magistrados de la Corte Suprema se reunieron para llegar a Acuerdos Plenarios uno de los cuales se ocupó de las Rondas Campesinas y el Derecho Penal.

Ardito (2009), el Acuerdo Plenario señala que las rondas campesinas sí tienen la facultad de administrar justicia. El Acuerdo es un reconocimiento del trabajo que por la paz en el país vienen haciendo las rondas campesinas desde hace más de treinta años.

En el Acuerdo Plenario se señalan los siguientes elementos para considerar las rondas campesinas como parte de la Justicia Comunal y como una organización comunal:

Yrigoyen (2008), las rondas campesinas, en consecuencia y vistas desde una perspectiva general, forman parte de un sistema comunal propio y, en rigor, constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen estén o no integradas a comunidades campesinas y nativas preexistentes.

### 2.2.36 Los Límites de la Justicia Comunal

Básicamente, son los derechos humanos, como lo señala expresamente el texto del artículo 149º de la Constitución. Asimismo, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por el Estado peruano y, por tanto, norma interpretativa de los derechos humanos conforme a la cuarta disposición final y transitoria del texto constitucional vigente, señala en su artículo 8.2, refiriéndose a los pueblos indígenas, que: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos que puedan surgir en la aplicación de este principio”. “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. Cabe resaltar que el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas se fundamenta en la exigencia del respeto a la dignidad de toda persona, y por ende, a las distintas expresiones culturales que pueda desarrollar en su vida colectiva. De la misma manera, el reconocimiento constitucional de facultades jurisdiccionales a las comunidades nativas y campesinas, así como a las rondas campesinas de acuerdo a lo indicado en las líneas precedentes, va de la mano con

las exigencias de protección de la vida y la integridad física, así como de la libertad entendida como capacidad de tomar decisiones (autonomía personal). Más aún, cuando es alrededor de estos bienes jurídicos que se estructura el conjunto de los derechos humanos.

### **2.2.37 Límites a la Justicia Comunal: Los Derechos Fundamentales de la Persona**

Nuestra Constitución ha reconocido la función jurisdiccional de las autoridades comunales y nativas, siempre que el derecho consuetudinario aplicado dentro de su ámbito territorial, no violente los derechos fundamentales de la persona.

En la misma línea regula el artículo 8º inciso 2 del Convenio N° 169 de la OIT, cuando señala que los pueblos indígenas tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Igualmente, el Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas, estipula que en el ejercicio del derecho consuetudinario, gozan del respeto a su cultura y costumbres por parte de la sociedad y las autoridades, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Convenio de la OIT, en la Constitución y las leyes.

Declaración universal de los derechos humanos entre otros, los derechos fundamentales como aquellos que están reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, en especial por la Constitución; e incluso conforme a su artículo 3º y a la Cuarta Disposición Transitoria y Final se incluye entre los derechos fundamentales a aquellos recogidos en los diversos instrumentos internacionales los cuales el Perú ha ratificado.

Gonzales (2011), sin embargo, esta concepción de los derechos humanos concepción clásica, es la concepción de seres humanos desconectados de su contexto histórico, cultural, social, esto es como si todos los hombres, por el hecho de ser humanos, no tienen diferencias y tienen evidentemente estos derechos en común. Pero se olvida de algo que es tan humano e importante como es el hecho de que somos integrantes de ciertas culturas, de nuestras familias, de nuestros clanes, de nuestras naciones, de nuestras tradiciones históricas y culturales que cuentan con sistemas de valores propios (diferentes). Al mismo tiempo, es importante resaltar que la ideología de los derechos humanos se origina en el pensamiento que pertenece al horizonte específico de la modernidad occidental. Entonces, el origen estrechamente circunscrito de esta ideología desmiente implícitamente sus pretensiones de universalidad.

Sánchez (2010), afirma que el concepto de dignidad humana es una extensión abusiva de occidente, que no tiene en cuenta la existencia de otras concepciones y formulaciones de dignidad humana según las cuales los principios que rigen éstas, por estar sentados sobre bases y

fundamentos no necesariamente accesibles a su lógica, chocan con el principio de dignidad humana de occidente.

Gonzales (2011), definido que es lo que entendemos por derechos fundamentales y sus implicancias con la diversidad cultural, debemos referirnos al límite que la Constitución establece para la justicia comunal. Al respecto, coincidiendo con el pronunciamiento de la Corte Colombiana, que establece como regla para el intérprete la "maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía". Entonces debemos entender que la limitación del Estado debe ser ínfima, por ello toda interpretación de los derechos humanos debe efectuarse a partir de un análisis intercultural.

Pero la preocupación radica en saber cómo las autoridades comunales conceptúan los derechos humanos. Siendo el concepto de derechos humanos uno de carácter moderno, consideramos que esta limitación debe interpretarse de manera intercultural, de lo contrario sería un límite arbitrario. Obviamente, la base de esta consideración se encuentra en el reconocimiento de la pluralidad cultural que realiza la propia Constitución.

### **2.2.38 Ley 27908**

#### **Reglamento de la ley de rondas campesinas título i disposiciones generales Capítulo I objeto y finalidad**

Artículo 1.- Objeto El presente Reglamento tiene por objeto establecer las normas y procedimientos que deben regir la Organización y Funciones de las Rondas Campesinas reconocidas por la Ley N° 27908.

Artículo 2.- Definición de Ronda Campesina o Comunal Son Rondas Campesinas, las organizaciones sociales integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas, dentro del ámbito rural. Son Rondas Comunales, las organizaciones sociales integradas por miembros de las comunidades nativas.

Artículo 3.- Finalidad de la Ronda Campesina o Ronda Comunal La Ronda Campesina o Ronda Comunal, tiene por finalidad contribuir al desarrollo, la seguridad, la moral, la justicia y la paz social dentro de su ámbito territorial, sin discriminación de ninguna índole, conforme a la Constitución y a las leyes. Colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial. Las Rondas constituidas al interior de las Comunidades Campesinas o Nativas, colaboran con éstas en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales. Artículo 4.- Respeto a las Costumbres y Normas Comunales Los integrantes de las Rondas Campesinas o Rondas Comunales, en el cumplimiento de sus deberes y funciones y en el ejercicio del derecho consuetudinario, gozan del respeto de su cultura y sus costumbres, por parte de la autoridad y de la sociedad, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Convenio OIT 169, en la Constitución Política y las leyes.

### **2.2.39 El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema: Rondas Campesinas y Derecho Penal**

El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal, fue aprobado el 13 de noviembre de 2009 en el marco del V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República. En él se desarrollan dos aspectos esenciales. Por un lado, la asimilación de un innovador enfoque jurisdiccional sobre el rol y la trascendencia de las funciones de control social que ejercitan las rondas campesinas en el país. Y, por otro lado, la definición de criterios de orientación que sirvan de referencia a la judicatura nacional, para el tratamiento adecuado de los casos penales donde se ven involucradas personas que integran tales organizaciones comunales. En cuanto a lo primero, el Acuerdo Plenario plantea abiertamente la necesidad de entender y reconocer la presencia formal y material de la interculturalidad en el ejercicio de la administración de la justicia penal en el Perú. Y en relación a lo segundo, se precisa que la jurisdicción formal debe visualizar siempre a la interculturalidad como un proceso dinámico e interactivo, basado en objetivos de cooperación mutua en igualdad de condiciones. Por tanto, su percepción no debe limitarse a la declaración de sesgados actos de reconocimiento de una manifestación estática del pluralismo jurídico, o a la existencia, siempre subordinada, de órganos jurisdiccionales comunales de segundo nivel o de operatividad limitada y subsidiaria.

#### 2.2.40 La Interpretación del Artículo 149° de la Constitución

Defensoría del Pueblo (2010), cuando nos encontramos con situaciones de hecho que a pesar de requerir una regulación jurídica, no la tienen, estamos ante una laguna del Derecho, la misma que tiene que llenarse mediante una operación de integración jurídica. En efecto, suponer que sólo está regulado lo que se ha escrito es desconocer que la vida social es dinámica y por lo tanto, llevar el Derecho al fracaso. Para evitar eso, se admite la interpretación extensiva de las normas. Por ella se extiende el supuesto de hecho de una norma hacia otro supuesto de hecho carente de regulación expresa, pero de naturaleza similar a aquél que sí está regulado. De manera que a éste último le corresponda la misma consecuencia jurídica que al primero. Por la literalidad del artículo 149° del texto constitucional vigente, al supuesto de hecho “comunidad campesina” le corresponde la consecuencia jurídica “ejercen funciones jurisdiccionales”.

Defensoría del Pueblo (2010), una interpretación lógica de este artículo admite extender su supuesto de hecho hasta abarcar a las rondas campesinas de caseríos o centros poblados, en la medida en que son instituciones sociales de naturaleza similar a las comunidades campesinas, al ser, como ellas, expresiones culturales de numerosos pueblos y comunidades andinas, las mismas que imparten justicia conforme a su derecho comunal. Con la diferencia de estar integradas por campesinos parceleros. Asumir una interpretación que se quede en la literalidad del texto del artículo 149° lleva a desconocer las

responsabilidades que estos pueblos vienen asumiendo consuetudinariamente, y por lo tanto, a exactamente los mismos problemas que el artículo 149º de la Constitución pretende resolver: desconocimiento del pluralismo jurídico que existe en el Perú, justicia inaccesible e impunidad de cierto tipo de criminalidad en los campos peruanos.

Defensoría del Pueblo (2010), asimismo, lleva a la criminalización de campesinos encargados, por sus comunidades, de resguardar los bienes de sus pares, sancionar a quienes los violentan, y en general, resolver conflictos dentro del territorio de la comunidad, caserío o centro poblado. Por ende, a generar violencia social en el medio rural peruano. Por el contrario, el objetivo o finalidad del artículo 149º de la Constitución es el de reconocer el pluralismo jurídico existente en el Perú, en el marco de los principios supremos del ordenamiento peruano, como una forma de adecuar nuestro ordenamiento normativo a nuestra realidad. Esto puede confirmarse de la revisión del Diario de los Debates del Pleno del llamado el Congreso Constituyente Democrático: En la sesión del 26 de julio de 1993 se presenta el que sería luego el artículo 149º de la Constitución e inmediatamente después de su lectura, el ponente señala que: “Nuestro Perú es muy disímil en las costumbres, en la idiosincrasia, en una serie de modos de ser, modos de vivir, y muchas veces no resulta justo aplicar unas normas legales que se preparan para Lima o algunas ciudades, pero no para las comunidades, donde existen otras realidades.

### 2.2.41 Precisión Terminológica Sobre Rondas Campesinas

Ruiz (2008), una cuestión previa es la precisión terminológica. Una de las primeras constataciones a la que se llega al aproximarse a la experiencia de la justicia comunal, es la gran imprecisión terminológica que existe, lo que genera confusión no sólo entre los mismos miembros de las autodefensas comunales, sino en aquellos que sin pertenecer a ellas, trabajamos o tenemos alguna relación con ellas. Varias son las denominaciones utilizadas: rondas campesinas, comités de autodefensa comunal, o autodefensa comunal. En otros casos nos referiremos a las rondas urbanas o a las autodefensas urbanas, autodefensas barriales y en otros a los Comités de Autodefensa. El problema se da cuando todas estas denominaciones se usan de forma indistinta. Para nosotros, no sólo es un problema de etiquetas, sino que cada uno de estos términos, intenta dar cuenta de experiencias y/o modelos de autodefensa substantivamente distintos. Es por ello necesario definir y aclarar conceptos antes de entrar a analizar las facultades jurisdiccionales de las Rodas Campesinas.

Ruiz (2008), más allá de los distintos nombres utilizados, se pueden distinguir o agrupar en cuatro las experiencias relacionadas de alguna manera a la justicia comunal con perfiles más o menos nítidos y con características que las diferencian: las rondas campesinas, las comunidades campesinas y las comunidades nativas, las rondas urbanas o autodefensa barrial y los comités de autodefensa. Tenemos en primer lugar, a las rondas campesinas. Estas surgen por primera vez en la sierra norte (Cajamarca, Piura, Lambayeque, San Martín, etc.) y fueron

formadas a partir de 1970. Las rondas campesinas son similares a las comunidades campesinas, con la diferencia que estas surgen en regiones donde en términos generales no existen aquellas ni tradición comunal. Esto establece una diferencia sustancial, entre otras cosas pues no son órgano ni son parte de una comunidad campesina, y en ese sentido no se benefician de la autonomía que la ley le asigna a toda comunidad campesina, ni están sometidas a la estructura y a la matriz comunal. Tenemos en segundo lugar a las comunidades campesinas con sus propias rondas campesinas y a las comunidades nativas, reguladas por la legislación sobre comunidades campesinas y nativas. Son conocidas y se hacen llamar algunas veces “Comités de Autodefensa Comunal”. Son organizaciones campesinas ubicadas principalmente en la sierra sur andina y en algunas comunidades de la sierra norte. Adquirieron mayor importancia a partir de la segunda mitad de la década del 80 y responden a una experiencia comunal autónoma. Surgen para enfrentar el abigeato y los conflictos internos.

Ruiz (2008), a diferencia de las ronda campesinas autónomas de Cajamarca, los Comités de Autodefensa Comunal constituyen órganos especializados de las comunidades campesinas, y en consecuencia participan de la autonomía que la Constitución les asigna a dichas comunidades. Estas, por la propia Constitución son autónomas y en consecuencia no dependen de ninguna institución, como la Subprefectura, el Gobernador, la Policía, el Ejército, el Municipio, o algún partido político. Sólo dependen para tomar sus decisiones de la propia

Asamblea de la comunidad campesina. Finalmente, no son organización transitorias sino de naturaleza permanente. Las rondas urbanas o autodefensas barriales son grupos de personas vecinas residentes en una urbanización o espacio urbano, que se organizan para defenderse de la delincuencia y de la violencia urbana. Pueden o no ser autónomas. Por lo general no tienen armas. Son organizaciones con vocación de permanencia y pueden y deberían funcionar en forma democrática. Estas han surgido en barrios periféricos de las grandes ciudades, donde la policía no puede brindar seguridad y garantizar la tranquilidad pública y la represión de la delincuencia.

Ruiz (2008), los Comités de Autodefensa, más conocidos como CAD's o Comités de Defensa Civil, son grupos de pobladores fundamentalmente rurales, incluso campesinos, asesorados, organizados y entrenados por las Fuerzas Armadas. Dependen en su organización y funcionamiento de la región militar correspondiente, según su norma específica. Surgen para enfrentar el terrorismo, el narcotráfico y en menor medida, la delincuencia. Tienen armas y son de naturaleza transitoria. Internamente, tienden a reproducir la estructura jerárquica de las instituciones militares. Una posible explicación de esto, podría estar también en la naturaleza de los enemigos que enfrenta, como son los grupos subversivos o el propio narcotráfico. Esto los obliga a tener una estructura más compacta y disciplinada, de lo contrario no son funcionales.

#### **2.2.42 Ronderos de Cutervo castigan a funcionario**

Radio Programas del Perú (27 de noviembre del 2017), la organización de rondas campesinas y urbanas de la provincia de Cutervo disciplinó con seis “pencazos” a tres funcionarios del consorcio Santa María, empresa que ejecuta la construcción del hospital Santa María de Cutervo, por mantener impagos a los obreros, hecho considerado como un maltrato

La decisión fue tomada luego de que los obreros acudieran a las rondas campesinas de la provincia de Cutervo, pues dijeron que algunos no reciben pagos por lo menos cuatro meses, ante lo cual los ronderos representantes del consorcio Santa María a los usos y costumbres.

Los ronderos llevaron a los empleados de la mencionada empresa española hasta el frontis de la Municipalidad Provincial de Cutervo, donde los hicieron acostar sobre una banca y allí recibieron el castigo físico.

La organización ronderil también conminó al consorcio Santa María solucionar el pago de los obreros hasta mañana, de caso contrario tomarán otras acciones.

#### **2.2.43 Pareja de Infieles son Castigados por las Rondas**

##### **Campesinas**

En Yurimaguas las Rondas Campesinas Urbanas del Asentamiento Humano “Villa del Parapapura”, castigaron por infidelidad a una pareja, la mujer dejó abandonado su hogar y sus hijos. La denuncia

de esta infidelidad fue hecha por la madre de la mujer infiel y su ex pareja, Nixon Guillermo Arbildo Flores, quien acusó a Leydi Torres Púa, de abandonar su hogar, dejándolo comprometido con sus seis hijos, por irse con Segundo Pisco Amasifuén, a quien las rondas le propinó fuertes golpes y castigo ejemplar de ejercicios físicos. En tanto la madre, castigó a su hija Leydi Torres, por desobediencia abandono de su hogar, quien al ser castigada, confesó que tomó esta decisión, porque era maltratada constantemente por su ex pareja. Al cierre de esta edición, la pareja viene pasando por varios castigos que fue aprobada por las Rondas Campesinas.

#### **2.2.44 Rondas campesinas castigan a diez delincuentes en**

##### **Macusani – Puno**

Radio Programas del Perú (11 de diciembre del 2013), desde la víspera, diez presuntos delincuentes son retenidos y castigados en la ciudad de Macusani, capital de la provincia de Carabaya (región Puno), donde se celebra la festividad en honor a la virgen Inmaculada Concepción. Entre ellos, tres mujeres están detenidas por las rondas campesinas, tras ser acusadas de robar celulares y dinero a los pobladores de la ciudad donde se celebra la fiesta patronal. Los ronderos castigan a los presuntos delincuentes en la Plaza de Armas. Los sujetos están semidesnudos y algunos confiesan haber robado a la gente que participaba de la celebración.

## 2.2.45 Factor de Congruencia: Conductas que Atentan Contra el Contenido Esencial de Derechos Fundamentales

Según figura en el fundamento segundo del Acuerdo Plenario al que venimos haciendo referencia, el factor de congruencia exige “que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales”. Lo que va en estrecha relación con lo señalado en el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT, pues según éste:

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

Además con lo señalado en el artículo 9.1 de dicho Convenio, pues según éste “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

De ahí que en el Acuerdo Plenario se consideran como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos humanos *las privaciones de la libertad sin causa y motivo razonable*-plenamente

arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil. En esta línea se ha pronunciado de manera contundente la Corte Interamericana de Derechos humanos (en adelante Corte Interamericana) al señalar en el fundamento 47 de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, emitida en el caso Gangaram Panday vs. Surinam:

Esta disposición (se refiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.

Se proscribe además *las agresiones irrazonables o injustificadas* a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos. Al respecto podemos resaltar el pronunciamiento de la Corte Interamericana respecto a la pena de flagelación, plasmado en el fundamento 23 de la sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso Caesar vs. Trinidad y Tobago:

No estamos ante una sanción inevitable e irreductible, absolutamente necesaria, cuya omisión o sustitución ponga en peligro la seguridad colectiva o la paz pública, en forma tal que no exista medio menos cruel para preservar el orden jurídico y asegurar el imperio de la justicia. Se dirige única y exclusivamente a causar sufrimiento, sin obtener y ni siquiera pretender un objetivo moral plausible. Humilla a quien la recibe y envilece a quien la inflige. Al levantar su mano contra un semejante, esgrimiendo un instrumento ideado para castigar el cuerpo y dominar el ánimo del infractor, así sea por mandato del Estado, el ejecutor retrocede varios siglos en la historia de nuestra especie. La flagelación es, en fin, pura violencia, que como tal se vuelca sobre el ejecutado y el ejecutor, y que dista mucho de acreditar la autoridad moral y la serenidad justiciera del Estado que la dispone y practica.

Otra situación vulneratoria de derechos humanos que debe ser tomada en cuenta es *la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido* Y las penas de *violencia física extrema* como lesiones graves. El caso Tibi versus Ecuador es ilustrativo de lo mencionado, si se toma en cuenta lo señalado por la Corte Interamericana en el fundamento 149:

Los actos de violencia perpetrados de manera intencional por agentes del Estado contra el señor Daniel Tibi produjeron a éste grave sufrimiento físico y mental. La ejecución reiterada de estos actos violentos tenía como fin disminuir sus capacidades físicas y mentales y anular su personalidad para que se declarara culpable de un delito. En el caso sub judice se ha

demostrado, además, que la presunta víctima recibió amenazas y sufrió hostigamientos durante el período de su detención, que le produjeron pánico y temor por su vida. Todo ello constituye una forma de tortura, en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana.

De igual forma se debe tomar en cuenta el cuestionamiento que se hace a los juzgamientos sin un mínimo de *posibilidades para ejercer la defensa*. En efecto, como señala el Tribunal Constitucional en el fundamento 18 de la sentencia recaída en el expediente N° 1230-2002-HC/TC "... el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedido, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos".

Finalmente se prohíbe la *aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario*. En tal sentido, se ha dicho con acierto:

Colmenares (s.f.), el segundo componente esencial de la jurisdicción indígena lo constituye el uso del derecho consuetudinario indígena, llamado también derecho tradicional, costumbre jurídica o simplemente derecho indígena para otros, que no es más que el conjunto de normas de tipo tradicional con valor cultural, no escritas ni codificadas, que están perpetradas en el tiempo y que son transmitidas oralmente por los miembros de una comunidad para luego ser reconocidas y compartidas por el grupo social, como es el caso de los pueblos indígenas. Es tan

esencial a los mismos que si se destierra se pierde su identidad como pueblo.

#### **2.2.46 Pluralidad Cultural y Ordenamiento Jurídico**

Arbulú (2009), señala La diversidad cultural del Perú o su realidad pluricultural está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento validez y práctica tanto del derecho consuetudinario que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es vidente conforme al artículo 149 de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia.

#### **2.2.47 Origen del Pluralismo Jurídico en el Perú**

Gonzales (2011), los países Latinoamericanos tienen pasado colonial debido a que fueron objeto de invasión y conquista ocurrida desde el descubrimiento de América para occidente en 1492; consiguientemente, según la clasificación tipológica mencionada, el conflicto socio-cultural en estas sociedades es de orden extrasistémico, y especialmente la sociedad peruana, pues a partir de la conquista

española (1532) se impuso un sistema de gobierno y de administración de justicia de corte Europeo-occidental, centralizando la facultad de administrar justicia en el Estado. Posterior a la Independencia del Perú (1821), con el inicio de la República se adoptó el modelo de estado-nación europea, siendo el Estado reflejo de la Nación. Por consiguiente, el sistema jurídico desarrollado en el Perú es de orden monista (identificación derecho - estado) y etnocentrista (identificación del derecho estatal con la cultura occidental).

Este nuevo Estado impuso su sistema jurídico basado en el derecho occidental, de vertiente civilista inscrito dentro del denominado sistema romano germánico.

Colmenares (2006), siendo que la cultura andina continuó subsistiendo juntamente a otras culturas nativas. Es así, que cada una de estas culturas dentro de sus sistemas sociales y ámbito territorial cuenta con su propia estructura de normas y sanciones, es decir, su sistema jurídico.

Gonzales (2011), el Perú reconoce el pluralismo jurídico, pues en el artículo 2 inciso 19 de la Constitución Política vigente, establece el derecho a la identidad étnica y cultural.

Gonzales (2011), dentro de la doctrina jurídica, además de la autonomía de la jurisdicción especial, se discute sobre el grado de pluralismo jurídico, es decir si se debe considerar a la justicia comunal como un sistema jurídico paralelo al oficial o solamente como una instancia dentro del Poder Judicial

#### 2.2.48 Evolución del Pluralismo Jurídico

Yrigoyen (2008), debemos señalar que la coexistencia o articulación del Derecho ordinario y del Derecho indígena no es un fenómeno nuevo, sino, como se detalló al iniciar el presente artículo, consecuencia “del proceso de colonización emprendida desde Europa en el Derecho Indígena”, prefiero hablar de coexistencia del Derecho ordinario y Derecho indígena, que por supuesto no existe un solo Derecho indígena sino cuantas comunidades indígenas existen.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN**

Para el presente trabajo de investigación se tomara en cuenta el método CUALITATIVO por cuanto su objeto es analizar la doctrina, fuentes filosóficas y fuentes jurisprudenciales, que en el presente caso constituye el Ordenamiento Constitucional. Por su NATURALEZA, es una investigación de CONTENIDO, no experimental, porque pertenece a la investigación cualitativa, concretamente al enfoque del campo de la investigación de contenido, al que en el campo de investigación jurídica se le denomina investigación en fuentes escritas como libros, revistas especializadas, leyes, doctrinas, principios, etc.

#### **3.2 MÉTODO**

Es cualitativo por cuanto se ha analizado la doctrina y normatividad legal existente sobre el la jurisdicción comunal prevista en el artículo 149 de la Constitución Política del Estado en relación con la ideología liberal en el campo

de investigación jurídica se le denomina investigación en fuentes escritas como libros, revistas especializadas, leyes, doctrinas, principios, etc.

### 3.3 TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación, por su PROPÓSITO es de carácter TEÓRICA. Porque se pretende incrementar conocimientos teóricos respecto a los castigos físicos de la persona en ejecución de la jurisdicción comunal conferida a las comunidades campesinas por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado. Desde el punto de vista de la NATURALEZA, es una investigación de CONTENIDO, no experimental, porque pertenece a la investigación cualitativa, prioritariamente al enfoque interpretativo, por eso se le denomina investigación de contenido, en el campo de la investigación jurídica.

### 3.4 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación se refiere al modelo o esquema bajo el cual se realizó la investigación (recojo de datos para resolver la dificultad temática). En el presente caso, tratándose de una investigación de contenido que pertenece a la investigación **cualitativa**, concretamente al enfoque **interpretativo**. El diseño de investigación se inscribe dentro del modelo de la investigación JURÍDICO - DOGMÁTICA.

### 3.5 OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Por tratarse de una investigación de contenido, el objeto de investigación es la **contravención de los castigos inferidos a la persona como ejecución**

de la jurisdicción comunal por las comunidades campesinas a la ideología liberal.

### 3.6 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

- Respecto del primer objetivo, antes fijado en este proyecto **Como metodología se empleó el análisis** y como instrumento la ficha de observación documental.
- Respecto al segundo objetivo, antes señalado **como metodología se empleó el análisis** y como instrumento la ficha de observación documental.
- Respecto al tercer objetivo específico, **Como metodología se empleó el análisis** y como instrumento la ficha de observación documental.

### 3.7 PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN

En cuanto al procedimiento para el recojo de datos se ha seguido el siguiente procedimiento:

**Primero.-** Se identificó el material bibliográfico, webgrafico y tesis, para seleccionar aquellos documentos que sirvan como fuente de datos.

**Segundo.-** Se analizó e interpreto los contenidos del material seleccionado aplicándose la técnica de fichaje y considerando la dificultad temática, los objetivos formulados en el proyecto.

**Tercero.-** Se ordenaron y clasificaron los datos recogidos de acuerdo a los objetivos de la investigación preestablecidos.

### 3.8 PLAN DE PROCESAMIENTO DE DATOS

El plan de procesamiento de datos, es el siguiente:

**Primero.-** Se determinó los criterios según los objetivos, bajo los cuales se analizaron e interpretaron los datos, considerando la dificultad.

**Segundo.-** Se empezó con el análisis crítico de la confrontación de parte de la ejecución de la jurisdicción comunal y la ideología liberal.

**Tercero.-** Seguidamente se procedió con el análisis, interpretación y contrastación de las fuentes filosóficas y doctrinarias, a partir de las categorías conceptuales identificadas en base a las fichas de investigación que se disponen, tomando en cuenta el sistema de objetivos que corresponden, así como los criterios determinados.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### **4.1 OBJETIVO ESPECÍFICO I: PRECISAR LAS ATRIBUCIONES CONFERIDAS A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN COMUNAL A LAS COMUNIDADES CAMPESINAS POR EL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO**

Según el artículo 2.19 de la Constitución, toda persona tiene derecho: “a su Identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Este derecho implica:

García (2013), el respeto a una manera de entender y vivir la vida en sociedad; vale decir, otorga reconocimiento y autoridad al conjunto de valores, creencias, y estilos de vida que personalizan en nuestro país a los pueblos indígenas. Esto lleva a la defensa de la identidad sustancial o de digitabilidad social y al libre desarrollo de la personalidad (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución).

Derecho que es reconocido de igual forma por el artículo 149 de la Constitución. En efecto, como sostiene Rubio (1999), “el presente artículo abre una ventana

hacia la pluriculturalidad del país y hacia el respeto a las tradiciones de los grupos humanos numerosos e importantes. Establece la posibilidad de que, en su territorio, las autoridades de las comunidades campesinas y nativas ejerzan funciones jurisdiccionales de conformidad con el Derecho consuetudinario”.

En este contexto, tomando en cuenta lo manifestado en el segundo fundamento del Acuerdo Plenario, en mérito al contenido de la sentencia T552/03 de la Corte Constitucional de Colombia, son cuatro elementos los que comportan la jurisdicción especial comunal-ronderil: elemento humano, elemento orgánico, elemento normativo, y elemento geográfico.

El elemento humano en base a lo señalado en el Acuerdo en mención “se refiere a la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural”. Identidad que se sustenta en “la capacidad de desarrollo de las potencialidades comunitarias en un espacio-tiempo determinado. Así, lo cultural comprende los valores, creencias, patrimonio científico, tecnológico, artístico e institucional que redundan en un estilo de vida”.

El elemento orgánico implica la existencia de autoridades tradicionales que cumplan una función de control social dentro de sus comunidades. Las Rondas Campesinas son consideradas según el Acuerdo Plenario como la “organización comunal, que entre otras múltiples funciones, asume funciones jurisdiccionales para la solución de conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social”.

Según el artículo 2 de la Ley N°24656 (Ley General de Comunidades

Campesinas):

Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica. Integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

Aranda (1999), la estructura social de las Comunidades Campesinas se fundamenta en un sistema de múltiples interrelaciones de un grupo humano vinculado por relaciones de parentesco y regulado por normas de control social de carácter comunal, asociadas a diversas actividades ceremoniales. Todas sus relaciones se rigen por el principio de reciprocidad. Lo comunal no sólo son las relaciones entre las personas y las actividades sociales y religiosas, sino también lo es el aspecto productivo tanto de las familias como de la Comunidad, que expresan dimensiones culturales, ideológicas y políticas de la Comunidad.

En lo que respecta al *elemento normativo* según al Acuerdo Plenario éste está referido a: la existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las rondas campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su

supervivencia.

De ahí que según la defensoría del Pueblo (2007):

Las normas de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, constituyen en conjunto “su propio Derecho”. La característica principal de este conjunto de normas es que se trata de normas de costumbre, que van creando precedentes por la repetición y por la práctica cotidiana, llegando a ser de observancia general y de cumplimiento obligatorio por ser entendibles, conocidas y aceptadas por todos los miembros de la comunidad. Este Derecho es transmitido oralmente, se encuentra en la sabiduría popular, en los mitos, en los dichos; se transmite en los actos de la vida diaria de la familia y de las comunidades.

Finalmente, en el Acuerdo Plenario se señala que el *elemento geográfico* determina “las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la Ronda Campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de ésta.

Ruiz (2008), el artículo 149º de la Constitución reconoce a las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, facultades jurisdiccionales para administrar justicia en sus territorios. Sin embargo, no reconoce dichas facultades a las rondas campesinas autónomas, a quienes asigna una labor de apoyo a las comunidades campesinas. Para el artículo 149º las RRCC

son una fuerza auxiliar de las comunidades campesinas, una suerte de policía. Esto significa que aparentemente, para el constituyente, las únicas RRCC que existen son las que están insertas y son parte de la estructura de la comunidad campesina, desconociendo que existen RRCC autónomas, diferentes de las comunidades campesinas, a lo largo del territorio de nuestro país.

### **Las Sentencias del Poder Judicial como Mecanismos de Allanamiento de la Coordinación entre la Justicia Comunal y La Justicia Ordinaria**

Ruiz (s.f). Uno de los problemas principales en la agenda del fortalecimiento de la justicia comunal y del acceso a la justicia, fundamentalmente de la población rural, lo constituye la coordinación entre la justicia comunal y la justicia ordinaria estatal. Ya nadie duda que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas tienen facultad de administración de justicia, de conformidad con sus costumbres y en consonancia con el artículo 149 de la Constitución.

No obstante que la referida disposición constitucional establece de forma clara e inequívoca la obligación de los jueces de coordinar la justicia ordinaria y la justicia comunal, en la realidad aún hay resistencias, por parte de muchos operadores jurídicos y del sistema de justicia, a reconocer que las autoridades comunales pueden impartir justicia. Esta actitud se nutre de una ideología jurídica positivista, que reconoce que sólo es derecho lo que establece la ley, negándose a reconocer que la costumbre es también una fuente de derecho.

Es en este contexto, y ante la falta y la desidia del Congreso por debatir y aprobar una ley de coordinación entre la justicia comunal y la justicia ordinaria (tal como la Constitución lo exige), que los jueces del Poder Judicial, es decir los jueces de

la justicia ordinaria, vienen desarrollando una interesante jurisprudencia. A través de ella, no solo están reconociendo la justicia comunal en casos concretos, sino que desarrollan un conjunto de reglas jurídicas jurisprudenciales que permiten en los hechos la coordinación entre ambas instancias de justicia.

Ciertamente, recién estamos ante las primeras sentencias, asimismo, ellas tienen serios problemas de argumentación y de motivación. No obstante, estamos convencidos de que están trazando un camino que puede permitir la coordinación entre la justicia ordinaria y la comunal, en el marco de un diálogo intercultural

#### **4.2 OBJETIVO ESPECÍFICO II: ANALIZAR LOS ASPECTOS ESENCIALES Y FUNDANTES DE LA IDEOLOGÍA LIBERAL EN RELACIÓN A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA**

##### **Libertad y Modalidades**

Peces Barba (2004), una reflexión racional, llega a la conclusión de que la libertad es una condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son expresión de la dignidad humana, de su consideración como fin en sí, como algo valioso. No debemos olvidar tampoco que los objetivos o fines morales de los individuos, deben ser generalizables, es decir, con posibilidades de ser presentados como razonables y deseables para todos, los que exigen un diálogo que permita escuchar los argumentos del otro, y las ofertas y soluciones que propongan respecto a esos objetivos y fines, así como presentar las propias. Este diálogo se produce en la vida social, y corresponde al tipo de libertad que estamos

caracterizados a través de los derechos fundamentales, garantizar la comunicación. Aunque en última instancia la autonomía moral fija una decisión personal, que se favorece por esa puesta en común de argumentos a través de la discusión nacional.

Peces Barba (2004), junto a esa capacidad de autonomía, de independencia o de libertad moral, la dignidad humana, es decir, el elemento que diferencia a las personas, de otros seres del mundo, se expresa a través del lenguaje, con lo que supone de capacidad de comunicación y a través de la existencia misma de la razón que nos permite abstraer construir conceptos generales. Estos rasgos descriptivos, autonomía moral, comunicación y construcción de conceptos generales, que se identifican con un término valorativo como dignidad humana, son todos ellos relevantes como justificación o fundamento de los derechos, que en una primera aproximación serían instrumentos necesarios para la realización de la dignidad humana así entendida. Debemos tener además en cuenta, para entender el problema con todos sus matices, que esos rasgos de la dignidad, el ser humano no puede realizarlos aisladamente; solo se entienden en la relación inter individual que supone la vida social, y no en una consideración aislada del individuo. La dignidad es siempre del ser social, o mejor dicho, es de cada individuo, pero se realiza necesariamente en la vida social. La libertad como fundamento de los derechos fundamentales es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social que permiten buscar y en su caso alcanzar la autonomía, independencia o libertad moral, conseguir la comunicación que se desee a través del lenguaje, y reflexionar sin trabas en la construcción de conceptos generales.

Peces Barba (2004), en una primera aproximación, podríamos decir que la igualdad consiste en concretar los criterios materialistas para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo. Se comunica, pues, con los otros tres valores, y lo hace como principio de organización y como fundamento de los derechos. No desmentirá tan poco el estudio de la igualdad la afirmación de que la libertad es el valor central, como fundamento de los derechos y de que todos los demás, sin perjuicio de su autonomía, se orientan hacia él, para completarlo y perfeccionarlo. Así, podremos hablar de libertad igualitaria. La idea de igualdad puede referirse al derecho, es decir, ser igualdad ante la ley, a veces llamada igualdad formal, y sería la igualdad en el ámbito del sistema jurídico, o igualdad en la vida social, en la realidad de las relaciones entre los seres humanos, que se ha venido llamando igualdad real o igualdad material. Es obvio que al situar la igualdad como un valor nos planteamos el tema desde el punto de vista normativo, aunque tiene que ver con hechos, como por ejemplo, la necesidad básica, o la realidad económica y social, que no es ni mucho menos irrelevante.

### **La Seguridad Jurídica en Relación con el mismo Derecho**

Peces Barba (2004), desde el punto de vista que nos interesa, es decir, considerando a la seguridad como valor fundamentado de los derechos, podemos hablar aquí también de un derecho fundamental a la seguridad jurídica, entendido como derecho a gozar y beneficiarse de las dimensiones objetivas de esta seguridad jurídica en relación con el mismo Derecho. No será así sólo un deber de los poderes públicos, sino también un derecho de los ciudadanos y de los grupos

en que éstos se integran. El derecho a la seguridad jurídica del apartado anterior se concretaba en un límite al Poder del Estado, era un derecho a la seguridad frente al Poder y a sus excesos. El derecho a la seguridad jurídica que aquí contemplamos, es un derecho ante la propia existencia del fenómeno jurídico y ante la existencia de un Ordenamiento que regula los comportamientos humanos en sociedad.

Peces Barba (2004), podemos hablar respectivamente de seguridad frente al Poder, para evitar el miedo y defenderse de la violencia, y de seguridad en el Derecho, para obtener certeza, para saber a qué atenerse, para evitarla arbitrariedad. Esta seguridad jurídica puede abarcar al conjunto del sistema, ser una seguridad a través de normas aplicables a todo el Ordenamiento o puede referirse solamente a una parte del mismo, a un subsistema, y así estaríamos ante la seguridad jurídica en el Derecho público, en el Derecho privado o incluso en ramas de éstos, como el Derecho civil, el constitucional o el administrativo.

### **La Seguridad Jurídica en el Conjunto del Ordenamiento**

Peces Barba (2004), la seguridad jurídica en el conjunto del Ordenamiento se expresa a través de normas que pretenden crear seguridad jurídica en la creación y derogación de las normas, en su aplicación e interpretación y en su preservación y garantía. En la creación y derogación de las normas, la seguridad jurídica se establece por la existencia de un procedimiento previo. Se trata de que el destinatario pueda identificar a un mandato como jurídico y lo pueda distinguir de una banda de ladrones y de un grupo criminal. Requisitos como la sanción, el refrendo, la publicación en el Boletín Oficial, la duración precisa de la

vacío legis, consolidan la positividad del Derecho, su conocimiento y forman una condición de certeza imprescindible.

A caballo entre esta dimensión y la siguiente, que se refiere a la aplicación e interpretación del Derecho, se encuentra otra dimensión de la seguridad jurídica que es el principio de jerarquía, que otorga diversa fuerza normativa a los preceptos del sistema, que se ordenan en una cadena de validez con normas superiores e inferiores en una construcción escalonada, Este principio contribuye a la coherencia y a la plenitud normativa, e impide, o al menos dificulta, la inseguridad del caos normativo, de las contradicciones entre normas. Genera certeza para a creación y la derogación y también para la interpretación y aplicación, al impedir la arbitrariedad.

En el ámbito de la interpretación del Derecho se supera, en la actual concepción de la seguridad jurídica, la vieja idea de Montesquieu, de que era posible una aplicación mecánica y que los jueces eran sólo la boca muda que pronuncia las palabras de la ley y se reconoce mayor autonomía a los operadores jurídicos, Con aquel modelo, la seguridad jurídica se aseguraba, desde la evolución liberal, vaciando de contenido a la interpretación, pero la evolución de la cultura jurídica ha producido nuevos elementos, que conducen a una autonomía en la labor del juez, y a un reconocimiento de su papel creador de normas en el seno del sistema, y que exigen el establecimiento de criterios generales y previos de interpretación, por razones de seguridad, que impidan la arbitrariedad y generen conclusiones homogéneas. Así podemos hablar de una serie de principios generales como la norma general incluyente que impide la analogía en las leyes penales, en las excepcionales o las de ámbito temporal, o la norma general

incluyente que la permite en otros supuestos, o el principio de interpretación restrictiva, de las normas limitadoras de derechos, o el de especialidad, el cronológico, o el de jerarquía.

En cuanto al ámbito de aplicación del Derecho, las instituciones que responden a la idea de seguridad jurídica son el principio general de irretroactividad de las normas, que permite certeza sobre la norma aplicable, y sobre la firmeza de derechos adquiridos; aunque puede haber excepciones y situaciones fronterizas que constituyen casos difíciles. Asimismo podemos situar aquí a la idea de la consolidación jurídica del tiempo que otorga relevancia a las situaciones temporales de hecho, en cuanto a la norma aplicable (caducidad y prescripción) y en general a los plazos que abren o cierran la posibilidad de aplicar una determinada norma y de ser alegada, en defensa de un derecho, de un interés o de una situación.

Finalmente, en el aspecto que he identificado como preservación y garantía del Ordenamiento, podemos incluir al sistema de recursos, incluidos los que se sustancian ante el Tribunal Constitucional, el principio de responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios públicos, el principio de responsabilidad del Estado por el error judicial, o el principio de cosa juzgada que da firmeza al fallo judicial. Son instituciones que obedecen, a veces, a orígenes históricos o a filosofías diferentes pero que tienen como misión la de fortalecer y facilitar la resistencia del Derecho, y, por consiguiente, de impedir la inseguridad que supondría su fluidez y movilidad.

### **La Seguridad Jurídica en Subsistemas del Ordenamiento**

Peces Barba (2004), podemos encontrar también en sectores del Ordenamiento normas inspiradas en el valor seguridad jurídica, que constituyen deberes para los poderes públicos y que forman parte del contenido exigible del derecho fundamental a la seguridad jurídica. Estas normas aparecen sólo en el Derecho público, en el privado o en ramas de cualquiera de éstos. En unos casos como en el del civil o del penal, la importancia deriva de que constituyen el sustrato más antiguo y elaborado del Derecho.

### **La Dignidad Propiamente Humana**

Martínez (2013), tal vez el paso más trascendente en el desarrollo de la idea de la dignidad humana se dio en el Medioevo, cuando ya se plantea la dignidad humana basada en lo que el ser humano es, en sus atributos y características, en su ontología. A partir de este momento el ser humano es digno por sí mismo, con independencia del aprecio, reconocimiento o valoración social, o de su vínculo con la divinidad. Lo humano, la naturaleza humana es concebida con una dignidad y un valor intrínsecos.

Verdross (1983) sin embargo, los primeros pasos para esta concepción de la dignidad del hombre en el mundo occidental se dieron en la filosofía griega con los sofistas, con Sócrates, Platón y, por supuesto, Aristóteles, que plantearon la existencia de la naturaleza y la ley natural.

Martínez (2013), ideas que fueron recogidas después por Cicerón, quien claramente fundamenta la dignidad en la naturaleza humana, a la que entiende como lo divino en lo humano, lo que también le da un carácter de superioridad.

Peces Barba (2004), en el siglo XV Pico De la Mirandola inició una tradición en la concepción de la dignidad humana que sería después seguida y enriquecida por muchos al escribir su discurso sobre la dignidad del hombre, en el cual habla de la naturaleza especial y distinta del ser humano como creación divina.

Para él, el ser humano es distinto a los demás seres vivos en tanto que éstos se encuentran determinados biológicamente en su totalidad, mientras aquél, si bien en gran medida también está determinado por la naturaleza, tiene capacidad de actuar de manera autónoma y de guiar su futuro y tomar decisiones, (Pico 1984).

### **La Fundamentación de los Derechos a Partir de la Noción “Dignidad Humana”**

Sosa (2015), si bien se han formulado diversas posibles fundamentaciones a favor de los derechos humanos y fundamentales, en nuestro medio se ha privilegiado el fundamento de la dignidad humana. Al respecto, tras la Segunda Gran Guerra, la humanidad ha tomado conciencia del valor inherente a cada persona y, en torno suyo, erige la noción de dignidad humana como un valor universal, anterior y superior al poder político, que sustenta a los derechos humanos y a los fundamentales. El amplio consenso sobre el valor de la dignidad humana se ha visto reflejado al máximo nivel en los ordenamientos nacionales e internacionales. La idea de dignidad humana como sustento de los derechos aparece en: (i) la Carta de las Naciones Unidas (1945); (ii) la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); (iii) los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966, en vigor desde 1976); (iv) en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949); y, (v) también en la Constitución peruana (1993). Ahora

bien, a pesar de que se trata de un concepto vigente, esencial para el constitucionalismo contemporáneo y para el discurso sobre los derechos humanos y fundamentales, su contenido y significado no está para nada claro. Siendo así, es necesario repasar algunos de sus significados más recorridos, considerando cuatro concepciones básicas a las que suele aludirse. En primer lugar, la dignidad humana es entendida como “mandato de no instrumentalización”, conforme el cual la persona debe ser considerada como un fin en sí mismo y nunca como un mero medio.

Esta noción de dignidad está vinculada a la segunda formulación del imperativo categórico enunciado por Kant (1939), de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solo como un medio.

Sosa (2015), desde esta perspectiva, la dignidad constituye un mandato para no ver ni utilizar a otros hombres como si fueran meros instrumentos, es decir, como medios para obtener fines distintos, pues el hombre es un fin en sí mismo. Que el ser humano sea en sí mismo un fin significa que este tiene valor per se, y no puede ser abusado, “cosificado” o eliminado por el interés, el beneficio o el capricho de otros seres humanos. En este sentido, cabe afirmar también que el valor de los seres humanos no radica en un precio (intercambiable), sino en, precisamente, una dignidad (única).

Por otra parte, la dignidad humana es concebida también como un “atributo inherente a todo ser humano”. Desde esta perspectiva, suele afirmarse que el ser humano es digno por el solo hecho de serlo, siendo la dignidad una condición inherente a la naturaleza humana.

Esta idea, no obstante ser tautológica o circular, tiene el mérito de destacar el carácter universal, igualitario y prepolítico de la dignidad humana: (i) universal, en la medida que el respeto a la dignidad no depende de circunstancias culturales ni de su reconocimiento jurídico-político, sino que se trata de una condición connatural de todo ser humano, existente en todo tiempo y lugar Benda (1996); (ii) igualitario, pues reconoce que los seres humanos son, cuando menos, iguales en dignidad Benda (1996), con lo cual, independientemente de todo tipo de diferencias, las personas compartirían una dignidad esencial; y, (iii) prepolítico, pues la dignidad humana se entiende como atributo anterior, e incluso superior, al Estado y su Derecho positivo, siendo “principio supremo” que guía toda acción del Estado y “fin supremo” de todo el Derecho. Benda (1996).

Sosa (2015), desde una tercera perspectiva, la dignidad humana es entendida como “autonomía personal” o “autonomía moral”; esto es, como capacidad para decidir racional o moralmente. Desde esta postura, se señala que la dignidad humana –o inclusive, la titularidad de los derechos humanos– solo puede predicarse de seres racionales y moralmente autónomos. Así, la dignidad no sería una característica que pueda designarse de cualquier ser, sino solo de aquellos que tengan aptitud moral, es decir, que puedan participar del “reino de los fines” en términos kantianos (o también, aquellos que tienen “personalidad moral”).

En efecto, Immanuel Kant consideraba, además de lo señalado antes, que la dignidad –condición de ser fin en sí mismo– no era atribuible al ser humano como consecuencia de su “naturaleza”, sino por tratarse de un sujeto racional y, en consecuencia, mora ; es decir, con capacidad de reconocer racionalmente

imperativos morales y actuar conforme a ellos. Esto quiere decir que la dignidad –y, en general, la posibilidad de reconocer imperativos– puede ser atribuible a todo ser racional y autónomo, independientemente de si se trata de un ser humano (incluyendo a estos, obviamente). Por ello, una de las formulas del imperativo categórico kantiano precisa que: “[e]l hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no solo como medio [...]”.

Sosa (2015), de esta noción se desprende entonces: (i) que la dignidad no es una característica que puede predicarse de cualquier ser, sino solo de aquellos que tienen aptitud moral; y, (ii) que la personalidad moral no es exclusiva de los seres humanos, sino que la idea de “seres con racionalidad y autonomía moral” –personas con dignidad o titulares de derechos esenciales– puede ser atribuida a seres no humanos, inclusive. Por último, la dignidad es considerada también como una “aspiración político-normativa”, como un “deber ser” vinculado a garantizar condiciones dignas de existencia. Desde esta perspectiva, la dignidad humana no aparece como algo dado o determinado, sino se le considera como algo que debe alcanzarse, una interpelación para toda la comunidad política, una prescripción (Bobbio, 1992) “un proyecto que debe realizarse y conquistarse”, así entendida, no se considera necesario encontrar un concepto primero o inmanente sobre la dignidad humana, correspondiente a una supuesta “esencia” o “naturaleza” humana. Se descarta con él un posible carácter descriptivo de la dignidad humana, y se le considera antes bien un concepto prescriptivo, e inclusive adscriptivo. Como sostiene Garzón: “Adscribirle dignidad al ser humano viviente es algo así como colocarle una etiqueta de valor no negociable,

irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o heterodeshumanización”.

#### **4.3 OBJETIVO ESPECÍFICO III: PROPONER MODIFICACIÓN**

##### **CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LOS MALTRATOS FÍSICOS EN EJECUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMUNAL**

###### **Constitución Mexicana**

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

- I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;

- II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos, trata de personas y enriquecimiento ilícito, respecto de los bienes siguientes:
- a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
  - b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.
  - c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
  - d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.
- III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

## **Constitución Colombiana**

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

## **Tortura, los Castigos Físicos y los Linchamientos**

La Declaración de los Derechos Humanos en el artículo 5 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Además, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanas o degradantes señala que la tortura es “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras [. . .] No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. En este sentido, los castigos físicos que emplea el sistema penal indígena han sido catalogados por la visión occidental como un atentado a los derechos humanos, pues a nuestro entender, no son más que tratos inhumanos crueles o

degradantes a los cuales se somete a una persona para escarmentarla frente a la comunidad. Sin embargo, desde la cosmovisión indígena no se busca castigar sino sanar al individuo que ha cometido un delito, de hecho, dicho mecanismo ritual tiene un procedimiento a seguir.

En respuesta a ello, y para profundizar en el análisis de lo que significa ciertamente la tortura, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Constitucional Colombiana han señalado que la intensidad de los dolores o sufrimientos provocados deben ser graves y crueles, por tanto “la intensidad deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y la moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio político en el que se practica.”

## CONCLUSIONES

- Podemos precisar como atribuciones a las comunidades campesinas en ejercicio de la del Artículo 149 de la Constitución Política del Estado, la de administrar justicia, lo que implica la amplitud del concepto que tienen dichas comunidades en el marco del respeto a los derechos fundamentales como límite de dicho ejercicio.
- Los aspectos generales de la ideología liberal que constituyen además principios valores fundamentales de la dignidad humana, pueden ser expresados en la igualdad, la libertad, la solidaridad y la seguridad jurídica.
- Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto



que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras

## RECOMENDACIONES

- Continuar con el tema de investigación, por cuanto el presente trabajo no pretende agotar la temática planteada.
- Es necesario categorizar es decir legalizar, tipificar las transgresiones que se producen en las comunidades campesinas y prever la sanción por anticipado.
- Es necesario legislar sobre la imposición de castigos físicos en el ejercicio de la jurisdicción comunal, a fin de caminar hacia un solo objetivo en el estado la cual es la proscripción de esas acciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. (Versión española de Ernesto Garzón Valdés de la obra original aparecida en 1986).
- Arbulú, V. (2009). Rondas Campesinas y Derecho Penal. *Examen del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116*.
- Ardito, W. (2009). *Reflexiones Peruanas. Por un País sin Discriminación*. Recuperado de <http://www.reflexionesperuanas.pe>.
- Aranda, M. (1999). *Informe final: La jurisdicción especial de las comunidades campesinas en el departamento del Cusco*. Recuperado de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/1999/aranda.pdf>.
- Baño Leon, J. (1987). La Igualdad Como Derecho Subjetivo. *Revista de Administración*.
- Benda, E. (1996). *Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad*. (En: Benda, Ernesto; Maihofer, Werner; Vogel, Klaus; HESSE, Konrad y Wolfgang Heide Coordinadores). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons.
- Benegas, A. (1984). Libertad Política y Libertad Económica. *Libertas*, 1.
- Bobbio, N. (1982). *Presente y Porvenir de los Derechos Fundamentales*. *Anuario de Derechos Humanos*, 1.

- Bocanegra, J. (2006). *El principio de legalidad en el Derecho Penal Peruano*.  
Lima: Pontifice Universidad Católica del Perú.
- Carmona, E. (1994). El Principio de Igualdad Material en la Jurisprudencia  
Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*.
- Castillo, M. (2004). *Comunidades Campesinas del Perú: más cantidad, menos  
comunidad y más diversidad, en el último medio siglo*. Perú: (CBC-  
FLACSO).
- Cerezo, J. (1996). *Curso de Derecho Penal Español* (Tomo I, 6ª Ed.); Madrid:  
Tecnos.
- Colmenares, R. (2006). *El Derecho Consuetudinario Indígena en Centro y Sur  
América*. El Caso Venezuela. Venezuela: Frónesis.
- Colmenares, R. (s.f.) *El derecho consuetudinario indígena en Venezuela:  
Balance y perspectivas*. Recuperado de <http://www2.congreso.gob.pe>
- Defensoría del Pueblo. (2010). *Elaborado por la Adjuntía en Asuntos  
Constitucionales de la Defensoría del Pueblo*, (Pier Paolo coord.). Marzo.  
Perú.
- Defensoría del Pueblo (2007). *Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas,  
Originarios y Comunidades Campesinas*. La Paz, Bolivia.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales* (Antonio  
Cabo y Gerardo Pisarello Ed.). España: Trotta S.A.
- Fernández, C. (1994). *Derecho de las Personas*. (5ta Ed.). Cusco, Perú: Cultural  
Cusco S.A. Editores Lima.
- Flórez, D. (2010). *Justicia Comunal en el Perú*. (Cooperación Alemana al  
Desarrollo, Ed.). Perú: GTZ.
- García, V. (2013). *Derechos fundamentales*. Lima, Perú: Adrus.

- Gonzales, R. (2011). *La Jurisdicción Comunal en el Perú*. Lima. (En línea).  
<http://raejurisprudencia.blogspot.pe>
- Gray, J. (1994). *Liberalismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Groser, M. (s.f). *Los Principios de Solidaridad y Subsidiariedad*. En línea:  
[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- Hayek. F. (1973). Escrito para la el Artículo corresponde al Capítulo IX. *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas* del Profesor F- A. Hayek.
- Heller, H. (1985). *Las Ideas Socialistas en Escritos Políticos*. Madrid: Alianza.
- Hurtado, J. (1974). *La interpretación de la Ley (Penal) en el Derecho Penal*.  
*Revista Derecho*, 32. Lima.
- Jiménez De Asua, L. (1980). *La Ley y el Delito*. Madrid.
- Kant, I. (1939). *Fundamento de la Metafísica de las Costumbres*. En: Excelsior.  
Santiago de Chile: Editorial Ercilla.
- Marín De Espinosa E. (2001), *La Violencia Doméstica: Análisis Sociológico, Dogmático y de Derecho comparado*. Granada: Comares.
- Martínez, V. (2013). *Reflexiones Sobre la Dignidad Humana en la Actualidad*. En  
Línea: <https://www.sciencedirect.com/science/article>.
- Mazzina, C. (2007). ¿Qué es la Libertad?. *Laissez Faire*, 26-27, Universidad  
Francisco Marroquín. Guatemala.
- Peces Barba, M. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid:  
DYKINSON.
- Pérez, A. (1999). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Sevilla, España: S.L.  
Mergablum.

- Pico De la Mirandola, G. (1984). *De la Dignidad del Hombre*. Madrid: Editora Nacional.
- Ramos, J. (2013). Sobre el Consentimiento de la Mujer Maltratada en el Quebrantamiento de una Orden de Alejamiento. *Anuario da Faculta de Dereito da Universidad de da Coruña*.
- Resta, E. (1995). *La Certeza y la Esperanza. Ensayo Sobre el Derecho y la Violencia*. Barcelona: Paidós.
- Rodríguez, G. (1978). *Derecho Penal*. Madrid: Civitas.
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución de 1993*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial.
- Ruiz, J. (s.f.). *La Interpretación del Artículo 149 de la Constitución Política por la Corte Suprema del Perú*. En Linea: <http://www.institut-gouvernance.org>
- Ruiz, J. (2008). *¿Por qué Deben Reconocerse Facultades Jurisdiccionales a las Rondas Campesinas Autónomas?* Área de Acceso a la Justicia. Instituto de Defensa Legal. En línea [www.justiciaviva.org.pe](http://www.justiciaviva.org.pe)
- Sánchez, E. (2010). *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*. Universidad Nacional de Colombia.
- Sanz, B. (s.f.). *Universidad de Valencia Facultad de Dreat*. En Linea: <http://roderic.uv.es/bitstream>.
- Sosa, J. (2015). *Crítica a la Dignidad Humana y la Noción de “Necesidades Básicas” como un Posible mejor Fundamento para los Derechos*. Universidad Nacional Mayor de San Marco. Perú: Themis.
- Torres, A. (2001). *Introducción al Derecho. Teoría General de Derecho*. Lima: Idemsa.

- Torres, M. (s.f). *El Concepto de Igualdad y los Derechos Humanos*. Un enfoque de Género. En Línea <http://portales.te.gob.mx>
- Urquiza, J. (2007). *Principio de Legalidad*. Lima (en línea). <http://derechogeneral.blogspot.pe>.
- Verdross, A. (1983). *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental. Visión Panorámica de sus Fundamentos y sus Principales Problemas*. México: UNAM.
- Yrigoyen, R. (2008). *Hitos del Reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en las Políticas Indigenistas y el Constitucionalismo Andino*. En Berraondo (coord.): *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*; Bilbao: Universidad de Deusto.
- Zavala J. (1994). *Teoría de la seguridad jurídica* (en línea). Ecuador. Recuperado el 05 de setiembre de: <http://www.usfq.edu.ec>