

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**

**ESCUELA DE POSGRADO  
PROGRAMA DE MAESTRÍA  
MAESTRÍA EN DERECHO**



**TESIS**

**LA JURISDICCIÓN RECONOCIDA POR EL ARTÍCULO 149 DE LA  
CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ESTADO, Y EL LÍMITE DE LA SEGURIDAD  
JURÍDICA EN MATERIA PENAL**

**PRESENTADA POR:**

**VERONICA BLANCA CUEVA CHATA**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE  
MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO  
MENCIÓN EN DERECHO PENAL**

**PUNO, PERÚ**

**2017**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA**

**MAESTRÍA EN DERECHO**

**TESIS**

**LA JURISDICCIÓN OTORGADA POR EL ARTÍCULO 149 DE LA  
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, Y EL LÍMITE DE LA SEGURIDAD  
JURÍDICA EN MATERIA PENAL**

**PRESENTADA POR:**

**VERONICA BLANCA CUEVA CHATA**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE**

**MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO**

**MENCIÓN EN DERECHO PENAL**

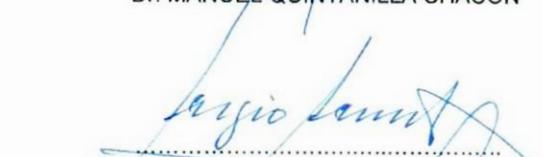
APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE



.....  
Dr. MANUEL QUINTANILLA CHACÓN

PRIMER MIEMBRO



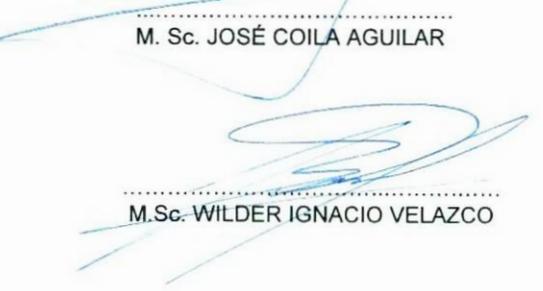
.....  
M. Sc. SÉRGIO SERRUTO BARRIGA

SEGUNDO MIEMBRO



.....  
M. Sc. JOSÉ COILA AGUILAR

ASESOR DE TESIS



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

Puno, 08 de febrero del 2017

**ÁREA:** Derecho penal

**TEMA:** Derecho constitucional peruano

## DEDICATORIA

*A doña Yola, mi madre por su constante esfuerzo en su labor diaria y por impulsarme incansablemente para conseguir mis objetivos.*

## AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres por haberme brindado la oportunidad de emprender mis objetivos académicos y profesionales.

A mis docentes de Pre Grado y Post Grado de la Facultad de Derecho de la UNA Puno por su desprendimiento al brindarme sus conocimientos incondicionalmente.

A mis hijos Alejandro y Gabriel por ser mi mayor inspiración para alcanzar todos mis objetivos y por impulsarme día a día para ser mejor ser humano.

**ÍNDICE GENERAL**

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

**CAPÍTULO I****PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN**

1.1. Planteamiento del Problema .....	3
1.2. Justificación de la Investigación .....	5
1.3. Formulación del Problema .....	6
1.3.1. Problema General.....	6
1.3.2. Problemas Específicos .....	6
1.4. Antecedentes .....	6
1.5. Objetivos de la investigación.....	7
1.5.1. Objetivo General .....	7
1.5.2. Objetivos Específicos.....	7
1.6. Hipótesis .....	7
1.6.1. Hipótesis General .....	7
1.6.2. Hipótesis Específicas.....	7

**CAPÍTULO II****MARCO TEÓRICO**

2.1. Antecedentes del problema.....	9
2.1.1. Aspectos Teóricos .....	9
2.1.2. Antecedentes Históricos .....	9
2.1.2.1. Comunidades Campesinas: Crecimiento Sostenido y Diversidad de Origen. ....	09
2.1.2.2. Tratamiento Normativo de las Comunidades Campesinas en la Legislación Peruana .....	10
2.1.2.3. Origen del Pluralismo Jurídico en el Perú.....	21
2.1.2.4. Evolución del Pluralismo Jurídico .....	22

2.1.2.5. Los Mecanismos Tradicionales de Resolución de Conflictos .....	23
2.2. Marco Teórico .....	24
2.2.1. Una Visión Integral de los Derechos Fundamentales .....	24
2.2.2. Fundamento de los Derechos Fundamentales .....	25
2.2.3. Derechos Fundamentales que Inspiran el Derecho Penal .....	26
2.2.4. La Constitución y el Proceso Penal .....	26
2.2.5. Fundamentos del Proceso Penal .....	28
2.2.6. Legitimación del Proceso Penal.....	30
2.2.7. Dignidad Liberal.....	30
2.2.8. El Derecho Penal Moderno .....	31
2.2.9. Comunidades Campesinas: Importancia en el Escenario Nacional y Rural.....	31
2.2.10. De la Ley 24571 a la Reforma Constitucional de 1993 las Rondas Campesinas.....	32
2.2.11. Las Comunidades Campesinas Aproximación a una Definición ....	35
2.2.12. Definición de Comunidades Campesinas .....	36
2.2.13. Comunidades Campesinas y Nativas Patrimonio Cultural Inmaterial.....	37
2.2.14. Relación con el Concepto de Pueblo Indígena o Pueblo Tribal del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.....	37
2.2.15. Las Normas Comunes son Normas de Derecho Válidas en el Orden Jurídico Peruano.....	40
2.2.16. La Corte Suprema ha Interpretado Artículo 149 de la Constitución Política.....	41
2.2.17. La Interpretación del Artículo 149° de la Constitución .....	42
2.2.18. Determinación de la Competencia en la Justicia Especial Comunal.....	44
2.2.19. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo .....	46
2.2.20. Características e Importancia de la Justicia Comunitaria .....	47
2.2.21. Características Básicas de la Justicia Comunal .....	49
2.2.22. ¿Cuáles son los Principios y Características de la Justicia Comunal? .....	50
2.2.23. Los Límites de la Justicia Comunal .....	54

2.2.24. Qué no es la Justicia Comunal .....	55
2.2.25. Determinación de la Competencia en la Justicia Especial Comunal.....	56
2.2.26. Límites a la Justicia Comunal: Los Derechos Fundamentales de la Persona .....	57
2.2.27. Ley 27908 .....	59
2.2.28. Derechos Fundamentales .....	60
2.2.29. Seguridad Jurídica .....	61
2.2.30. Aspecto Subjetivo y Objetivo de la Seguridad Jurídica.....	61
2.2.31. La Positividad del Derecho como Exigencia de la Seguridad Jurídica.. .....	62
2.2.32. Garantías de la Seguridad Jurídica.....	63
2.2.33. La Seguridad Jurídica en Relación con el Mismo Derecho.....	64
2.2.34. La Seguridad Jurídica en Relación con la Sociedad.....	68
2.2.35. Principio de la Legalidad.....	69
2.2.36. Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege.....	69
2.2.37. Contenido Formal y Material del Principio de Legalidad .....	70
2.2.38. Prohibición de la Analogía .....	71
2.2.39. Aproximación al Pluralismo Jurídico .....	72
2.2.40. Pluralismo Jurídico.....	73
2.2.41. Pluralismo Jurídico e Interculturalidad .....	75
2.2.42. El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema: Rondas Campesinas y Derecho Penal .....	76
2.2.43. Pluralidad Cultural y Ordenamiento Jurídico.....	77
2.2.44. Contenido de la Reformas Constitucionales de los Países Andinos... .....	77
2.2.45. Fundamento: Caracterización Pluralista de la Nación y el Estado..	78
2.3. Marco Conceptual .....	78
2.3.1. Ordenamiento Jurídico.....	78
2.3.2. Derecho Consuetudinario .....	79
2.3.3. Seguridad Jurídica .....	79
2.3.4. Comunidades Campesinas .....	80
2.3.5. Comunidades Nativas.....	80

2.3.6. Rondas Campesinas.....	80
2.3.7. Teoría de la Seguridad Jurídica .....	81
2.3.8. Proceso.....	81
2.3.9. Las Comunidades Campesinas .....	82
2.3.10. Las Rondas Campesinas.....	82
2.3.11. El Tribunal Constitucional .....	82
2.3.12. Quiénes Integran el Sistema de Justicia Peruano .....	83
2.3.13. Sistema de Justicia e Interculturalidad.....	83
2.3.14. El Estado Peruano y las Comunidades Nativas.....	84

### **CAPÍTULO III METODOLOGÍA**

3.1. Método .....	86
3.2. Tipo de Investigación .....	86
3.3. Diseño de Investigación .....	87
3.4. Objeto de la Investigación.....	87
3.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos .....	88
3.6. Procedimientos de Investigación (Recolección de Datos) .....	89
3.7. Técnicas e Interpretación de Datos.....	90

### **CAPÍTULO IV RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

4.1. Objetivo Específico I: Establecer la Naturaleza Jurídica de las Comunidades Campesinas.....	91
4.2. Objetivo Específico II: Analizar la Consistencia de la Seguridad Jurídica como Derecho Fundamental en la Materia Penal.....	98
4.3. Objetivo Especifico III: Determinar Cuándo se Configura el Pluralismo Jurisdiccional en un Estado .....	101
CONCLUSIONES .....	105
RECOMENDACIONES .....	107
BIBLIOGRAFÍA .....	108

## RESUMEN

La investigación, comprende el análisis de la aplicación del límite que establece el propio texto constitucional al ejercicio de la función jurisdiccional otorgada a las comunidades campesinas, es decir la realización del derecho fundamental a la seguridad jurídica y su reflejo inmediato como es el principio de legalidad en materia penal a la imposición de sanciones por parte de las instituciones comunales, las que se encuentran en nuestro ámbito regional, no habiendo comprendido a las organizaciones nativas de selva de nuestro país, considerando que nuestra formación es de índole liberal y enfrenta a un orden comunal; pero que la naturaleza del ser humano y el ejercicio de sus derechos fundamentales supera a dichos pensamientos y es imperativo en el mejor de los casos, el respeto de la fundamentalidad de los derechos del ser humano frente a cualquier consideración que tienda a disminuirlos o no ejercerlos aún en la modernidad en la que nos encontramos, por ello es necesario tener a la vista la realidad de los límites que la propia constitución establece en caso del pluralismo jurídico, constituido en favor de las comunidades campesinas, así enriquecer la visión que debe acudir en conjunto de todos los ciudadanos de la jurisdicción que establece en artículo 149 de la constitución política del Estado, para cuyo efecto se ha fijado como objetivos de la investigación: Analizar y determinar si la jurisdicción otorgada por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado, para su ejercicio por las comunidades campesinas, se encuentra limitada por la seguridad jurídica en materia penal. Establecer la naturaleza jurídica de las comunidades campesinas en el Perú. Analizar la consistencia de la seguridad jurídica como derecho fundamental en materia penal. Determinar cuándo se configura el pluralismo jurisdiccional en un

estado. Siendo necesario enfocar la recepción por el ordenamiento jurídico de las comunidades campesinas a través de tener a la vista su naturaleza jurídica, de igual modo introducirnos en la seguridad jurídica como derecho fundamental del ser humano y límite del ejercicio de la jurisdicción comunal por las comunidades campesinas, finalmente revisar lo concerniente al pluralismo jurídico en que se configura la disposición constitucional en el análisis de la presente investigación.

**Palabras clave:** Comunidad campesina, derechos fundamentales, interculturalidad, jurisdicción comunal, pluralismo jurídico, seguridad jurídica.

**ABSTRACT**

The Research, includes the analysis of the application of the limit established by the text itself constitutional to the exercise of the jurisdictional function granted to peasant communities, it means the realization of the fundamental right to legal security and its immediate reflection as is the principle of legality in criminal matters to the imposition of sanctions by communal institutions, That are in our regional scope not having understood the native organizations that are rather of a field forest in our country, finding that our formation is of liberal nature that faces a communal order but that the nature of the human being and the exercise of their fundamental rights surpasses those thoughts and it is imperative in the best of cases the respect of the fundamentality of the rights human being in front of any consideration that tends to diminish them or not to exercise them even more in the modernity in which we are, For this reason it is necessary to have in view the reality of the limits established by the constitution in the case of legal pluralism constituted in favor of peasant communities, thus enriching the vision that must come together of all the citizens in the jurisdiction that establishes in Article 149 of the State's Political Constitution, for which purpose the objectives of the research have been set: To analyze and determine whether the jurisdiction granted by Article 149 of the Political Constitution of the State, for its exercise by the peasant communities, is limited For the fundamental right to legal certainty in criminal matters. Establish the legal nature of peasant communities in Peru. Analyze the consistency of legal security as a fundamental right in criminal matters. Determine when jurisdictional pluralism is set up in a state. Being necessary to focus the reception by the legal order of the peasant communities through having in view

its legal nature likewise introducing us to legal security as a fundamental right of the human being and limit of the exercise of communal jurisdiction by the peasant communities, Finally, it is necessary to review the legal pluralism in which the constitutional provision under analysis is constituted in the present research.

**Keywords:** Communal jurisdiction, fundamental rights, interculturality, legal security, legal pluralism, peasant community.

## INTRODUCCIÓN

Se ha decidido realizar la presente investigación, en el marco de considerar como punto de partida la limitante que establece el propio texto constitucional al ejercicio jurisdiccional que confiere a las comunidades campesinas, constituido por el respeto a los derechos fundamentales; es muy difícil apartarnos de la ideología liberal que en buena cuenta es creador de nuestro derecho moderno del fundamento que lo inspira la dignidad y en ella el principio de la seguridad jurídica, como el máximo aporte al ideario de la humanidad; y en materia de derecho penal su derivado directo: la legalidad; así nos encontramos frente a un ejercicio comunal de la justicia penal, donde se imponen sanciones sin el esencial respeto del principio de legalidad, es decir la previsión de la conducta como ilícita y la correspondencia de una sanción prevista ambas con anterioridad a la comisión del hecho ilícito; entonces la cuestión se traslada a la vigencia de los derechos fundamentales, como ya se expresó es precisamente el límite condicional del ejercicio de la jurisdicción comunal, entonces siendo que la seguridad jurídica o su traducción en materia penal directamente el principio de legalidad, son derechos fundamentales, en consecuencia deben ser limitante directo del ejercicio de la función jurisdiccional comunal en materia penal, considerando la universalidad como carácter esencial de los derechos fundamentales, en tal caso no pueden estar excluidos del ser humano por su condición de miembro de una comunidad campesina, menos aún bajo el pretexto que el liberalismo no alcanza al comunitarismo, pues reitero que los derechos fundamentales corresponde a la persona por su condición de tal y son parámetro constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional comunal, aún si se tiene a la vista el desarrollo del

denominado pluralismo jurídico, así se hace necesario desarrollar las comunidades campesinas, directamente con seguridad jurídica como derecho fundamental del ser humano y no perder de vista el pluralismo jurídico que importa el respeto al derecho consuetudinario y la interculturalidad.

## CAPÍTULO I

### PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nuestro ordenamiento jurídico, a nivel constitucional, ha plasmado como norma el reconocimiento de la denominada jurisdicción comunal, otorgando a las comunidades campesinas y nativas la potestad de ejercer jurisdicción, es decir administrar justicia en diversas materias y dentro de su territorio comunal, esta política obedece a una tendencia del constitucionalismo contemporáneo que se viene plasmando en diversos países de la región.

Sin perder de vista la constitución a la que nos referimos se ha puesto en vigencia en 1993, a la fecha los aportes de desarrollo del artículo 149 del texto constitucional son escasos y obedecen más bien a posiciones supranacionales que siempre importan la vista a realidades que no son nuestras; desde esa perspectiva el problema del presente trabajo de investigación, por mi parte, se ha podido observar que en la realidad las comunidades campesinas vienen

efectuando el ejercicio de esa potestad jurisdiccional sin tener en claro los límites que deben observar sobre todo en materia penal y en concreto frente al derecho fundamental de la seguridad jurídica que constituye uno de los cuatro pilares principales de nuestra visión de la dignidad humana.

Entonces, es necesario analizar si la proposición de limitación del ejercicio de la jurisdicción comunal por las comunidades campesinas y nativas se encuentra limitado por los derechos fundamentales, como propone el propio texto constitucional antes mencionado, o por el contrario se produce un irrespeto y una ilimitada actividad en relación con este principio fundamental del ordenamiento jurídico que además soporta el denominado paralelismo jurisdiccional, así mismo no se debe perder de vista la presencia de la interculturalidad como visión diversa de los fenómenos sociales en relación a los grupos culturales y al tiempo y espacio histórico que nos corresponde.

Desde el punto de vista del facultado o comunidad campesina y nativa para ejercer la jurisdicción comunal, lo plasmado en el artículo 149 de la constitución política del estado, es un respeto en esencia a su cultura, lo cual estará presente en este trabajo de investigación; pero vistas las cosas desde la posición del miembro de la comunidad que es un ciudadano de nuestro Estado, no deja de tener el derecho fundamental a la seguridad jurídica, en su reflejo directo al principio de legalidad y en su desarrollo de la tipicidad, principalmente en la consecuencia atribuible a sus actos en materia penal, ello constituye la base del problema que se propone nuestro trabajo y la búsqueda de su respuesta al tema que finalmente conllevará a un desarrollo del texto constitucional.

## 1.2. JUSTIFICACIÓN.

En el marco de la plena vigencia de los derechos fundamentales ha reconocido la constitución política del estado una jurisdicción plural, la cual ha sido otorgada en su ejercicio a las comunidades campesinas y nativas, limitada precisamente en su ejercicio por los derechos fundamentales que cada ser humano tiene acceso por su condición de tal, en forma irrestricta.

En consecuencia la presente investigación, encuentra plena justificación cuando se trata de ver en materia penal, si el límite que debe imperar en la vigencia de los derechos fundamentales, es aplicable al ejercicio de la jurisdicción plural, reconocida en el artículo 149 de la Constitución Política del Estado, en concreto el derecho fundamental a la seguridad jurídica que además constituye principio inspirador de la dignidad humana, que es para todos sin distinción de ninguna clase.

La denominada jurisdicción comunal, se viene ejerciendo sin reales límites que deberían ser impuestos por los derechos fundamentales, como manda el dispositivo constitucional que reconoce nuestro Estado y en especial en lo relacionado a la seguridad jurídica que encuentra en el principio de legalidad su directo desarrollo y en materia penal en la tipicidad su concreta aplicación para ambos extremos del ejercicio sancionador, es entonces necesario analizar si el límite constitucional encuentra real aplicación.

Si el ejercicio de la jurisdicción comunal, no encuentra límites, impuesto por los derechos fundamentales, nos encontraríamos frente a la plena arbitrariedad que es la cara opuesta de la seguridad jurídica de la previsibilidad que debe imperar desde la misma estructura de la norma jurídica, es decir precepto y

consecuencia o en su caso conducta y sanción, que son el reflejo de la dimensión regulativa del derecho objetivo, por que de lo contrario no se cumpliría la fase ordenadora de lo que básicamente debe constituir un sistema normativo reflejado en el ejercicio de la jurisdicción o potestad de administrar justicia, si es necesario, en esencia velar por que el derecho fundamental a la seguridad jurídica, que tanto ha costado ser asimilado por la humanidad, tenga real aplicación en nuestros tiempos con respeto a la cultura y costumbres que de ninguna manera pueden sobreponerse a los inherentes derechos adquiridos por el ser humano.

### **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

#### **1.3.1. PROBLEMA GENERAL**

¿La jurisdicción otorgada por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado, para su ejercicio por las comunidades campesinas, se encuentra limitada por la seguridad jurídica en materia penal?

#### **1.3.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS**

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las comunidades campesinas en el Perú?
- ¿En qué consiste la seguridad jurídica como derecho fundamental en materia penal?
- ¿Cuándo se configura el pluralismo jurisdiccional en un Estado?

### **1.4. ANTECEDENTES**

No se tiene referencia o registro que en nuestra región de Puno, haya existido tesis o trabajos de investigación sobre el presente tema.

## 1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

### 1.5.1. OBJETIVO GENERAL

- Analizar y determinar si la jurisdicción otorgada por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado, para su ejercicio por las comunidades campesinas, se encuentra limitada por la seguridad jurídica en materia penal.

### 1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer la naturaleza jurídica de las comunidades campesinas en el Perú.
- Analizar la consistencia de la seguridad jurídica como derecho fundamental en materia penal.
- Determinar cuándo se configura el pluralismo jurisdiccional en un Estado.

## 1.6. HIPÓTESIS

### 1.6.1. HIPÓTESIS GENERAL

- La jurisdicción otorgada por el artículo 149 de la Constitución Política del Estado, para su ejercicio por las comunidades campesinas, no encuentra límite en la seguridad jurídica en materia penal.

### 1.6.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA

- Las comunidades campesinas en el Perú cuentan con una naturaleza jurídica de autonomía cultural.

- La seguridad jurídica como derecho fundamental en materia penal, consiste en la tipificación de las acciones y en la previsión y correspondencia de las sanciones.
- Se configura el pluralismo jurídico en un Estado cuando se presentan varias jurisdicciones dentro del mismo.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. ANTECEDENTES

##### 2.1.1. ANTECEDENTES TEÓRICOS

Con referencia al tema de investigación no existe trabajo análogo o tesis realizada, por cuanto se ha hecho las investigaciones respectivas en diversas bibliotecas de la región, así como en las facultades de derecho.

##### 2.1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

###### 2.1.2.1 COMUNIDADES CAMPESINAS: CRECIMIENTO SOSTENIDO Y DIVERSIDAD DE ORIGEN

Castillo Fernández, M., Del Castillo L., Monge C., & Bustamante, M. (2004), las comunidades campesinas en el Perú presentan un crecimiento sostenido en las últimas cinco décadas. Si nos atenemos a las cifras censales, se habrían multiplicado por diez tanto su número como la superficie agropecuaria comunal durante el período 1961-2002; si revisamos las cifras de comunidades reconocidas, su cantidad se habría multiplicado por siete durante el período

1940-2002. Así mismo nos revelan las siguientes pistas: (i) una fase de mayor crecimiento en las décadas de los años setenta y ochenta; y (ii) una fase de menor crecimiento en la década del noventa. Un caso ilustrativo de la tendencia de crecimiento del número de comunidades campesinas es el departamento de Piura. En el año 2002, tenía 131 comunidades (100%), las que de acuerdo a su origen a lo largo del siglo XX, tendrían la siguiente distribución: el 23.7% (31 comunidades) existían en 1930; lo que aumentó al 31.3% (41 comunidades) a 1970; y durante la década de los años setenta y ochenta llegó a aumentar significativamente de 41 a 117 comunidades, es decir, representó el 89% del total actual.

Hobsbawn (1977), si bien los campesinos no tienen mucho conocimiento concreto sobre el entorno más amplio que encierra sus pequeños mundos, ellos son agudamente concientes de los cambios que parecen afectar la indestructibilidad de ese mundo más amplio. Si la estructura de poder es firme y cerrada, se retraen en su postura usual de esperar. Si empieza abrirse o quebrarse, se preparan para la acción.

### **2.1.2.2 TRATAMIENTO NORMATIVO DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

#### **A) CÓDIGO CIVIL DE 1852**

Siendo la máxima expresión de nuestro liberalismo inspirado en los principios clásicos del Derecho Romano y del Código Napoleónico; en el se reafirma la propiedad ordinaria o el reparto igual de las herencias. Tácitamente se reitera la abolición de las comunidades.

## **B) CONSTITUCIÓN DE 1920**

La constitución de 1920 rectificó en parte, los errores de toda una centuria de legislación individualista, al reconocer la existencia legal de las comunidades y la imprescriptibilidad de sus tierras.

Art. 41º.- Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley.

Art. 58º.- El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan.

## **C) CONSTITUCIÓN DE 1933**

La constitución de 1933, les consagra todo un título (Título XI), les reconoce existencia legal y personería jurídica, garantiza la integridad de sus tierras, para lo cual establecía el levantamiento de los respectivos catastros, señaló que sus tierras con imprescriptibles e inajenables; expresa el propósito de dotar de tierras a las comunidades que carezcan de la suficiente; fija su autonomía frente a los Consejos Municipales y se obliga a dictar una legislación especial indígena.

### **TÍTULO XI**

#### **COMUNIDADES DE INDÍGENAS**

Artículo 207.- Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.

Artículo 208.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente.

Artículo 209.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

Artículo 210.- Los Concejos Municipales, ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades.

Artículo 211.- El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29.

Artículo 212.- El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen.

Artículo 29.- La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada.

#### **D) CÓDIGO CIVIL DE 1936**

El Código Civil de 1936 dedica asimismo un título, el cuarto del Libro Primero, a esas instituciones (art. 70 a 74 inclusive). Declara que ellas están sometidas a

las disposiciones pertinentes de la Constitución y a la legislación que se ha ordenado dictar; establece que es obligatoria su inscripción y la formación de un catastro especial; determina quienes son sus mandatarios; prohíbe el arrendamiento o la cesión en uso de las tierras a los propietarios de los predios colindantes; y manifiesta que mientras se promulgue la legislación tutelar, continuarán sometidas a sus leyes específicas, al régimen de propiedad establecido por el Código, en cuanto sea compatible con la indivisibilidad de sus tierras y a las disposiciones del Poder Ejecutivo.

El Código Civil, va a señalar la forma como las comunidades deben elegir a sus personeros; habiéndose reglamentado esa elección, mediante Decreto Supremo del 18 de julio de 1938. El reconocimiento legal y su inscripción en el Registro Oficial se hacía conforme al procedimiento establecido por el decreto Supremo del 24 de junio de 1938.

Durante la vigencia del Código Civil de 1936 se emitió el Decreto Supremo del 10 de mayo de 1961, por la cual las Comunidades Campesinas son reconocidas oficialmente por Resolución Suprema, creando la Dirección de Asuntos Indígenas, ante la cual se solicitaba dicho reconocimiento.

## **E) LAS COMUNIDADES EN EL PROYECTO DE REFORMA Y EN LA LEY DE BASES**

Las Comunidades indígenas fueron objeto de una reglamentación especial en el extenso e importante proyecto preparado por la Comisión de la Reforma Agraria que presidiera Pedro Beltrán. Esa reglamentación se orientó a

fomentar, definitivamente la organización cooperativa de las comunidades existentes, a la determinación de derechos individuales de los comuneros y a la vigencia de un sistema de asociación forzosa y de promoción comunal, que buscaba elevar a un nivel superior y prepararlos para las exigencias de la vida moderna.

La Comisión va a recoger la naturaleza jurídica de las tierras comunales (inalienables, imprescriptibles e integridad, establecida en la Constitución de 1933); señalando que éstas eran eficaces para la defensa de su patrimonio; pero sugería al mismo tiempo, que se reconociera a los comuneros el dominio útil de las parcelas y la libre disposición de ellas dentro del seno de la comunidad, aunque ningún comunero podría acumular más de dos parcelas a su favor.

## **F) LA LEY DE LA REFORMA AGRARIA Y LAS COMUNIDADES**

La Ley de la Reforma Agraria de 1964 declara que el régimen de la propiedad rural de las comunidades indígenas está también sujeto a la Ley de Reforma Agraria; la cual buscaba la organización Cooperativa en las Comunidades, buscando impulsar su desarrollo técnico, económico social y cultural.

La adjudicación de tierras que se hacían a las Comunidades llevaban la expresa prohibición de su transferencia; pudiendo los comuneros ceder en forma individual el uso de la tierra dentro del sistema compatible con la organización comunal o cooperativa, y los terrenos dedicados a pastizales, aguas y bosques serán de uso común de la comunidad y sus miembros.

La reforma agraria Decreto Ley 17716 contemplaba la adjudicación de tierras a título oneroso; es decir, los campesinos debieron pagar por la tierra que recibieron. La deuda agraria no es, pues, sólo la de los expropietarios que hoy reclaman compensaciones. Los campesinos asumieron una deuda a 20 años con el Estado, y muchos incluso la pagaron antes del plazo fijado.

Los militares prefirieron adjudicar tierras a las grandes empresas asociativas (cooperativas, SAIS, grupos de campesinos y empresas de propiedad social), que en conjunto recibieron el 75.8% del total de la superficie adjudicada de tierras de reforma agraria hasta 1982. Las comunidades no fueron, pues, las más beneficiadas por la reforma agraria.

### **G) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979**

Mediante el artículo 156°, el Estado le otorga prioridad al desarrollo integral del sector agrario.

Es importante resaltar que, el Estado garantiza según el artículo 157° el derecho de propiedad privada sobre la tierra, en forma individual, cooperativa, comunal, autogestionaria o cualquier otra forma asociativa, directamente conducida por sus propietarios, en armonía con el interés social y dentro de las regulaciones y limitaciones que establecen las leyes. Hay conducción directa aclara el artículo citado cuando el poseedor legítimo e inmediato, tiene la dirección personal y la responsabilidad de la empresa. Las tierras abandonadas pasan a dominio del estado para su adjudicación a campesinos sin tierras.

El artículo 161°.- Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal

y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.

El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes.

En cuanto a la tierra de las Comunidades, señala el artículo 153° que son inembargables e imprescriptibles, inalienables, salvo ley fundada en interés de la comunidad y solicitada por una mayoría calificada o en caso de expropiación.

En resumen, la Constitución Política de 1979, contenía un modelo neoliberal, pero asimismo, tenía un determinado margen de flexibilidad, teniendo en cuenta la amplitud con la que se regulaba la intervención del Estado en la economía, lo que-al decir de algunos comentaristas- moderaba ese modelo neoliberal primigenio.

## **CAPÍTULO VIII**

### **DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS**

Artículo 161.- La Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.

El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes.

Artículo 162.- El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Fomentan las empresas comunales y cooperativas.

Artículo 163.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles.

También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero.

Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.

#### **H) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993**

La actual Constitución Política, en relación a las Comunidades Campesinas y Nativas, recoge los principios del pluralismo étnico y cultural, reconociendo la existencia de las comunidades y culturas nativas del Perú, así como de la propiedad de las mismas sobre las tierras comunales. La Constitución regula, directa e indirectamente, éste reconocimiento en diversos artículos de la misma, así tenemos al artículo 2°, inciso 19, los artículos 17°, 48° y 149°, y en especial los artículos 88° y 89° de la Constitución Política de 1993, que forman parte de su Capítulo VI denominado “Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas Y Nativas”.

Los citados artículos de la Constitución establecen lo siguiente:

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

...19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete...”

A través de este artículo el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación, precisando además que todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete; protegiendo de esta manera la identidad propia a las Comunidades Campesinas y Nativas, identidad que se forma a través de los años mediante el compartir, además de la tierra, de costumbres, de un idioma y de una etnia en común.

Este derecho de la persona a utilizar su propio idioma ante cualquier autoridad, mediante un intérprete, también ha sido recogido en el artículo 15° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 17.- El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional”.

Artículo 48.- Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.”

Este artículo de la Constitución Política reconoce y protege como idioma oficial aquel que predomine en la zona en la cual se hable, dándole así reconocimiento oficial a las lenguas que emplean las diversas comunidades

indígenas y campesinas en el Perú, protección muy importante para las mismas.

Artículo 149.- 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 de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

A través de este artículo se reconoce constitucionalmente la facultad de administración de justicia especial que pueden emplear las Comunidades Campesinas y Nativas en función al Derecho Consuetudinario predominante en las mismas, punto en el cual adquiere relevancia la protección otorgada en los artículos citados líneas arriba, tanto en temas étnicos, culturales e idiomáticos, precisando la importancia de la coordinación con las rondas campesinas y órganos del Poder Judicial.

Esta norma es importante, pues, cabe destacar las particularidades de dicha población, puesto que muchas costumbres ancestrales y culturales son diametralmente opuestas a las costumbres de la población que no la conforma, encontrándonos, por ejemplo, con la edad temprana en que las mujeres de dichas comunidades adquieren la nupciabilidad, quienes se casan o unen entre los doce y catorce años de edad.

No obstante lo señalado, es importante mencionar que cuando efectivamente se han ejercido tales facultades, se han generado graves conflictos entre las

autoridades comunales y las autoridades judiciales formales, atacándose a las normas comunales, sus costumbres y tradiciones, debilitando a sus autoridades y restándole importancia al sentido de su normatividad y jurisdiccionalidad especial, que, por el contrario, debería protegerse por constituir muchas veces la única en parajes alejados del interior del país.

Lo estipulado en este y en los anteriores artículos mencionados puede verse reflejado en lo establecido en el Artículo 15° del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

### **ERROR DE PROHIBICIÓN POR COMPRENSIÓN**

Artículo 15.- El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.”

### **I) LA CONSTITUCIÓN A TRAVÉS DE SUS ARTÍCULOS 88° Y 89°**

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

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

### **DEFINICIÓN**

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 la 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.

### **2.1.2.3. 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.

#### **2.1.2.4 EVOLUCIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO**

Yrigoyen (2006), 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.

### 2.1.2.5 LOS MECANISMOS TRADICIONALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Bazán (2005), sin perjuicio de las vigentes recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en materia del derecho al acceso a la justicia y el reconocimiento de los mecanismos tradicionales de justicia, debe indicarse que el primer reconocimiento a una población indígena para que solucione ella misma sus conflictos aplicando su derecho consuetudinario se realizó en el año 1978, mediante el artículo 19° de la Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, vigente hasta la actualidad, al disponer que: "Artículos 19.- Los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen entre los miembros de una Comunidad Nativa, así como las faltas que se cometan, serán resueltas o sancionadas en su caso, en forma definitiva por sus órganos de gobierno. En los procesos civiles y penales los Tribunales Comunes o Privativos, según sea el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades.

Bazán (2005), por su parte, en la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, del año 1987, no se reconoció a tales comunidades la facultad o posibilidad de solucionar ellas mismas su conflictos aplicando su derecho consuetudinario. Sólo existe una declarativa mención a la obligación estatal para respetar y proteger los usos, costumbres y tradiciones de la Comunidad, propiciando el desarrollo de su identidad cultural (Art. 1°, literal. d). Apenas se facultaba a su Asamblea General para constituir rondas campesinas (Art. 18°, literal k) y proponer candidatos ante la autoridad competente para los

nombramientos de Jueces de Paz no Letrados dentro de su comunidad (Art. 18º, literal m). Lo anterior significaba que únicamente se seguiría aplicando el derecho moderno. Así: "Artículo 18.- Son atribuciones de la Asamblea General: (...) k) Constituir, cuando lo considere necesario, Rondas Campesinas, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 24571; (...) m) Proponer candidatos a la autoridad competente para los nombramientos de Jueces de Paz no Letrados.

## **2.2. MARCO TEÓRICO**

### **2.2.1. UNA VISIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Peces (2004), en este punto se trata de explicar la raíz y en todas las dimensiones posibles el origen histórico, el fundamento, la estructura y la función en la sociedad, en el Poder político y en el Derecho de la idea de derechos fundamentales. Cuando hablamos de derechos fundamentales estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el Derecho positivo. La justificación de la pretensión moral en que consisten los derechos se produce sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el Derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad. Se deben abarcar ambas características para alcanzar la comprensión de los derechos fundamentales. Utilizamos el término derechos fundamentales que parece más integrador, que evita las visiones parciales tanto en la metodología, como en los contenidos.

### 2.2.2 FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Peces (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 (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 DERECHOS FUNDAMENTALES QUE INSPIRAN EL PROCESO PENAL**

Navarrete (2009), precisa que el Derecho Procesal Penal debe entenderse como la forma de reflejarse, de manera especial, el derecho adjetivo en la rama penal. Consecuencialmente, aparece formalmente contenido en las normas a las que deben someterse los jueces y las partes que intervienen en los procedimientos penales con la finalidad de esclarecer los hechos punibles sometidos a juicio. El Derecho Procesal Penal, no es más que eso, la rama de la legislación adjetiva que crea el modo de averiguar o comprobar los hechos delictuosos, de descubrir sus autores y oír a éstos en juicio contencioso, a fin de que pueda dictarse en definitiva el fallo condenatorio o absolutorio que se corresponda con la verdad procesal demostrada en autos.

Peces (2004), refiere que con el desarrollo histórico de los derechos humanos y fundamentalmente a raíz de la Declaración Universal de éstos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, el reconocimiento de tales derechos por todas las naciones de la tierra se aceleró en forma no experimentada anteriormente y proporcionó a los pueblos un argumento fundamental, de carácter concreto, para que en el ámbito jurídico éstos derechos penetrasen de manera profunda en el ámbito social y político de las naciones, al asumir los pueblos los principios filosóficos y axiológicos de los derechos humanos para exigir su incorporación a todas las instituciones donde se requiera el respeto al fundamento ético de estos derechos, es decir el respeto a la dignidad humana.

#### 2.2.4. LA CONSTITUCIÓN Y EL PROCESO PENAL

En el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico (Artículo 138, segundo párrafo), sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados -de un lado- por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público (Artículo 159°, incisos. 4 y 5 de la Constitución Política del Estado.) y -de otro- por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (Artículos. 2. 24 y 139. 14 de la Constitución Política del Estado.). Lo expuesto es consecuencia de haber adoptado Constituciones rígidas que no pueden ser modificadas por la ley ordinaria y normativas que se integran al ordenamiento como normas supremas.

En este orden de ideas, la Constitución, especialmente en el artículo 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales, sobre la base de la necesidad del proceso penal o principio de jurisdiccionalidad, a tenor del artículo 139°.10 de la Carta Magna. Esta garantía jurisdiccional tiene un doble componente, pues, por un lado atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso.

Del conjunto de los derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos.

Cubas (2004), afirma que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra.

Ferrajoli (2010), refiere que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito, las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. De igual manera, insiste el mismo autor, la principal garantía procesal, presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*), que tiene su origen en el artículo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 y que incluía garantías contra la detención, la reserva de jurisdicción (juicio legal de un sujeto imparcial e independiente) y la presunción de inocencia; en tal virtud esta garantía de jurisdiccionalidad, en sentido estricto, exige la acusación, la prueba y la defensa.

#### **2.2.5. FUNDAMENTOS DEL PROCESO PENAL**

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.

### **2.2.6. LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL**

Como lo sostiene un defensor de la tendencia y simple llanamente como el medio para una reducción óptima de molestias. Al respecto no debería perderse de vista que el derecho penal sólo encontrará legitimación por referencia a su área nuclear. En efecto, todo aquel que emprenda la tarea de justificar el derecho penal, lo justificará pensando en asesinato, violación y robo.

### **2.2.7. DIGNIDAD LIBERAL**

Peces (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 (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.

### **2.2.8. EL DERECHO PENAL MODERNO**

Jescheck (1981), el Derecho penal moderno hunde sus raíces en el planteamiento liberal, aquél que introdujo el período moderno en la Administración de Justicia, que planteó el sentido y fin del Derecho penal y que desarrolló un planteamiento humanista de las penas, desestimando la pena de muerte, la cadena perpetua, las penas corporales e infamantes e introdujo la pena privativa de libertad.

Urquiza (2007), la libertad de los ciudadanos quedó afirmada limitando al poder punitivo a través del principio de legalidad. Aún más, el Derecho penal de base liberal y democrático pone como categoría superior la representación de la persona humana conforme a su dignidad, con lo cual la racionalidad que se predica de los ciudadanos frente al Derecho penal viene acompañada del componente esencial de afirmación de la dignidad de la persona humana, reverente incluso frente al delincuente.

### **2.2.9. COMUNIDADES CAMPESINAS: IMPORTANCIA EN EL ESCENARIO NACIONAL Y RURAL**

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).

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.

#### **2.2.10 DE LA LEY 24571 A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1993 LAS RONDAS CAMPESINAS**

Defensoría del Pueblo. (2010), son organizaciones sociales de larga data en el Perú, y tienen un importante grado de institucionalización social y jurídica. En efecto, están reconocidas en el ordenamiento jurídico peruano como proveedoras de seguridad ciudadana rural desde noviembre de 1986, con la Ley N° 24571, que las reconocía como organizaciones “que contribuyen al desarrollo y a la paz social, cooperando con las autoridades en la eliminación de cualquier delito” (artículo único). Dicha ley indicaba que su estatuto y reglamento se rigen por las normas de las comunidades campesinas establecidas en la Constitución y el Código Civil.

Defensoría del Pueblo. (2010), lamentablemente, a este avance normativo le sigue un retroceso con el Decreto Supremo N° 12-88-MI de marzo de 1988, que aprobó un Reglamento de Organización y Funciones de rondas campesinas, pacíficas, democráticas y autónomas, y estableció que el control y la supervigilancia esté a cargo de la Dirección General de Gobierno Interior

(artículo 29º). Además requería una acreditación a través de una resolución prefectural (artículo 30º). Estas disposiciones eran claramente inconstitucionales y por la misma debilidad e insuficiencia del Estado que llevó a la organización rondera, casi no se aplicaron. Más adelante, en el Decreto Legislativo N° 740 de noviembre de 1991, se dispuso la entrega de armas y municiones a las rondas campesinas en el marco de la política antisubversiva. Muchas rondas no aceptaron las armas, entendiendo que el hacerlo podría implicar pérdida de independencia y autonomía. Cabe indicar que la fortaleza de la organización rondera fue uno de los factores por los que los grupos alzados en armas no consiguieron tener una presencia significativa en la Sierra Norte. Este hecho no pasó desapercibido para el Estado, al punto que se buscó replicar la experiencia en el trapezio andino y la selva alta mediante la institucionalización de Comités de Autodefensa monitoreados por el Ejército, mediante el Decreto Legislativo N° 741. Luego del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se expidió el Decreto Supremo N° 77-92 en noviembre de 1992. Allí se dispuso que las Rondas Campesinas se adecuen a la normatividad de los Comités de Autodefensa (artículo 4º) y operen con autorización del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas (artículo 6º). Este decreto dejó sin efecto al Decreto Supremo N° 12 – 88 MI. De este modo, se trató de hacer pasar a las rondas campesinas de la subordinación al Ministerio del Interior, a la del Ministerio de Defensa.

Defensoría del Pueblo. (2010), es en ese contexto en que se da el debate del que sería el artículo 149º del texto constitucional de 1993, en el llamado “Congreso Constituyente Democrático”. Consideramos pertinente precisar que la ponencia original presentada a la Comisión de Constitución por el Centro de

Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, planteaba el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y de las rondas campesinas Sin embargo, en el transcurso del debate se modificó la redacción del articulado, de modo que al final quedó con la siguiente redacción: “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, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial”. Lamentablemente, la literalidad del artículo citado no comprende directamente a las rondas campesinas de caseríos, distritos o centros poblados, cuyos pobladores campesinos no han constituido la persona jurídica “comunidad campesina”, a pesar de ser efectivamente comunidades de campesinos, con rasgos culturales y políticos de similar tipo a los que mantuvieron la propiedad comunal de la tierra, así como con un Derecho consuetudinario, es decir, una regulación institucional de conductas sociales, que la población asume como obligatoria y que tiene una fuerza pública de respaldo. Esta ausencia de claridad normativa a nivel constitucional determina que sigan produciéndose situaciones de tensión entre ciertas autoridades comunes, los integrantes de las rondas y sus autoridades. Ante esta situación, urge precisar la interpretación del mencionado artículo, conforme las técnicas de interpretación jurídica, y específicamente, de interpretación constitucional.

### **2.2.11. LAS COMUNIDADES CAMPESINAS APROXIMACIÓN A UNA DEFINICIÓN**

Peña (2013), las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas son instituciones históricas, reconocidos constitucionalmente en el artículo 89º de la Constitución Política del Perú. Se componen de grupos de personas que actúan como sujetos colectivos (con un interés colectivo o comunal) cuyo origen se encuentra en los pueblos originarios o pueblos “indígenas” que poblaron por primera vez el territorio peruano. En el pasado, la institución semejante se denominaba Ayllu.

Peña (2013), en la actualidad, estas Comunidades o Pueblos habitan zonas rurales y zonas urbanas (por la migración). Sin embargo, el origen legal de la denominación de “Comunidades Campesinas” y “Comunidades Nativas” se encuentra en aquellas comunidades que habitan la zona rural. Se identifica normalmente a las “Comunidades Campesinas” con las comunidades ubicadas en la zona rural de los Andes del Perú (en adelante también denominadas Comunidades Andinas), y a las “Comunidades Nativas” con las comunidades ubicadas en la zona rural de la Amazonía (en adelante también denominadas Comunidades Amazónicas). Una comunidad Andina es diferente a una comunidad Amazónica. La Comunidad Andina tiene una relación con la tierra para realizar actividades económicas vinculadas a la agricultura y ganadería: cada familia suele tener una parcela de terreno donde practica una agricultura para su subsistencia y desde donde normalmente obtiene forraje para su ganado que utiliza como mecanismo de ahorro e intercambio. La Comunidad Amazónica tiene una relación con la tierra para practicar la agricultura pero

sobre todo para aprovechar sus bosques y ríos: cada familia practica la agricultura de roce y quema para proveerse de determinados alimentos, pero sobre todo hace uso de los bosques y ríos para proveerse de sus principales alimentos (frutos, animales de caza y peces) y de recursos para su usufructo e intercambio (madera, peces). Ambas comunidades, Andinas y Amazónicas, tienen una organización social y política basada en la familia y el parentesco, y en la asamblea comunal.

Peña (2013), cada comunidad andina y amazónica comparte historias, costumbres y conocimientos propios o locales. De ahí que contemos con una diversidad de comunidades por región y por microrregión. Existen comunidades diferentes por identidad étnica: en los Andes al menos los Quechuas y Aymaras definen una clara diferencia, pero en la Amazonía encontramos aproximadamente 67 grupos étnicos diferentes (Asháninkas, Awajun o aguaruanas, Shipibos, kandozis, Shapras, Kichuas, Shuar, entre otros). Pero dentro de los propios grupos étnicos existen muchas diferencias por región, microrregión o inter-región. Por ejemplo los Aymaras de la región de Puno son diferentes dependiendo si son Aymaras de Huancané o de Juli, los Quechuas de Cusco son diferentes de los Quechuas de Huancavelica, e igual ocurre con los Awajún de Imaza, Amazonas, respecto a los Awajún de San Ignacio, Cajamarca.

### **2.2.12 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.

### **2.2.13. COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL**

(Exp. N° 0042-2004-AI), el patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad, y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. El patrimonio cultural inmaterial (...) se manifiesta en las 1) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vínculo del patrimonio cultural inmaterial; 2) artes del espectáculo, 3) usos sociales, rituales y actos festivos, 4) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y 5) técnicas artesanales tradicionales.

### **2.2.14 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 distinguen 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.

#### **2.2.15. LAS NORMAS COMUNALES SON NORMAS DE DERECHO VÁLIDAS EN EL ORDEN JURÍDICO PERUANO**

Defensoría del Pueblo (2010). Tanto las rondas de comunidades de campesinos parceleros habitantes de caseríos o centros poblados, como las de comunidades campesinas con propiedad comunal de la tierra, expresan una identidad comunal de las personas que las integran, controlan efectivamente un territorio y actúan conforme a normas jurídicas. Entendiendo que una norma es jurídica cuando 1) regula aspectos de la vida social, 2) es obligatoria para los habitantes bajo su imperio, 3) cuenta con una fuerza pública que las respalda, 4) está inserta en el marco de una institucionalidad que garantiza su vigencia y efectividad, y 5) es producida por una fuente legítima. Todas esas características son cumplidas por las normas aplicadas por las rondas campesinas y en general, por las autoridades de los pueblos indígenas y comunidades de campesinos. La fuente de la norma suele ser la costumbre, pudiendo mostrarse en la mayoría de los casos una práctica constante desde cierto momento en la historia colectiva, con conciencia de obligatoriedad y respaldo de una fuerza pública en la comunidad. En consecuencia, en estos casos, estamos ante costumbres jurídicas, las cuales, en nuestro ordenamiento

constitucional, están reconocidas como fuente de Derecho bajo el nombre de “derecho consuetudinario”. El texto constitucional vigente lo afirma en el inciso 8 del artículo 139°, en la medida en que supla vacíos o deficiencias de la ley. Adicionalmente, en el artículo 149° de la Constitución, el llamado “derecho consuetudinario” o Derecho comunal está reconocido como fuente principal de Derecho dentro de territorios comunales y en la medida en que respete los derechos humanos. Evidentemente, la juridicidad y constitucionalidad de estas normas no debe llevar a la exigencia de las formalidades propias del Derecho estatal común. Pues cada vez más se admite que el Derecho contemporáneo es un “Derecho dúctil”, siendo ello especialmente predicable de los Derechos comunales. Esto lo hace más efectivo para la regulación de ciertas situaciones sociales, siempre y cuando se encuentren respaldados por una fuerte institucionalidad comunal.

#### **2.2.16. 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.

### **2.2.17. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 149º 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 149º 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 149° 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 149° 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 149° de la Constitución e inmediatamente después de su lectura, el ponente señala que: “Nuestro Perú es muy disímil en las costumbres, en la ideosincracia, 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.

## **2.2.18. 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.

### **COMPETENCIA MATERIAL**

El artículo 149º 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 9º 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.

### **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.

## 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.

### 2.2.19. 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.

### **2.2.20. 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 por que 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.

### **2.2.21. 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 encontrarse 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.

### **2.2.22. ¿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.

#### **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.

## 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 adquiera 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.

### **2.2.23 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.

#### **2.2.24 ¿QUÉ NO ES LA JUSTICIA COMUNAL?**

Flórez (2010), el linchamiento, la venganza, y la justicia por mano propia, entre otros, no son parte de la Justicia Comunal.

El linchamiento es un delito en el que sin proceso y confusamente se mata o lesiona a un sospechoso o a un reo. El linchamiento es violento y está dirigido a causar algún daño físico y/o psicológico a una o varias personas. El linchamiento no respeta la dignidad humana y viola derechos fundamentales como la vida, la integridad física y un debido proceso. Un linchamiento en el que se priva de la vida a una persona con ferocidad, alevosía y ventaja es un homicidio calificado, tipificado en el Artículo 108 del Código Penal y está penado con prisión de 15 a 25 años. La justicia comunal tiene instituciones muy sólidas, mientras que los linchamientos reúnen a grupos violentos que son la

negación de cualquier institucionalidad. Una adecuada aplicación de la justicia comunal evita el desborde social y los excesos que ocurren en un linchamiento.

### **2.2.25. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA JUSTICIA ESPECIAL COMUNAL**

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, (2006), sobre la jurisdicción comunal específicamente en materia penal, el artículo 9º 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.

#### **2.2.26. 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).

Gonzales (2011), 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.

#### **2.2.27. 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.

#### **2.2.28. DERECHOS FUNDAMENTALES**

Montaner (2015), los derechos fundamentales son derechos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto.

Montaner (2015), son derechos ligados a la dignidad de la persona dentro del Estado y de la sociedad. Cabe destacar que a los derechos fundamentales no los crea el poder político, se impone al Estado la obligación de respetarlos.

Montaner (2015), el derecho fundamental jurídicamente tiene la estructura normativa basada en la capacidad que le permite a la persona efectuar determinados actos, es decir, que los derechos fundamentales son instituciones jurídicas que tienen la forma del derecho subjetivo. Y la estructura del derecho subjetivo tiene tres elementos: titular del derecho subjetivo, el contenido del derecho subjetivo en el que vamos a distinguir las facultades, por otra parte el objeto del derecho, y un tercer elemento es el destinatario o sujeto pasivo, aquel que está obligado a hacer o no hacer.

#### **2.2.29. SEGURIDAD JURÍDICA**

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

#### **2.2.30 ASPECTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.**

Zavala (1994), La seguridad jurídica se muestra como una realidad objetiva, esto es, se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico, a través de sus normas e instituciones. Mas, su faceta subjetiva se presenta como certeza del Derecho, es decir, "... como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Por ello, se

requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios... La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho. Esta premisa conduce a cifrar la exploración del sentido de la seguridad en el conjunto de caracteres que connotan e informan su dimensión objetiva.

La seguridad jurídica tiene, pues, su aspecto estructural (objetivo), el que es inherente al sistema jurídico, a las normas jurídicas y a sus instituciones y, de ahí, dimana al sujeto que está obligado por el sistema jurídico que adquiere la certeza o la certidumbre de las consecuencias de sus actos y las de los demás, ésta es la faceta subjetiva.

### **2.2.31 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.

### **2.2.32. GARATÍAS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA**

Magaloni (1990), una idea que contribuye a esclarecer el tema es la siguiente: "La seguridad jurídica es uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza. En alguna medida, una de las principales justificaciones de la existencia del Estado ha sido precisamente que, mediante el monopolio de la violencia, asegura la existencia de la sociedad y la paz interior. No sólo esto, sino que la observancia general de las normas jurídicas y mandatos de autoridad, permiten que los individuos se muevan dentro de un marco legal con igual libertad y autonomía y que realicen sus planes de vida. De ahí la pretensión de obligatoriedad inexorable que caracteriza a un ordenamiento jurídico.

Radbruch (1999), La seguridad jurídica es reconocida como uno de los valores del derecho, teniendo incluso en algunos casos la categoría de valor fundamental del derecho, ubicándose por encima del valor justicia y bien común. No es raro que el legislador constituyente tratara de materializar este valor en los preceptos constitucionales que enseguida se comentarán. La seguridad jurídica no es otra cosa, sino una garantía individual por medio de la cual se genera un estado de certeza, en donde una misma situación, bajo una o varias circunstancias iguales en el tiempo, siempre va a tener una misma consecuencia. La seguridad jurídica brinda al gobernado un marco de hecho y de derecho, que sirve de base y punto de partida para la realización de un conjunto de actos con trascendencia jurídica. En pocas palabras, seguridad jurídica es igual a previsibilidad jurídica.

### **2.2.33. 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 fundamentador 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.

#### **A) 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 la 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.

## **B) 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.

#### **2.2.34. 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 íecesidades 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, roducir 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 pollas 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.

### **2.2.35. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

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.

### **2.2.36. NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE**

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.

Urquiza (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.

### **2.2.37. 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.

Rodriguez (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.

### **2.2.38. PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA**

Bustos y Hormazabal (1997), El sentido aquí utilizado del término prohibición de analogía debe entenderse sólo como prohibición de crear derecho perjudicial al reo por el Juez. Si el Juez crea Derecho deja de ser juez para convertirse en legislador y el ciudadano quedaría totalmente inerme frente al Poder Judicial.

La regla indica que el Juez no puede crear delitos. Las razones jurídicas que asisten este entendimiento se fundan en el mantenimiento material del principio de legalidad.

Urquiza (2007), la fuente del Derecho penal es la ley la cual se caracteriza por ser expresión general, esto es, que rige para todos. La analogía supone la aplicación de una norma jurídica semejante a un caso concreto: Con lo cual se vuelve al repudiado arbitrio judicial propio de épocas superadas y, no admitida por el Estado de Derecho en que lo que primaba no era la ley sino la costumbre; todos sabemos que la costumbre no es fuente del Derecho penal.

Muñoz y Garcia (1996), la aplicación de la analogía va mucho más allá. En el Título Preliminar del Código Penal, Principios Generales, tenemos en el artículo I la siguiente norma: "Este Código tiene por objeto la prevención de delitos o faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad". Se infiere, el carácter preventivo asignado al CP, lo cual significa que en nuestro Derecho se acepta que la ley penal reconoce la posibilidad y capacidad para que el ciudadano se motive. Es doctrina aceptada, que para afirmar la culpabilidad deben cumplirse ciertos requisitos y entre ellos la comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma. Esta comunicación sólo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos por ella.

### **2.2.39. APROXIMACIÓN AL PLURALISMO JURÍDICO**

Gonzales (2011), cabe indicar que la categoría de la "diversidad étnico - cultural" importa la incorporación de un grupo humano social determinado, cultivadora de una identidad socio-cultural distinta de "la otra u otras" sociedades en donde se inserta; por consiguiente ambas culturas coexisten mutuamente dentro de un mismo ámbito territorial, ya sea porque una de ellas lo hace por un efecto de "inmigración" o de "colonización", por conquista o invasión.

Gonzales (2011), Los tipos diversos de sociedades étnicos – culturales pueden ser, en principio, de dos tipos:

a) Debido a los procesos de migración (son sociedades receptoras de migración, casi siempre económicas).

b) Las que por procesos de colonización y conquista se conforman como diversas debido a la presencia sostenida de las etnias y culturas nativas o aborígenes.

Pérez (2010), conforme esta doble tipología de formación de la diversidad étnico-cultural, es del caso establecer que se presentan dos tipos de conflictos culturales (relación conflictiva entre las culturas diversas que conviven en un mismo espacio social, desde hace más de sesenta años, que muchas veces trascienden a los meros usos sociales y que incluso llevan consigo una fuerte dosis de disconformidad social que en algunos casos motiva la intervención del Derecho.

Pérez (2010), el intrasistémico (desde dentro y hacia dentro del sistema cultural), que contiene los casos, como se ha visto, de disidencia y objeción de conciencia que un individuo plantea a su propio Estado en razón de su libertad ideológica, de religión o de conciencia, y, El extrasistémico (desde fuera y hacia fuera del sistema cultural), este condicionamiento cultural se origina y motiva en el seno de una cultura distinta, foránea respecto del marco de referencia cultural normativa. Esto ocurre también en las sociedades de pasado colonial, originando que las leyes y normas de conducta de la cultura dominante termina por imponerse a modo de cultura oficial, desplazando a las otras culturas nativas en razón a su estatus de culturas subyugadas y criminalizando muchas veces, los usos, y costumbres.

#### **2.2.40. PLURALISMO JURÍDICO**

Actualmente, en el Perú, se reconoce el pluralismo jurídico, es así que el artículo 2 inciso 19 de la Constitución Política vigente, reconoce el derecho a la

identidad étnica y cultural. Estableciendo, además, que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Bernales (1999), el concepto de identidad étnica tiene dos componentes fundamentales. El primero consiste en que cada ser humano tiene derecho a mantener sus rasgos étnicos como un valor propio, tanto en sí mismo como en relación a todos los demás seres humanos que los comparten. El segundo, es que tienen derecho a que su etnia sea considerada como un valor particular y distinto, perteneciente al acervo de valores de la humanidad, tanto en la sociedad en la que vive como en el mundo entendido globalmente.

Bernales (1999), la identidad cultural, según el mismo Bernales, “es análoga a la identidad étnica, pero se refiere esta vez a la pertenencia cultural de la persona, es decir a su cosmovisión de la vida. La cultura es en definitiva la manera de vivir y, como tal, forma parte esencial de la persona, de su libertad de opinión y expresión, así como también de la cabal formación de su personalidad.

Bernales (1999), el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación que lo reconozca quiere decir que acepta su valor como un aporte a la sociedad en su conjunto. Que la proteja quiere decir que debe desarrollar políticas de diverso tipo que permitan precisamente, que todos alcancen un plano de igualdad y de mutuo respeto en los más diversos terrenos de la vida social (...) no se debe pretender que todos y cada uno de los peruanos compartan la misma raza y la misma cultura, sino que respetando diferencias, se interactúe creativamente, produciendo en nuevas síntesis que enriquezcan a la sociedad peruana y por ende a la humanidad.

Yrigoyen (2008), debemos hablar del “derecho indígena” como un sistema jurídico, a partir de una perspectiva histórica como comparada, en la medida que el concepto de derecho utilizado no identifique derecho con Estado, como lo hace el monismo jurídico. El pluralismo jurídico es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; por consiguiente, en este espacio se dan múltiples conflictos de interlegalidad.

#### **2.2.41. PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDAD**

Gonzales (2011), 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. Históricamente, la concepción de los derechos humanos fueron creados y reconocidos oficialmente para proteger al individuo de actos arbitrarios cometidos por el Estado o el Gobierno. Con el devenir de los tiempos, su universalidad colisiona con prácticas culturales que los desafían. Esta colisión no ha sido considerada inicialmente en los presupuestos de los derechos humanos. Siendo que la inevitable implicancia entre algunas culturas y los postulados de los derechos humanos fue una consecuencia inesperada.

Gonzales (2011), sobre el particular se tiene dos voces: una que formula que es universal el concepto de derechos humanos y otra que cuestiona esta

postura argumentando que no todas las culturas comparten los valores que los derechos humanos, tal como son comprendidos en “occidente”, resguardan. Con el devenir, estas posturas se han polarizado de tal forma que algunos indican que la concepción sobre los derechos humanos no es universal y, por tanto, no debe imponerse a miembros de culturas “no occidentales”. Esta es la posición extrema del relativismo cultural. Otros postulan que la tutela del ser humano es inherente a todas las culturas, lo que convierte en universal esta concepción y su aplicación en un deber ser, lo que se vino a denominar universalismo cultural.

#### **2.2.42. 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.

#### **2.2.43. 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.

#### **2.2.44. CONTENIDO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE LOS PAÍSES ANDINOS**

Yrigoyen. (2000), los países andinos que han reformado la Constitución, incluyendo alguna fórmula de reconocimiento del derecho y la jurisdicción especial indígena son: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador

(1998) y Venezuela (1999). El cuadro comparativo de las reformas constitucionales de tales países permite ver algunos rasgos comunes. Estos Estados, a su vez, son firmantes del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

#### **2.2.45. FUNDAMENTO: CARACTERIZACIÓN PLURALISTA DE LA NACIÓN Y EL ESTADO**

Yrigoyen. (2000), el primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígenas específicos.

### **2.3. MARCO CONCEPTUAL**

#### **2.3.1 ORDENAMIENTO JURÍDICO**

CABANELLAS (2003) se trata del conjunto o sistemas de normas que rigen en un determinado lugar y época. Esto quiere decir que el ordenamiento jurídico puede variar según la ciudad, provincia o país, o de acuerdo al momento histórico en cuestión. El ordenamiento jurídico de la democracia está compuesto por la Constitución (la norma suprema de un Estado), las leyes, los reglamentos, los tratados, las convenciones, las disposiciones y otras regulaciones.

### 2.3.2 DERECHO CONSUETUDINARIO

El derecho consuetudinario es el único marco normativo del ejercicio de la función jurisdiccional comunitaria, De acuerdo a Stavenhagen el concepto de derecho consuetudinario "(...) se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho vigente en un país determinado". La opinión imperante en la teoría del derecho define así las condiciones generales del derecho consuetudinario.

Sistema de normas, principios, valores, prácticas e instituciones, basadas en usos y costumbres que las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas consideran legítimo y obligatorio y les permite regular la vida social, organizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito vinculado con la administración de justicia.

### 2.3.3. SEGURIDAD JURÍDICA

Es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, párrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, párrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la

ley") y 139°, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación").

#### **2.3.4 COMUNIDADES CAMPESINAS**

Son organizaciones de interés público con personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad especial de la tierra, el trabajo especial, 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

#### **2.3.5. COMUNIDADES NATIVAS**

Están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, así como por tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso en la Amazonia.

#### **2.3.6 RONDAS CAMPESINAS**

Se define usualmente a las rondas campesinas como aquellas organizaciones sociales autónomas y democráticas con personería jurídica. Surgen en aquellas localidades rurales donde no existe comunidad campesina ante la necesidad de organizar la vida en el campo, y cumplen labores y funciones similares a la comunidad campesina. También se entiende por rondas

campesinas aquellas organizaciones encargadas de la seguridad ciudadana que son parte de las comunidades campesinas.

### **2.3.7 TEORÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA**

En la Constitución Política no reconoce de manera expresa a la Seguridad Jurídica como un Principio Constitucional, Sin embargo la seguridad jurídica es la parte connatural de Todo Estado Constitucional de Derecho y se establece que implica “La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad” es decir que el principio de seguridad jurídica no sólo significa la garantía de que el Derecho será cumplido sino también que el abuso del Derecho será abolido. Ahora bien no siendo expreso, este principio esta contenido implícitamente en nuestra constitución. La seguridad jurídica es un principio reconocido por el tribunal constitucional que implica la observancia de las normas legales, la sanción por su incumplimiento y la eliminación de todo abuso o arbitrariedad sea que esta provenga del Estado o de los particulares, o de la propia ley.

### **2.3.8 PROCESO**

Cabanellas (2003), del latín Procesius, deriva de Procedere, que significa avanzar, trayectoria, es el conjunto de actos coordinados y sistemáticamente regulados por la ley procesal estableciendo un orden preclusivo y ligados entre sí. Instrumento del debido proceso en el ordenamiento jurídico, por el cual las partes y el Estado, poseen mecanismos a través de los Códigos Procesales para actuar según regulaciones, formas, plazos y recursos para ser atendidos oportunamente.

### **2.3.9. LAS COMUNIDADES CAMPESINAS**

El artículo 149° de la Constitución les reconoce la facultad de juzgar los conflictos de acuerdo con su propio Derecho y en su territorio.

### **2.3.10. LAS RONDAS CAMPESINAS**

El Poder Judicial, a través de sus resoluciones y sentencias (jurisprudencia), ha reconocido que las rondas campesinas tienen la facultad de juzgar los conflictos de acuerdo con su propio Derecho, en su territorio y con las condiciones y límites que establece la Constitución Política, en especial, los derechos fundamentales ahí contenidos. Existen rondas dentro de la estructura organizacional de comunidades campesinas y comunidades nativas, pero también hay otras que gozan de plena autonomía.

### **2.3.11. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Es un órgano del Estado que, junto con el Poder Judicial, se encarga de juzgar en los procesos de amparo y hábeas corpus. También tiene la competencia excepcional de anular leyes, mediante el proceso de inconstitucionalidad. El Jurado Nacional de Elecciones: Es un órgano del Estado que resuelve casos relacionados con las elecciones de las autoridades del Estado. Los tribunales militares: Se encargan de resolver conflictos que tienen que ver con los deberes de los militares. Por ejemplo, intervienen sancionando a los soldados que abandonan los cuarteles o le faltan el respeto a sus superiores. Los árbitros: No son parte del Estado pero están autorizados para resolver algunos conflictos, especialmente aquellos que tienen que ver con dinero, cuando las partes en conflicto acuerdan que el árbitro decida.

### **2.3.12 QUIÉNES INTEGRAN EL SISTEMA DE JUSTICIA PERUANO**

El Sistema de Justicia del Estado no solamente lo conforman las instituciones que juzgan, es decir, el Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones y tribunales militares, sino también hay un conjunto de otras instituciones que intervienen investigando, denunciando o defendiendo a las personas, especialmente en casos penales: Esas otras instituciones son las siguientes: La Policía Nacional del Perú, El Ministerio Público o Fiscalía, La Defensa Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

### **2.3.13. SISTEMA DE JUSTICIA E INTERCULTURALIDAD**

Todo el sistema de justicia del Estado y los funcionarios que lo integran tienen el deber de aplicar las normas legales del Estado tomando en cuenta la cultura de las comunidades nativas, es decir, con pertinencia cultural.

De esa manera se puede cumplir verdaderamente con todas las normas que hemos visto hasta aquí, por lo que los comuneros nativos deben recordar y exigir a las autoridades el cumplimiento de su deber de aplicar las normas especiales y la costumbre nativa.

Esa interpretación intercultural de las autoridades es la que hace realidad el reconocimiento de la identidad cultural, la autonomía organizativa, económica y administrativa de las comunidades nativas, así como su propio derecho consuetudinario y su función jurisdiccional.

### 2.3.14. EL ESTADO PERUANO Y LAS COMUNIDADES NATIVAS

Debemos iniciar este acápite con LA CONSTITUCIÓN, que es la principal norma del Estado peruano y la que reconoce derechos a los comuneros nativos. La Constitución establece en el artículo 51° que por debajo de ella están las leyes, y en esas leyes también se reconoce derechos a los comuneros y comunidades nativas. La Constitución establece que el Estado peruano es democrático, social, independiente e indivisible.

Diez Hurtado (2003), los derechos familiares y colectivos coexisten aunque se hallan en permanente tensión. La expansión y la demanda por terrenos empujan a lo familiar en tanto que la amenaza a la propiedad y la gestión de algunos recursos de uso común (como el agua de regadío) obliga a lo colectivo. Si legalmente la comunidad es propietaria de un gran terreno que pertenece al conjunto de sus miembros, internamente la tierra posee dueños de diferentes tipos de acuerdo con una serie de prácticas internas que rigen el acceso a los terrenos dentro de los linderos comunales. Si desde la Ley y el Estado existe un solo propietario colectivo, desde los comuneros existen dos niveles de “propiedad”: la colectiva, que compete a todos, y la privada, que compete a las familias.

Ahora bien, estos propietarios tienen tres tipos de problemas, que provienen de distintas fuentes y perspectivas: su saneamiento legal, el carácter de la propiedad y la regulación interna.

El verbo que utilizan las constituciones es “reconocer”, en la medida que el texto constitucional no está “creando” la situación de diversidad cultural sino reconociendo la misma. (Constitución de Colombia 1991, Art. 7:)

Lo mismo, al asumir oficialmente la preexistencia de los pueblos indígenas, con lo cual salva una negación histórica, reconoce sus derechos precedentes y abre las posibilidades de convivencia y participación democrática. El texto del Convenio 169 de la OIT en su quinto considerando dice expresamente: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”

## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA

#### 3.1 MÉTODO

**Método Cualitativo.-** Es cualitativo por cuanto se ha analizado la doctrina, teorías, normatividad y jurisprudencia sobre la jurisdicción comunal en el Perú.

#### 3.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Por su PROPÓSITO es TEÓRICA, pues se realizara sobre la base de las fuentes doctrinarias del Derecho Penal que pueden ser tomados en cuenta para mejorar, contribuir con el conocimiento y desarrollo de la jurisdicción otorgada a las comunidades campesinas y nativas en relación al limite que debería existir del derecho fundamental de la seguridad jurídica en materia penal.

Por su NATURALEZA, es una investigación de CONTENIDO, no experimental, porque pertenece a la investigación cualitativa, concretamente al enfoque 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.

### 3.3 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. El modelo se expresa en el siguiente esquema:

#### ESQUEMA



#### Donde:

**F:** Constituyen las fuentes filosóficas

**T:** Es el tema o dificultad temática: Aplicación como límite de la seguridad jurídica como derecho fundamental a la denominada jurisdicción comunal.

**P:** Perspectiva de la jurisdicción comunal limitada por los derechos fundamentales.

### 3.4 OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Por tratarse de una investigación de contenido, el objeto de investigación es la **Aplicación como límite de la seguridad jurídica como derecho**

**fundamental, en materia penal, respecto de la jurisdicción otorgada a las comunidades campesinas y nativas por la constitución política del estado.**

### **3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Las técnicas e instrumentos de investigación fueron las siguientes:

**a.- Para el objetivo específico I:** El método que se ha utilizado para este objetivo, ha sido el método de la observación documental, por cuanto nos permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de la investigación para verificar la veracidad de las hipótesis planteadas, y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la ficha documental que nos ha permitido conocer a profundidad los planteamientos, teorías y postulados sobre las comunidades campesinas y su naturaleza jurídica en el Perú.

**b.- Para el Objetivo específico II:** El método que se ha utilizado para este objetivo, ha sido el método de la observación documental, por cuanto nos permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de la investigación para verificar la veracidad de las hipótesis planteadas, y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la ficha documental que nos ha permitido conocer a profundidad los planteamientos, teorías y postulados sobre la jurisdicción comunal en la constitución política del estado.

**c.- Para el Objetivo específico III:** El método que se ha utilizado para este objetivo, ha sido el método de la observación documental, por cuanto nos

permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de la investigación para verificar la veracidad de las hipótesis planteadas, y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la ficha documental, pues esta técnica nos permitió conocer a profundidad los planteamientos, disposiciones y reglas del pluralismo jurisdiccional.

### 3.6 PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACION (PLAN DE RECOLECCION DE DATOS)

El procedimiento que se adoptó para recoger los datos son las siguientes:

**Primero.-** Se seleccionó las fuentes bibliográficas y hemerográficas que son necesarias para recoger los datos requeridos. Además se dispuso de la Constitución política del Estado, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y leyes de la materia de comunidades campesinas y nativas, todo ello para efectos de cumplir con el **Primer objetivo específico**.

**Segundo.-** Se seleccionó las fuentes bibliográficas y hemerográficas que son necesarias para recoger los datos requeridos. Además se dispuso de la Constitución Política del Estado, leyes de la materia de la acción de jurisdicción comunal, todo ello para efectos de cumplir con el **Segundo objetivo específico**.

**Tercero.-** Se seleccionó las fuentes bibliográficas y hemerográficas para efectuar una debida comparación, pues se encontró la correlación interna y externa que existe entre el primer objetivo y segundo, para alcanzar el **objetivo específico III**. Sobre pluralismo jurisdiccional.

### 3.7 TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN DE DATOS

En las investigaciones de diseño cualitativo, la recolección y análisis concurren prácticamente en paralelo; siendo además que el análisis no es estándar, ya que cada estudio requiere de un esquema propio de análisis, por tratarse de estudios teóricos; sin embargo, hemos efectuado un proceso de análisis e interpretación de datos a efectos de estructurarlo y a su vez pueda servir de directriz para un fácil entendimiento del proceso de investigación; los mismos que llevaron en el siguiente orden:

#### **Estructuración de datos**

Se realizó una estructuración de datos, lo cual implica organizar las unidades, ejes, sub ejes, sus categorías y los patrones, a efecto de contar con una debida estructuración de datos

#### **Orientación del sentido de los datos**

En este apartado, se ha orientado en encontrar el sentido a los datos en el marco del planteamiento del problema, para que puedan contrastarse sistemáticamente y objetivamente los parámetros planteados al inicio de la investigación.

#### **Búsqueda de la relación de resultados**

Finalmente se ha efectuado la relación de los resultados del análisis con la teoría fundamentada y consecuentemente el incremento de conocimientos en teorías existentes.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### **4.1 OBJETIVO ESPECÍFICO I: ESTABLECER LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS.**

Diez (2013), definiremos a los grupos a los que llamamos comunidad como unidades que combinan funciones de regulación económica y social sobre sus integrantes, que comparten una propiedad y que interactúan como colectividad ante la sociedad mayor. Cómo deberían ser las comunidades, qué las diferencia unas de otras y cómo se adecúan a la modernidad son las principales interrogantes que nacen a partir de esta definición que genera, a su vez, un marco imaginario. La vida de una comunidad supone por lo general la existencia de: a) un territorio comunal usufructuado familiar y comunalmente, b) un grupo de familias que se consideran sus miembros/propietarios, c) un cuerpo de dirigentes encargado de algunas funciones internas de regulación social y externas de representación, d) otras comunidades vecinas que interactúan entre sí y e) un Estado que la reconoce y le otorga legitimidad y que regula algunas normas y funciones. En este marco de condiciones generales

existe una sorprendente diversidad a lo largo del territorio nacional, generada por razones históricas, geográficas, poblacionales; además de fundamentos de base indígena de tipos de organización, de diversidad cultural, de diversidad de tierras, de integración económica, etc.

Castillo et al. (2007), las comunidades campesinas son una de las formas de organización más antiguas en el espacio rural peruano. Fruto de las transformaciones de los diversos grupos originarios que retoman la experiencia de los aillus y forman comunes de indios o haciendas, luego comunidades de indígenas y, finalmente, comunidades campesinas. En la actualidad se trata de instituciones modernas de carácter territorial, reconocidas como tales por el Estado peruano que les otorga existencia legal y personería jurídica. Las principales características de las comunidades campesinas de acuerdo con Diez Hurtado Alejandro (2000) son:

- Tienen un manejo parcialmente colectivo de un conjunto de recursos naturales dentro de su territorio (tierras, agua, bosques, etc.).
- Se regulan por medio de sus propios órganos.
- Se presentan y relacionan con el exterior por medio de autoridades elegidas internamente.

Las comunidades campesinas no son entes aislados dentro del país, aunque las políticas las ignoran casi totalmente sin tomar en cuenta su real importancia, pese a que desde 1920 diversas constituciones y numerosas normas legales se ocupan de ellas

## LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMUNIDADES

CEPES (2005), el tratamiento legal de las comunidades de indígenas comienza con la Constitución de 1920, la cual, al reconocerlas legislativamente luego de casi un siglo, implícitamente inicia el debate respecto de la naturaleza jurídica de estos colectivos.

Figallo (2005), uno de los primeros intentos de búsqueda de una definición jurídica de lo que es la comunidad se encuentra en una publicación de Manuel Vicente Villarán, en 1907. Para dicho jurista, de acuerdo con el ordenamiento legal vigente entonces, las mismas no «eran personas civiles ni podían, por tanto, ser partes legítimas en juicio». Villarán intuyó que las comunidades campesinas desbordaban el corsé de las personas privadas, pero su idea del Estado Nación le impidió concebirlas como personas de derecho público.

Figallo (2005), en la Asamblea constituyente de 1919 se propuso el reconocimiento de las comunidades advirtiendo que se hacía en condiciones distintas de la contratación civil; es decir, se las consideraba instituciones de derecho público. Finalmente, los constituyentes concibieron las comunidades indígenas como agrupaciones vinculadas por el idioma, la tradición, los usos, las costumbres, un ancestral sistema colectivista de trabajo, y por el dominio de sus tierras, poseídas en forma individual, de manera rotativa y mancomunada.

La Constitución de 1933, a su vez, reconoció también su existencia legal y les otorgó personería jurídica, y en su artículo 210 les reconoció autonomía económica y financiera, prohibiendo la injerencia de los concejos municipales y de otras autoridades nacionales. El Código Civil de 1936 dedicó a las comunidades de indígenas los artículos 70 al 74, dentro del libro de personas

jurídicas. Así, las comunidades quedaban como personas jurídicas de derecho privado por su ubicación en ese libro.

Figallo (2005), las comunidades de indígenas resultaban siendo personas jurídicas sui géneris de derecho privado, distintas de las asociaciones, fundaciones y sociedades. El tratamiento de las comunidades era igualmente breve en dicho código y remitía a una legislación específica. La Ley de reforma agraria de 1964 hizo hincapié en la organización cooperativa de las comunidades. Les concedía «la misma preferencia» que a los campesinos sin tierras o minifundistas en la adjudicación de las tierras afectadas con fines de reforma agraria. Pero, como se sabe, el avance de la reforma agraria con esa ley fue muy limitado, lo que explica que los militares promulgaran una nueva Ley de reforma agraria mediante decreto ley 17716, de 24 de junio de 1969. Esta nueva ley inició un tratamiento legislativo separado, distinguiendo entre comunidades campesinas y comunidades nativas. Durante el Gobierno militar se aprobaría, además, un estatuto especial de comunidades campesinas, así como dos leyes de comunidades nativas. Es preciso recordar que durante la vigencia de la Constitución de 1933, a falta de una ley de comunidades indígenas, el Poder Ejecutivo dictó tres estatutos de comunidades. El primero de ellos, dictado el 2 de junio de 1961, buscaba de acuerdo con Figallo «unificar y ordenar las disposiciones vigentes sobre el funcionamiento interno de las comunidades». El segundo estatuto, de 1966, señalaba que el desarrollo de las comunidades debía encausarse de preferencia en el sistema cooperativo. El Estatuto especial de comunidades campesinas, aprobado por decreto supremo 37-70-A de enero de 1970, dispuso la reestructuración de las comunidades campesinas y contenía disposiciones destinadas a impulsar su

tecnificación y desarrollo cooperativo; regulaba la tenencia de la tierra, su sistema de gobierno, su régimen económico y los derechos y obligaciones de sus miembros. Los tres estatutos las consideraban como personas colectivas de derecho privado y buscaban su modernización apoyándose en el sistema cooperativista. De esta forma, la Constitución de 1979, sobre la base de los antecedentes mencionados se refirió, en el capítulo séptimo del título IV, a las «Comunidades campesinas y nativas», sin variar su conceptualización, a tiempo que se les reconocía autonomía organizativa, administrativa y económica, así como en materia de trabajo comunal y uso de la tierra. Algunos años después, y aunque originalmente no había en el proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil artículos relativos a estas organizaciones, la Comisión Revisora de dicho código los repuso, en un tratamiento discutible. Así, el Código de 1984, en su artículo 134, consideró a las comunidades campesinas y nativas como «organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral». Estas normas del Código Civil deben armonizarse con las de la Ley general de comunidades campesinas, Ley 24656, de abril de 1987. Siguiendo la tradición legislativa nacional, la Ley 24656, en el primer párrafo de su artículo 2, trajo la siguiente definición: 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. Por su parte, la Ley de comunidades nativas de 1974, decreto ley 20653, no define a las comunidades nativas, pero señala en su artículo 7 Las comunidades nativas tienen origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso. Años después, en mayo de 1978, la Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva, promulgada a través del decreto ley 22175, repitió la misma conceptualización. La Constitución Política de 1993, por su parte, ha definido a las comunidades campesinas y nativas como personas jurídicas autónomas en su organización, trabajo comunal, uso y libre disposición de tierras, así como en materia económica y administrativa; cuya identidad cultural respeta el Estado, estando dotadas además de atribuciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario que se ejerce allí mismo El reconocimiento de la «personería jurídica» de las comunidades campesinas por las Constituciones de 1933, 1979 y 1993, no impidió que la propia Administración pusiera trabas a estos colectivos. La normativa derivada de la Constitución de 1933 no daba calidad de acto constitutivo a la inscripción de la comunidad en el registro, sino que la consideraba un simple requisito para su validez. Posteriormente, el decreto supremo de 24 de junio de 1938 permitiría a los latifundistas vecinos de las comunidades formular oposición a su reconocimiento, lo que estuvo en vigencia solo hasta 1940. El Código de 1936, por su parte, estableció la

inscripción obligatoria de las comunidades en un registro especial. La Constitución de 1979 no consideró su inscripción en un registro como requisito para el reconocimiento de su personalidad jurídica. Sin embargo, el Código Civil de 1984 volvió a exigir esa inscripción, lo cual se ha mantenido en la reglamentación de la Ley general de comunidades campesinas, constituyendo a todas luces un requisito inconstitucional.

De Trazegnies, (1995), la Constitución Peruana, de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la nación en el artículo 2°.19

Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116. Afirma dos derechos fundamentales colectivos: i) el derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89°), y ii) el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas de conformidad con el derecho consuetudinario (artículo 149°).

Acuerdo Plenario N° 01-2009/CJ-116. La Constitución reconoce jurisdicciones especiales diferente de la ordinaria, como las ejercidas por el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones o la Justicia Militar, así también la ejercida por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y las rondas campesinas a las que se refiere el artículo 149°, parecer que se sustenta, además, en el hecho de que hemos ratificado el Convenio 169 de la OIT.

#### **4.2 OBJETIVO ESPECÍFICO II: ANALIZAR LA CONSISTENCIA DE LA SEGURIDAD JURIDICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN MATERIA PENAL.**

##### **LA JURISDICCIÓN COMUNAL EN EL PERÚ**

Gonzales (2011), la Jurisdicción Especial de las Comunidades se regula por el derecho consuetudinario que es propio de las sociedades tradicionales, en cuyo sistema no están muy diferenciados las materias.

Yrigoyen (1995), el “derecho consuetudinario está conformado por las normas, principios normativos, directrices y prácticas de regulación de la vida social; por mecanismos y sistemas de solución de disputas o conflictos; sistema de determinación de autoridades y producción válida de acuerdos o decisiones.

Aranda (2003) es así, que el derecho consuetudinario “es legitimada por su efectividad, porque todos la asumen como válida y la cumplen, sin necesitar que la norma sea puesta por escrito o sometida a aprobación de la comunidad. De igual modo las normas dejan de tener vigencia cuando han perdido legitimidad social sin necesitar que se produzca algún procedimiento para su derogación.

Además el Derecho consuetudinario es fundamentalmente dinámico.

De Trazegnies, (1995), el Derecho consuetudinario es un derecho cambiante, que se modifica permanentemente de acuerdo a las necesidades de la sociedad, e incluso, en algunos casos realiza una apropiación de las normas del derecho oficial.

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”.

En este contexto, clásicamente podemos definir 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. (Declaración universal de los derechos humanos, entre otros).

Las garantías de seguridad jurídica son la base principal para cualquier sistema jurídico ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por tanto en estado de indefensión

La seguridad jurídica es la certeza que debe tener el gobernado de que sus personas familias y posiciones o sus derechos están respetados por la autoridad, y si esta debe producir una afectación en ellos debe ajustarse a los procedimientos que la ley le obliga.

Peces (2004), así el Estado social y los derechos fundamentales propios del mismo, la gran mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, tienen, en parte, su fundamento en este tipo de seguridad, que sería, en este caso, no sólo ausencia de temor o certeza, sino tranquilidad y esperanza porque los más débiles no son abandonados ante los más fuertes y que cada uno puede afrontar su realización como persona con necesidades básicas resueltas. Es la seguridad frente a la desesperanza

**EXP. N.º 08646-2005-PHC/TC**

**AREQUIPA JHONNY FERNANDO NARREA RAMO**

En la STC 0010-2002-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos así como la delimitación previa y clara de las conductas prohibidas. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).

Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que en su dimensión de derecho subjetivo constitucional garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se

encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

Por tanto resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos.

#### **4.3 OBJETIVO ESPECÍFICO III: DETERMINAR CUÁNDO SE CONFIGURA EL PLURALISMO JURISDICCIONAL EN UN ESTADO.**

Gonzales (2011), actualmente, en el Perú, se reconoce el pluralismo jurídico, es así que el artículo 2 inciso 19 de la Constitución Política vigente, reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural. Estableciendo, además, que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Marzal (1986), define las políticas indigenistas como los diferentes “proyectos de los vencedores para integrar a los vencidos dentro de la sociedad que nace después de la conquista. Dichas políticas difieren de acuerdo al grado de autonomía o sometimiento en el que se encuentren las sociedades indígenas respecto de la sociedad dominante.

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. Asimismo, pretender atribuir un carácter universal a los derechos humanos según Raimundo Panikkar (1995), resulta aseverar que la mayoría de los pueblos del mundo están comprometidos, prácticamente de la misma manera que las naciones occidentales, en un proceso de transición de una *Gemeinschaft* más o menos mítica.

Entonces el Pluralismo Jurídico es la coexistencia dentro un Estado de diversos conjuntos de normas jurídicas positivas en un plano de igualdad, respeto y coordinación. Es la coexistencia de dos o más órdenes jurídicos en un mismo ámbito de tiempo y de espacio.

Bobbio (2005), el Pluralismo Jurídico basado en la Teoría de la Institución afirma que “el Estado no es el único centro productor de normas jurídicas sino también el producido por los grupos sociales diferentes al Estado, siempre y cuando: determinen sus fines propios, establezcan los medios para llegar a esos fines, distribuyan funciones específicas de los individuos que componen el grupo para que cada uno colabore, a través de los medios previstos, para el logro del fin y que tengan diferente cultura“

Yrigoyen (2004), la fórmula empleada por los países andinos para el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena contiene elementos y alcances semejantes, con algunas variantes a considerar. El hecho del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas posibilita una articulación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado. Igualmente permite la reducción de la violencia institucional. Las fórmulas

constitucionales empleadas en los países andinos comprenden en general el reconocimiento de funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo con su derecho consuetudinario, o con sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o las comunidades indígenas o campesinas. Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos. El límite del reconocimiento se asemeja con variantes al del Convenio 169 de la OIT, que señala que no debe haber incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Algunas fórmulas constitucionales son bastante más limitativas en este punto, pero en este caso prima el Convenio como se analizará luego. Adicionalmente, todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado. Dado que los países andinos han ratificado el Convenio 169 de la OIT, tal Convenio debe interpretarse conjuntamente con el texto constitucional. Cabe anotar que como criterio interpretativo debe utilizarse el art. 35 del Convenio, el cual establece que priman las normas (o incluso acuerdos nacionales –políticos–) que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas (PI). El análisis que sigue puede aplicarse también, en gran medida, a los Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT aunque no hayan incluido reformas constitucionales expresas para reconocer el derecho indígena.

Sánchez (2000), de acuerdo a la teoría clásica del derecho procesal, las autoridades campesinas y nativas, al estar facultadas a ejercer la función jurisdiccional, cuentan con las tres potestades que componen la jurisdicción. Es decir pueden conocer conflictos suscitados en sus territorios (notio), pueden impartir justicia de acuerdo a propio derecho (judicium), y pueden utilizar la fuerza para ejecutar sus decisiones (imperium), todo ello de acuerdo a la Constitución Política vigente.

## CONCLUSIONES

- La naturaleza jurídica de las comunidades campesinas en el Perú obedece a estar constituida por un colectivo humano, con necesaria personería jurídica, basado principalmente en los grupos originarios ubicados ahora en los espacios rurales del país, ligados 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, con una autonomía económica, cultural con ejercicio de función jurisdiccional.
- La seguridad jurídica como derecho fundamental se constituye en una doble dimensión, primero como derecho subjetivo constitucional y segundo como principio constitucional; según lo cual nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.
- En un estado se configura el pluralismo jurídico cuando coexisten varios sistemas jurídicos en un determinado momento histórico con coordinación entre ellos, correspondiendo a la existencia de diversos colectivos humanos

donde el derecho principal del estado permite la concurrencia de otros derechos en igualdad.

## RECOMENDACIONES

- Siendo que la presente investigación no tiene propósito generar enmienda constitucional o legal podría servir de base a investigaciones que tengan por objeto ese propósito.
- No debe perderse de vista el avance en materia de pluralismo cultural que ha plasmado la constitución boliviana, si bien no constituye objeto propio de este trabajo, en la recolección de datos se ha podido encontrar textos referidos a dicho tema.
- El presente trabajo no pretende agotar el tema de su propósito por lo que bien se podría ampliar en futuras investigaciones.
- Es necesario acortar las diferencias sobre la conceptualización de los derechos fundamentales y especialmente sobre la seguridad jurídica en materia penal como par una real vigencia del texto constitucional en relación a los reales límites a la jurisdicción comunal.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Aranda Escalante, M. V. (2003). Informe Externo "Las Rondas Campesinas en las Provincias Altas del Cusco"; Cusco Perú.
- Arbulú Martínez, V. J. (2009). Rondas Campesinas y Derecho Penal Examen del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. En línea: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos>
- Ardito Vega, W. (2009). Reflexiones Peruanas. "Por un País sin Discriminación". Recuperado de [www.reflexionesperuanas.lamula.pe](http://www.reflexionesperuanas.lamula.pe).
- Bazán Cerdán, J. F. (2005). Comunidades y Rondas Campesinas. Aproximación a su naturaleza Jurídica. Extraído de: Comunidad de Derechos Humanos. <http://www.comunidad.org.bo>.
- Bernales Ballesteros, E. (1999). La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Editora RAO. Quinta edición. Lima-Perú.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría General Del Derecho*. Editorial Temis, 2ª Ed., 5ª Reimp. Bogotá, Colombia.
- Bobbio, N. (1982). Presente y Porvenir de los Derechos Fundamentales. Anuario de Derechos Humanos N°1.
- Bocanegra, J. C. (2006). El Principio de Legalidad en el Derecho Penal Peruano" (con algunas anotaciones al Proyecto de código Penal Peruano) (en línea). Lima. <file:///C:/Users/PRINCI-01/Downloads/Dialnet/EIPrincipioDeLegalidadEnElDerechoPenalPeruanoConAI-5110206.pdf>

- Bustos Ramirez, J. y Hormazabal Malare, H. (1997). Lecciones de Derecho Penal, Volumen I. Editorial Trotta. Madrid.
- Cabanellas de Torres, G. (2003). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Edit. Heliasta S.R.L., Argentina.
- Castillo, M., Del Castillo L., Monge C., & Bustamante, M. (2004). Las Comunidades Campesinas en el siglo XXI Situación Actual y Cambios Normativos. Grupo ALLPA. Lima.
- Castillo Fernández, M. (2004). Comunidades Campesinas del Perú: más cantidad, menos comunidad y más diversidad, en el último medio siglo Profesional de CEPES, ingeniera agrónoma, Magíster en Producción y Extensión Agrícola (UNALM), y postgrado en Desarrollo Regional en los Andes (CBC-FLACSO).
- Castillo P., Diez A.; Burneo Z., Urrutia J.; Del Valle P. (2007). ¿Que sabemos de las comunidades campesinas en el Perú?, Editorial Nova Print . Lima Perú Centro Peruano de Estudios Sociales Allpa Comunidades y Desarrollo.
- Cerezo Mir, J. (1996). Curso de Derecho Penal Español, Tomo I, 6ª Edición; Editorial Tecnos; Madrid 1996, p. 162.
- CEPES (2005). Informativo Legal Agrario Centro de estudios sociales. Legislación de Comunidades Campesinas y Nativas. En línea: <http://www.cepes.org.pe>.

- Colmenares Olivar, R. (2006). El Derecho Consuetudinario Indígena en Centro y Sur América: El Caso Venezuela. Editorial Frónesis. Venezuela.
- Cubas Villanueva, V. (2004). La Garantía Constitucional del Proceso Penal en APECC revista de Derecho.
- Defensoría del Pueblo. (2010). Elaborado por la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, bajo la coordinación del comisionado Pier Paolo Marzo. Perú.
- Defensoría del Pueblo. (2006). El reconocimiento estatal de las rondas campesinas”; Edición Septiembre del 2006, Lima – Perú.
- Diez Hurtado A. (2013). Pontificia Universidad Católica del Perú Inversiones Privadas y Derechos Comunales. En línea <http://www.esan.edu.pe/publicaciones>.
- De Trazegnies, F. (1995). Comunidades Campesinas y Nativas en el nuevo contexto nacional. Lima. ARA Editores.
- Diez Hurtado, A. (2000) «De la comunidad difusa a las comunidades descentradas. Perspectivas analíticas sobre las comunidades de la sierra de Lima desde las etnografías de la segunda mitad del siglo XX». En O. Plaza (ed.). Actores y escenarios al inicio del nuevo milenio. Lima: PUCP.
- Ferrajoli, L. (2010). Derecho Garantista: La ley del más débil, Editorial Trotta S.A. España.
- Figallo Adrianzén, G. (2000) Origen y naturaleza jurídica de las comunidades campesinas en el Perú

- Figallo adrinazén, G. (1987). «Las comunidades campesinas y nativas en la Constitución Política». En: Socialismo y participación. Nº 39. Lima.
- Figallo Adrianzén, G. (2005). «Comunidades Campesinas y Nativas: comentario al artículo 89 de la Constitución Política del Perú 1993». En: La Constitución comentada, Gaceta Jurídica, Tomo I.
- Flórez Boza, D. (2010). Justicia Comunal en el Perú. Edición: cooperación Alemana al Desarrollo – GTZ. Perú.
- Gonzales Campos, R. O. (2011). La Jurisdicción Comunal en el Perú. (en línea). Lima. <http://raejurisprudencia.blogspot.pe>.
- Hobsbawn, E. (1977). Ocupaciones campesinas de tierras en el Perú. En Análisis, cuadernos de investigación.
- Hurtado Pozo, J. (1974). La interpretación de la Ley (Penal) en el Derecho Penal, en Revista Derecho No. 32, Lima.
- Jescheck, Hans H. (1981). Tratado de Derecho Penal, Tomo I; Traducción de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE; Editorial Bosch; Barcelona 1981.
- Jiménez De Asua, L. (1980). La Ley y el Delito. Madrid.
- Marzal, M. (1986). Historia de la Antropología indigenista; México y Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Magaloni, B. (1990). Seguridad jurídica o legitimidad. en línea: <http://biblioteca.itam.mx/estudios>.

Montaner B. (2015). **Los** derechos fundamentales (en línea). Lima Recuperado el 10 de setiembre de: Barcelona, España de [http://www.derecho.com/c/Derechos\\_fundamentales](http://www.derecho.com/c/Derechos_fundamentales).

Muñoz Conde, F. y García Aran, M. (1996). Derecho Penal; 2ª Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

Navarrete Obando, L. A. (2009). Derecho Estado y Organización Social, Editorial Idemsa Lima.

Panikkar, Raimon et al. (1995). Reinventare la Política. Dalmonologo ideológico al diaologo interculturable. Cittá di Castello: L'altra.

Peces Barba Martínez, G. (2004). Lecciones de Derechos Fundamentales. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid.

Peña Jumpa A. (2013). Comunidades Campesinas y nativas revistas.pucp.edu.pe. Lima.

Pérez Luño, A. (1999). Introducción a la Filosofía del Derecho. Edición S.L. MERGABLUM. EDICION Y COMUNICACIÓN. Sevilla. España.

Pérez Arroyo, M. (2010). Derecho Penal y Procesal Penal Contemporáneo; Edición Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP). Lima.

Radbruch, G. (1999). Filosofía del Derecho. Trad. J. Medina Echevarría. Cuarta Edición. Estudio Preliminar de José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares S.L. Granada.

- Rodriguez Mourullo, G. (1978). Derecho Penal; Editorial Civitas; Madrid.
- Sánchez Botero, E. (2000). La Jurisdicción Especial Indígena. Procuraduría delegada de Asuntos Étnicos, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá.
- Sánchez Botero, E. (2010). Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia; Edición Universidad Nacional de Colombia.
- Urquiza Olaechea, J. (2007). PRINCIPIO DE LEGALIDAD Lima (en línea). <http://derechogeneral.blogspot.pe>.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2006). Hitos del Reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho Indígena en las Políticas Indigenistas y el Constitucionalismo Andino. Publicado en: Berraondo, Mikel (coordinador). Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- Yrigoyen Fajardo, R. (1995). Constitución, Jurisdicción Indígena y Derecho Consuetudinario; Edición PUCP – Lima 1995.
- Yrigoyen Fajardo R. (2004). El otro derecho pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. Editorial ISLA, Bogotá d.c., Colombia.
- Yrigoyen Fajardo, 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.

Yrigoyen Fajardo, R. (2000) "Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú", en XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio, Arica, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá.

Zavala Egas J. (1994). Teoría de la seguridad jurídica (en línea). Ecuador  
Recuperado el 05 de setiembre de:

[http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documentos/iurisDictio\\_8/Teoria\\_de\\_la\\_seguridad\\_juridica.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documentos/iurisDictio_8/Teoria_de_la_seguridad_juridica.pdf).