

## REFORMA PROCESAL PENAL Y JUSTICIA COMUNAL

Dr. Arsenio Oré Guardia

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Máster en Ciencias Penales Presidente del Instituto de  
Ciencia Procesal Penal, INCIPP. Catedrático de Derecho  
Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica del  
Perú. Docente de la Academia de la Magistratura.

El artículo contó con la colaboración de la Dra. Liza Ramos  
Dávila, con estudios de Doctorado en Derecho Penal en la  
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) y de Maestría en  
Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San  
Marcos, integrante del Estudio Oré Guardia.

### Sumario:

I. Introducción. II. El artículo 149 de la Constitución política. III. ¿Qué debe entenderse por “indígena”? IV. ¿Cuál es el procedimiento que utilizan las comunidades de acuerdo a lo que establece el artículo 149° de la Constitución? V. ¿Qué establece el nuevo orden procesal en materia de pluralismo cultural? VI. Algunos problemas que suscita la aplicación del artículo 18.3 del Código Procesal Penal VII. Sobre el derecho de las rondas campesinas a ejercer funciones jurisdiccionales. VIII. Sobre la delimitación de competencias entre ambas jurisdicciones. IX. Sobre los límites al ejercicio de la jurisdicción comunal. X. Los cuestionamientos contra la justicia comunal. XI. Reflexiones finales.

### I. INTRODUCCIÓN

Una de las pretensiones más caras de nuestra sociedad ha sido y es, tener un proceso penal equitativo y eficiente, que resuelva conflictos en lugar de agravarlos, que sirva para esclarecer la responsabilidad penal de la persona imputada y que respete y repare los derechos de la víctima. Estas y otras aspiraciones han sido moduladas y plasmadas en el Código Procesal Penal de 2004 que actualmente está en vigencia en los distritos judiciales de Huaura, La Libertad, Tacna,

Moquegua, Arequipa, Tumbes, Piura, Lambayeque, y desde el 1 de Octubre pasado, en Puno, Cusco y Madre de Dios.

En las demás ciudades de nuestro país está vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940, que tiene como notas características el fuerte protagonismo del juzgador, la relativa significación del juicio oral que funge más bien como espacio para la reproducción

de elementos recopilados durante la instrucción, y la figura del expediente como eje sobre el cual gira todo el procedimiento. Estas notas: a) *juez como protagonista*, b) *juicio oral restringido a la reproducción de los actos de investigación* y c) *expediente como eje del procedimiento*, caracterizan el denominado modelo mixto.

La necesidad de imprimir mayor dinamismo, eficacia y realidad a nuestro proceso penal impulsó la búsqueda de referentes en oralidad, intermediación y celeridad así como modelos de mayor participación de las partes involucradas en el conflicto; y estos referentes los hemos encontrado siempre fuera. Para el caso del Código de 2004, las principales fuentes han sido el Código Procesal Penal tipo para Iberoamérica, de 1988; el Código de Procedimientos Penales Italiano de 1989, la Ordenanza Procesal Penal alemana y el Código Procesal Penal peruano de 1991.

El resultado se puede hoy constatar: los procesos penales tienen una menor duración, las partes tienen una mayor participación y las decisiones se adoptan luego de un debate contradictorio, con mayor transparencia. Pero, todas estas conquistas del proceso penal peruano que han sido viables gracias a una reforma del sistema y del procedimiento, constituyen rasgos distintivos del procedimiento que emplean nuestras comunidades campesinas y nativas para resolver sus conflictos<sup>206</sup>.

Un paralelo nos permitirá graficar la cuestión: a) Mientras que la justicia penal estatal se sustenta en la *infracción* del sujeto contra las normas que establece el Estado, en la jurisdicción especial rige la idea del *conflicto* entre los sujetos originarios y la reparación del daño<sup>207</sup>, b) el método de indagación y solución de los conflictos se basa en la oralidad, c) el procedimiento es público<sup>208</sup> y contradictorio, d) se promueve la conciliación y composición del conflicto; y, como consecuencia de lo anterior, e) existe un mayor grado de aprobación de las decisiones de las autoridades por

parte de la comunidad<sup>209</sup>. Adicionalmente, y este es un dato relevante, la justicia comunal se imparte de modo gratuita.

## II. EL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El reconocimiento constitucional de las funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas surge luego de que el Convenio 169 de la OIT estableciera el derecho de las minorías étnicas a resolver sus conflictos de acuerdo con sus propias reglas y costumbres.

*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 su vez, el contenido del **Convenio 169 de la OIT** en materia de administración de justicia, de acuerdo a lo que ha desarrollado la Defensoría del Pueblo<sup>210</sup>, es el siguiente:

- “Que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas.
- Que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de pueblos indígenas, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; y, debe darse la preferencia a medidas distintas a la privación de libertad.

<sup>206</sup> Conforme detalla Peña Jumpa, Antonio, la concepción *justicia comunal*, aparece inmersa en dos planos; esta en las normales y cotidianas relaciones económicas, sociales y culturales, en la que resulta *abstraída o valorizada* como tal por los propios comuneros; pero también en las relaciones que derivan de las resoluciones de sus conflictos, en las cuales se logra *percibir, materializar* y hasta *reivindicar* el mismo entendimiento de lo justo. En, *Justicia Comunal en los Andes del Perú, El Caso de Calahuyo*, Lima, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, 1998, pp. 320.

<sup>207</sup> Ver más en, FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, (trad. Lynch) Editorial Gedisa. 2da edición, México, 1986, p.76.

<sup>208</sup> Uno de los valores que destacan los pobladores de Chota en la justicia comunal es la transparencia. En una encuesta, ante la pregunta “¿Conoce usted cómo funcionan los procesos o cómo interviene: El juez de paz: 36.3%, los fiscales: 10.7%, los ronderos, 83.9%. Cfr. Projur, Primeras pistas para conocer las necesidades de justicia en el ámbito rural de Chota y San Marcos – Cajamarca. Cajamarca, 2007, p. 34.

<sup>209</sup> Según estudios realizados por Projur en Chota, la población considera que las rondas campesinas son eficientes (69%), tienen mayor capacidad para hacer cumplir sus decisiones (54.4%), más adecuada para enfrentar delitos (54%) y es más fácil acudir a ellas (75.2%)

<sup>210</sup> Defensoría del Pueblo, Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Lima, Septiembre, 2003, p. 36 y siguientes.

- *Que deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de los pueblos indígenas, puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.*

El reconocimiento constitucional parte, a su vez, de un reconocimiento de la diversidad cultural de nuestro país. Según datos del XI Censo Nacional de Población y II de Comunidades Indígenas, en nuestro país existe un total de mil 786 comunidades indígenas, ubicadas en 11 departamentos<sup>211</sup>

### III. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR “INDÍGENA”?

El artículo 149° de la Constitución reconoce derechos y un estatuto especial a las poblaciones pertenecientes a las comunidades campesinas, comunidades nativas<sup>212</sup> y a las rondas campesinas. De manera que una primera cuestión a debatir es la fundamentación del predicado “indígenas” atribuido a estas poblaciones.

En efecto, debido a la adaptación al medio oficial así como al intercambio social y cultural de las personas que integran estas poblaciones con las comunidades urbanas, se podría cuestionar la asignación de tal categoría a ciertas comunidades. Se podría argumentar que, motivados por la intención de reconocer derechos se termine asignando a determinadas poblaciones ciertas cualidades y atributos que no les corresponden necesariamente.

No obstante lo anterior, consideramos que el tema debe partir por reconocer el objetivo de tal adscripción, que no es otro que reconocer derechos y sentar las

bases para un tratamiento equitativo. No se trata por lo tanto de una subestimación, sino de un recurso para compensar desigualdades sociales a través de reconocimientos normativos.

### IV. ¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO QUE UTILIZAN LAS COMUNIDADES DE ACUERDO A LO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 149° DE LA CONSTITUCIÓN?

La diversidad de comunidades es tal que resulta imposible armar conceptualmente un procedimiento único para la resolución de conflictos, ya que éstos varían dependiendo de la comunidad que los practica o de la región en que se realizan; sin embargo, pese a la heterogeneidad es posible identificar algunas pautas comunes, que han sido identificadas en los estudios que existen sobre la materia<sup>213</sup>. Así por ejemplo podemos citar algunas pautas del procedimiento que se sigue ante las rondas<sup>214</sup>:

1. Ante la existencia de un conflicto que no ha sido resuelto por las partes de común acuerdo, se presenta la queja ante la ronda a través del comité.
2. El comité inicia una investigación. Examina la evidencia, interroga a los testigos, detiene e interroga a los sospechosos, realiza búsquedas por casa.
3. Se efectúa una asamblea. Ello en caso que no se llegue a una solución.
4. El veredicto lo dicta la comunidad. Esta dictamina si el sospechoso es culpable o inocente y señala qué castigo debe imponérsele.

<sup>211</sup> Conforme a un estudio publicado por la Defensoría del Pueblo, en el Perú coexisten 43 lenguas, de las cuales 39 son amazónicas, una lengua se encuentra en fase de estudio y 3 son andinas; y todas ellas están agrupadas en 17 familias lingüísticas. Cfr. Defensoría del Pueblo, Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Lima, Septiembre, 2003, p. 117, nota 63.

<sup>212</sup> Sobre este punto hay que tener en cuenta qué entiende nuestra legislación por “comunidades nativas”. El Artículo 8° de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva establece que las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Cejas 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. Nótese sin embargo que la anterior denominación no guarda coherencia con la que establece el artículo 2 del Dec. Sup. 025-2003-JUS, según el cual: 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 Comunes, las organizaciones sociales integradas por miembros de las comunidades nativas.

<sup>213</sup> La jurisprudencia colombiana, bastante prolífica en esta materia, ha establecido los elementos centrales de la jurisdicción indígena en la Sentencia de la Corte Constitucional C-139 de 1996 “la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.”

<sup>214</sup> Cfr. Projur, Primeras pistas para conocer las necesidades de justicia en el ámbito rural de Chota y San Marcos – Cajamarca. Cajamarca, 2007, p. 9.

5. La solución del caso se registra en el libro de actas de la ronda campesina.

Por otro lado, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, no se agota en la declaración de responsabilidad y la determinación de consecuencias jurídicas, sino que viene precedida por un procedimiento en el que se debe indagar y debatir la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado. Todas estas actuaciones están cubiertas por las potestades que se derivan del ejercicio de la función jurisdiccional; a saber, *vocatio, notio, coertio, jurisdictio, executio*.

## V. ¿QUÉ ESTABLECE EL NUEVO ORDEN PROCESAL EN MATERIA DE PLURALISMO CULTURAL?

El artículo 18.3 del Código Procesal Penal de 2004 establece lo siguiente: *Límites de la jurisdicción penal ordinaria: La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer: 1. De los hechos previstos en el artículo 173 de la Constitución, 2. De los hechos punibles cometidos por los adolescentes, 3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149º de la Constitución*

Este artículo reconoce el pluralismo cultural y jurídico que existe en nuestro país tal como lo ha hecho la Constitución. Ello, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT, en cuyo artículo 8.1 establece que: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Así entonces, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional torna en un enunciado que requiere armonizar con la noción de pluralismo jurídico y cultural que reconoce nuestra Constitución y que corresponden a nuestra realidad. Sólo en Cajamarca, cuna de las rondas campesinas, existen 10,000 ronderos campesinos, 107 comunidades campesinas, 2 comunidades nativas<sup>215</sup>

Es decir, la exclusividad de la función jurisdiccional no se puede entender en términos absolutos al punto tal de negar lo evidente, esto es, que las comunidades

campesinas y nativas así como las rondas autónomas resuelven sus propios conflictos sin intervención del Estado<sup>216</sup>, sea porque no está presente en el ámbito en que se desenvuelven estas comunidades o porque aún estándolo, la intervención de las autoridades estatales añade conflictividad en lugar de reducirla.

El artículo 18.3 del CPP de 2004 establece una regla de competencia que establece la limitación de la actuación del Estado cuando se trata de un asunto que debe resolverse en las comunidades campesinas o nativas. Es, en buena cuenta, una excepción al ejercicio de la jurisdicción ordinaria.

La aplicación del artículo 18.3 no supone calificar el hecho o valorar a la persona del acusado, sino tan solo sustraer el hecho del conocimiento de la justicia penal estatal en reconocimiento de la competencia específica que sobre ese hecho tienen las autoridades comunales.

Ahora bien, la aplicación del artículo 18.3 en los distritos judiciales en que existen comunidades campesinas y rondas campesinas no es pacífica, y la discusión que precede a la aplicación de esta norma, tampoco. Se requieren delimitar e interpretar y esta tarea, claro está, no está libre de sesgos.

## VI. ALGUNOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 18.3 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Algunas de las cuestiones que se han generado con ocasión de la aplicación de este artículo son las siguientes:

a) Es necesario determinar si la función jurisdiccional a que se refiere el artículo 149 de la Constitución alcanza a las rondas que tienen existencia autónoma (no dependientes de las comunidades campesinas). Sobre este particular existen, por lo menos, dos interpretaciones:

i. “Las rondas no tienen función jurisdiccional”, por cuanto el artículo 149 se refiere a las rondas como órganos de apoyo y no como órganos con funciones jurisdiccionales. Además, la Ley de

<sup>215</sup> Cfr. Projur, Primeras pistas para conocer las necesidades de justicia en el ámbito rural de Chota y San Marcos – Cajamarca. Cajamarca, 2007, p. 13. Se estima que en el Perú existen entre 200 mil y 250 mil ronderos, agrupados en unos 8 mil comités de rondas. Cfr. Projur, Primeras pistas...p. 16.

<sup>216</sup> “Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139°); constitucional (artículo 202°) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva”. Exp. 6167-2005-HC/TC, FJ7, Caso Cantuarias Salaverry.

Rondas Campesinas 27908 (07.ENE.2003) y su Reglamento, D.S. N° 025-2003-JUS (29.DIC.2003) no le confiere funciones jurisdiccionales sino más bien funciones de órgano de solución alternativa de conflictos y de conciliación.

ii. “Las rondas sí tienen función jurisdiccional siempre que actúen como órgano de apoyo de las comunidades campesinas”: El artículo 149° de la Constitución no confiere funciones jurisdiccionales a las rondas, sino cuando pertenecen a una comunidad campesina. Esto es, la función jurisdiccional de las rondas organizadas por las comunidades campesinas tienen como marco de actuación no sólo la Constitución sino los convenios internacionales, que establece el derecho de los pueblos indígenas la posibilidad de resolver sus conflictos conforme a sus propias pautas.

iii. Las rondas campesinas tienen funciones jurisdiccionales incluso si se trata de rondas campesinas de existencia autónoma: Para sustentar esta tercera posición se alude a la interpretación teleológica, asumiendo que los Constituyentes tuvieron el propósito de reconocer las funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas, y no restringirlas<sup>217</sup>.

b) Es necesario determinar la competencia en casos concretos.

c) Es necesario adecuar el procedimiento y sanciones de las rondas al marco constitucional. Sobre el particular, el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 8.1 establece que: “*Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario*”, pero ¿cuáles son los límites? Sobre este particular es posible plantear dos posiciones

i. Los procedimientos y sanciones que impone la justicia comunal pueden afectar derechos fundamentales, y, en algunos casos pueden constituir delitos.

ii. Los procedimientos y sanciones que impone la justicia comunal, en la medida que las actividades responden al derecho consuetudinario, no afectan derechos fundamentales y mucho menos constituyen delitos.

## VII. SOBRE EL DERECHO DE LAS RONDAS CAMPESINAS A EJERCER FUNCIONES JURISDICCIONALES

Sobre el particular, consideramos que esta delimitación debe considerar las características de la ronda campesina puesto que muchas de las que ejercen funciones jurisdiccionales de modo autónomo están desde todo punto de vista desconectadas y distantes de las autoridades estatales que podrían y deberían acudir en la solución de los conflictos.

El problema se presenta, sin embargo, cuando la ronda que ejerce funciones jurisdiccionales dentro de una comunidad campesina se disputa la competencia para juzgar con la misma comunidad campesina que la alberga.

## VII. SOBRE LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE AMBAS JURISDICCIONES

En primer lugar, conforme al artículo 149 de la Constitución peruana, el criterio rector para definir la competencia de la justicia comunal es el *territorio*, y a partir de este criterio se construyen los demás vinculados al sujeto y a la materia; dado que de manera expresa la Constitución no ha fijado una delimitación de los asuntos que deben ser de competencia de las comunidades<sup>218</sup>.

**¿Y si el hecho ha tenido lugar fuera del territorio comunal?** Sobre el particular, la propuesta de Ruiz Molleda es la siguiente: Mantener la competencia de la justicia comunal siempre que concurren los siguientes supuestos: a) que el conflicto sea entre miembros de la

<sup>217</sup> Cfr., YRIGOYEN FAJARDO, “Hacia una jurisprudencia pluralista”, p. 384 y ss. Disponible en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/06/20yrigo.pdf>

<sup>218</sup> En Colombia, los criterios se han definido a partir de la Sentencia T-496/96, según la cual, “En la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad.

comunidad, b) que ambas partes convengan en someter el caso a la justicia comunal, c) que no afecte derechos de terceros, d) que exista la decisión de la comunidad de asumir la controversia<sup>219</sup>.

Ahora, bien, **¿qué hechos deben ser de competencia de la justicia comunal?** Ante la falta de una ley de desarrollo del artículo 149° que aclare el tipo de hechos que deben ser de competencia de la justicia comunal, la cuestión se dejó a merced de la interpretación, y ésta ha seguido un curso pendular en función de quiénes son los responsables de impulsar la concreción de esta ley. Una primera posición plantea que la justicia comunal debe ser competente sólo para asuntos relacionados a conflictos de naturaleza civil de menor cuantía; de otro lado, se ha planteado que al no existir limitación ni en la Constitución ni en el Convenio de la OIT, la justicia comunal debía ser competente para conocer y resolver todos los casos que se le presentan<sup>220</sup>.

En la primera posición una de las fuentes que se tenía en cuenta era el artículo 19° de la Ley 22175, (Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva) según el cual: *“Los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se origine entre los miembros de una Comunidad Nativa, así como las faltas que se comentan, serán resueltas o sancionadas en su caso, en forma definitiva, por sus órganos de gobierno”*.

Otra cuestión a dilucidar es **¿debe delimitarse la competencia material de la justicia comunal?** Nuestra posición es a favor de la delimitación. La posición contraria es defendida por Raquel Yrigoyen Fajardo, quien sostiene que dado que ni la Constitución ni el Convenio 169 de la OIT limitan la competencia material de la justicia comunal, luego ésta es competente para conocer todo tipo de casos, y de toda cuantía o gravedad<sup>221</sup>.

Respetuosamente, consideramos que lo que establecen tanto la Constitución como el Convenio de la OIT son marcos ideales de actuación, pero no criterios rígidos. Más aún la propia Constitución establece la necesidad de contar con fórmulas de coordinación; y, no obstante que aún no contamos con una ley de coordinación, tenemos el soporte que ofrece la Ley 27908, Ley de rondas campesinas (07.01.2003)

que en su artículo 9 establece que: *“Las autoridades de la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación con los dirigentes de las Rondas Campesinas respetando las autonomías institucionales propias. Los dirigentes de las Rondas pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado”*.

En la misma línea se puede citar la Segunda Disposición Complementaria del Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas, (Dec. Sup N° 025-2003-JUS, publicado el 30.12.2003, que señala:

*“Las autoridades del Estado, sin excepción, deben respetar y tener en cuenta las actuaciones de las rondas campesinas y comunales en el marco de la Constitución, la Ley y el presente reglamento. El incumplimiento de esta disposición será considerado como una falta conforme a las normas disciplinarias correspondientes”*.

La resistencia a la delimitación de la competencia material parte del temor a la pérdida de poder. En entrevistas sostenidas con comuneros tanto en La Libertad como en Cajamarca, hemos podido recoger opiniones en ese sentido. Los comuneros sostienen que, aun con la formulación abierta del artículo 149° ellos ejercen sus funciones jurisdiccionales con resistencias y muchos obstáculos, y que tales inconvenientes se incrementarían si se estrechara el ámbito de actuación a través de una delimitación de las materias justiciables en sede comunal. Por esta razón, los comuneros rechazan cualquier delimitación en el entendimiento que ésta les “quitaría poder”. No obstante lo indicado consideramos que el efecto sería inverso, y lo explicamos:

La afirmación de la competencia a favor de la justicia comunal no puede surgir del silencio de la Constitución, sino de una ley de desarrollo que la fije y delimite de modo claro. Ahora bien, ante la ausencia de ésta ley es necesario fijar criterios. La vaguedad e imprecisión del lenguaje podrían ayudar a construir y legitimar ámbitos de actuación si no existiesen grupos de oposición tan resistentes y con tanto poder como las instituciones estatales. En efecto, la mayor resistencia al ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades campesinas y nativas se encuentra precisamente en los funcionarios de la

<sup>219</sup> Ruiz Molleda, Juan Carlos. “El desarrollo normativo del artículo 149° de la Constitución Política sobre la jurisdicción comunal” En, Acceso a la justicia en el mundo rural, IDL, Justicia Viva, 2007, p. 137 – 168.

<sup>220</sup> Yrigoyen Fajardo, “Hacia una jurisprudencia pluralista”, p. 391. Disponible en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/06/20yrigo.pdf>

<sup>221</sup> Yrigoyen Fajardo, “Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú”, p. 4.

justicia ordinaria. En buena cuenta, se trata de un servicio con dos proveedores en competencia, con la peculiaridad de que ambos proveedores tienen como misión solucionar conflictos de relevancia social.

Si tanto las comunidades como las autoridades estatales fuesen coincidentes en la defensa del fuero comunal, la imprecisión del artículo 149° no pasaría de ser una deficiencia de técnica legislativa, sin embargo tal vaguedad da lugar a una serie de pugnas que en el peor de los casos desembocan en la interposición de denuncias contra las autoridades de la justicia comunal que resuelven conflictos, y estos conflictos también son de interés penal.

De manera que, los espacios para el ejercicio de la justicia comunal no se deberían afirmar como consecuencia de la generosa vaguedad del artículo 149°, sino que necesitan afirmarse a partir de materias concretas para cuya solución las comunidades son las más idóneas.

Contra la delimitación de competencias otros han sostenido que no se puede establecer un listado de infracciones de competencia de la justicia comunal, puesto que ello no sería coherente con el derecho consuetudinario que respalda dichas prácticas. Esta oposición, sin embargo, revela un error conceptual, dado que lo que se debe delimitar no son las costumbres o pautas culturales que rigen la vida de las comunidades, sino más bien, el ámbito en que dichas costumbres son ejercidas, y en concreto, el ámbito estrictamente vinculado a la solución de infracciones.

Un criterio para definir la competencia, suele ser *gravedad de la infracción*; sin embargo, estimamos que tal criterio podría ser asumido de modo relativo, dado que esta noción puede variar entre uno y otro observador, entre quién se considera agraviado y quien es un tercero ajeno al conflicto.

Consideramos que los criterios que podrían tenerse en cuenta son *especialidad, cercanía y posibilidades materiales* para conocer el hecho. Y sobre esta base se puede proponer como hechos de conocimiento de la justicia comunal, los siguientes: a) *abigeato*, b) *conflictos relativos a la propiedad de animales y herramientas de trabajo*, c) *deudas impagas*, d) *violencia familiar*, e) *pensión de alimentos*. Este listado está respaldado por el estudio realizado por Projur según el cual este grupo

de casos cuenta con una expectativa de solución del 70%<sup>222</sup>. El segundo grupo con expectativas de solución al 60% está constituido por el *robo a las casas, el abuso o violación sexual o maltrato infantil*.

No obstante lo anterior, y para el caso de violación sexual, consideramos que fuera de los casos de flagrancia, existen supuestos que para fines de esclarecimiento requieren la realización de informes médicos y pericias psicológicas que, por obvias razones, no son disponibles para la justicia comunal, razón por la cual consideramos que deberían ser puestas al conocimiento de la autoridad estatal.

Existe un tercer grupo de casos que el estudio de Projur califica como *“los más difíciles”*, debido a que las posibilidades de solución positiva son menores al 40%. Este grupo está conformado por problemas relacionados con autoridades locales, es decir, reclamos sobre la atención brindada en las oficinas del Estado o funcionarios públicos, mala gestión y cuestionamiento de las decisiones de las autoridades así como asesinatos.

En efecto, a la vista de las posibilidades y capacidades tecnológicas, existen materias que deben ser de competencia de la justicia estatal, y en estos supuestos la justicia comunal podría actuar más como una instancia de colaboración.

Como puede verse, se trata de una razonable distribución de competencias, que en lugar de “restar poder” ayudaría a afirmar la competencia sobre los asuntos que deben ser conocidos por las comunidades o las rondas debido, precisamente, a su especialización, su cercanía y sus posibilidades físicas o técnicas. El camino más adecuado no es aferrarse a una competencia absoluta sino construir y fortalecer una competencia especializada en función de los casos que mejor conocen y aquellos que mejor pueden resolver.

**¿Quiénes deben ser sometidos a la justicia comunal?** Partiendo del criterio rector, que es el ámbito territorial, se puede sostener que serán sometidas a la justicia comunal aquellas personas por hechos cometidos en el seno de las comunidades campesinas o nativas. Pero una cuestión que suscita este tema es *¿qué pasará si el hecho es cometido fuera del ámbito de las comunidades y ambas partes convienen en que debe ser resuelto por la justicia comunal?* En principio, las

<sup>222</sup> Cfr. Projur, Primeras pistas para conocer las necesidades de justicia en el ámbito rural de Chota y San Marcos – Cajamarca. Cajamarca, 2007, p. 23.

partes no pueden definir la competencia, ya que ésta se establece en función de las reglas establecidas con anterioridad a la comisión de los hechos. Y aún cuando podría refutarse esta propuesta por plantear un razonamiento “desde las reglas del derecho oficial” para resolver un conflicto del derecho comunal, lo cierto es que cualquiera sea el ámbito de que se trate es fundamental para el ciudadano y para el ordenamiento en su conjunto el tema de previsibilidad.

*¿Y si el hecho se comete en el seno de una comunidad y ambas partes son ajenas a la comunidad?* El hecho debería ser sometido al conocimiento de la jurisdicción comunal. En efecto, a partir de la interpretación del artículo 149°, la competencia de la justicia comunal alcanza incluso aquellos hechos cometidos por personas ajenas a las comunidades o a las rondas campesinas, y este es precisamente el caso de los abigeos, que son juzgados y sancionados conforme a las pautas de la justicia comunal.

## IX. SOBRE LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN COMUNAL

El artículo 8.2 del Convenio 169 establece que deben buscarse procedimientos para resolver la incompatibilidad entre derechos humanos y derecho consuetudinario, a través de lo que Raquel Yrigoyen denomina la *interpretación intercultural*<sup>223</sup> de hechos y derechos, dado que la noción y percepción que tienen los integrantes de las comunidades o de las rondas difiere de la que comparten las personas sometidas a la jurisdicción común. Y estas diferencias culturales *no sólo existen en relación con las pautas de comportamiento sino también respecto a los criterios de imputación de actos y de formulación de juicios de reproación*<sup>224</sup>.

No obstante el reconocimiento de estas diferencias, consideramos que es posible sostener la existencia de un mínimo común en materia de derechos fundamentales que es reconocible y puede ser exigible<sup>225</sup>. En efecto, los miembros de las comunidades así como los integrantes de las rondas comparten el valor preponderante que para el sistema oficial tienen la vida, la integridad personal y la dignidad, y precisamente porque son bienes valiosos *también* para la justicia comunal, es que muchos de los casos que estas comunidades resuelven tienen como centro de discusión: la afectación a la vida de A, la integridad de B, o la dignidad de C.

Es decir, a pesar de las diferencias culturales, existe una comprensión común sobre lo que es valioso y a partir de estas coincidencias se pueden construir procedimientos legítimos, y dicha legitimidad tiene que ver no sólo con la aceptación de la comunidad local<sup>226</sup>, sino además con la necesaria adaptación de los procedimientos y sanciones de la justicia comunal con los derechos fundamentales.

Respecto al procedimiento existen, como hemos indicado, pautas comunes que en lo esencial recogen los principios procesales que inspiran el modelo acusatorio de la reforma procesal penal, esto es: oralidad, contradicción, intermediación y publicidad; sin embargo, el cuestionamiento viene por el lado de las sanciones que la justicia comunal impone. Y aquí cabe destacar, la imposición de trabajo comunitario, la denominada cadena ronderil<sup>227</sup>, multas, reproches morales y en algunos casos, castigos físicos<sup>228</sup>.

Respecto a la cadena ronderil se plantean varias cuestiones. Una de ellas es: *¿Este método afecta o no el derecho fundamental a la dignidad?* Para intentar responder a la pregunta tengamos en cuenta dos datos puntuales:

<sup>223</sup> Yrigoyen Fajardo, “Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú”, nota 9.

<sup>224</sup> Cfr., Hurtado Pozo, José. “El indígena ante el Derecho Penal: caso peruano” Publicado en Moreno Hernández, Moisés (Coord) La ciencia penal en el umbral del siglo XXI, Mexico, 2001, p. 29 – 45. Disponible en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/HurtadoPozo2.pdf>

<sup>225</sup> Sobre este particular, cabe tener en cuenta lo resuelto por la Corte Constitucional Colombiana “los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que **“verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”**, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico). Estas medidas se justifican porque son “necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional.” T-523-97.

<sup>226</sup> Según una encuesta realizada por Projur en Chota y San Marcos, entre diversas instancias que resuelven conflictos, las rondas campesinas tienen el 92% de aprobación, frente al 22.5% que ostentan las rondas campesinas.

Que consiste en “pasar a los sancionados por diferentes bases ronderas con el fin de que, durante el día, realicen trabajos comunales y, en las noches, rondan o patrullen la comunidad” Cfr., Yrigoyen Fajardo, “Hacia una jurisprudencia pluralista”, p. 378. Disponible en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/06/20yrigo.pdf>

<sup>228</sup> Ver Sentencia de la Corte Constitucional del Colombia, N° T-523/97

a) En los procesos penales de la justicia ordinaria, la exposición pública de los procesados, cuando son imputados o cuando son sometidos a juicio es anterior a la sentencia y el efecto difusor gracias a los medios de comunicación es mucho mayor. En cambio, la cadena ronderil es siempre una condena, es decir, sólo se impone si se ha establecido la responsabilidad del acusado.

b) En el sistema oficial la pena de prisión consiste en un encierro prolongado que desvincula al condenado de su entorno natural. En la justicia comunal, en cambio, la condena se concentra en un solo acto y éste no se prolonga en el tiempo, excepto el caso de la sanción de expulsión de la comunidad.

La declaración de responsabilidad en la justicia penal ordinaria tiene una dimensión simbólica como respuesta ante el daño infligido, y aún cuando se elaboren etiquetas lo cierto es que el Derecho Penal a través de la justicia ordinaria impone sanciones que equivalen a reproche y a daño; y, en la gran mayoría de casos el daño ocasionado es mayor del que se declara con ocasión de la sentencia.

Ahora bien con respecto a la cadena ronderil, es posible que con ocasión de la imposición de esta sanción la persona se vea expuesta a vejaciones e insultos por parte de la comunidad, y este es un riesgo que debería tenerse muy en cuenta en orden a adecuar el ejercicio de estas prácticas a lo que establece la Constitución.

Por ello, cuando se invoca la adecuación de las sanciones de la justicia comunal a lo que establece la Constitución no se debería interpretar como una imposición del derecho oficial, puesto que se trata de valores que la misma justicia comunal reconoce: la vida, la integridad, la salud, la libertad. La conformidad de las prácticas y sanciones de la justicia comunal con los derechos fundamentales ofrece una valiosa ventaja

estratégica: blindo a la justicia comunal de cualquier cuestionamiento externo y ofrece mejores argumentos para afirmar esta jurisdicción especial contra la otra justicia (la ordinaria) que se califica como “justicia ajena a su entorno”.

Pese a esta recomendación, somos conscientes de que muchos de los cuestionamientos contra las sanciones de la justicia comunal no se agotan en *el cómo*, es decir en la forma en que son ejecutadas, sino que alcanzan *qué y el por qué*, es decir, trasladan la discusión hacia la razón de ser de estas sanciones, y se termina atacando el derecho mismo que tienen las comunidades de resolver sus conflictos conforme a sus propias pautas culturales.

## X. LOS CUESTIONAMIENTOS CONTRA LA JUSTICIA COMUNAL

En la revisión de casos sobre el ejercicio de la jurisdicción comunal o indígena hemos encontrado algunos eventos de excesos atribuidos a las autoridades comunales<sup>229</sup>, pero también de desconocimiento de derechos por parte de las autoridades oficiales, reparados luego por los tribunales ordinarios.

Por ello, nuestra postura frente al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades campesinas o de las rondas podría calificarse como de “apoyo crítico”, si es que cabe tal construcción. Es decir, apoyamos el reconocimiento de los derechos a favor de las comunidades en nombre del pluralismo, pero también somos conscientes de que en el ejercicio de este derecho es posible incurrir en el exceso y en arbitrariedades. En buena cuenta, los casos de injusticia, arbitrariedad o incluso de corrupción no son exclusivos de la justicia oficial.

<sup>229</sup> Sobre los excesos y conductas delictivas en que incurrir las comunidades campesinas se han pronunciado nuestros Tribunales. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de La Libertad (Sentencia emitida por unanimidad en el caso Bazan Varas (Exp. 04012-2008 – Trujillo) “...el abogado de los acusados ha referido que su actuación se ha ceñido dentro de las facultades de la normatividad que impera en las comunidades nativas y rondas campesinas, sin embargo, eran conocedores de la norma prohibitiva, (...) consecuentemente eran conocedores de los alcances de la jurisdicción comunal, pues si bien la Constitución les da facultades para intervenir en asuntos propios de la comunidad, pero su intervención está limitada a la observancia y respeto a los derechos fundamentales, pues el hecho de que pertenezcan a las rondas campesinas no les da atribuciones excepcionales sino que su actuación debe estar enmarcada dentro de los derechos y deberes que la Constitución impone a todo ciudadano y que debemos respetar”

En similar sentido, la Corte Superior de Justicia de San Martín - Sala Penal de Moyabamba ha establecido que 16. “Siendo ello así, nadie en el Perú, ni si quiera los miembros de las Comunidades Campesinas y Nativas, pueden considerarse exentos de la fuerza normativa de la Constitución, admitir ello, sería absurdo; pues conllevaría a afirmar que la Constitución sólo rige para algunos” ((Resolución N° 11, recaída en el Exp. N° 2008-0371-2201 (Proceso de Habeas Corpus), de fecha 25.JUN.2008 emitida por la Corte Superior de Justicia de San Martín - Sala Especializada en lo Penal de Moyabamba, en los considerandos 16 y 19; publicada en El Peruano, 15.NOV.2008, Suplemento Procesos Constitucionales del Poder Judicial, p. 23665):

Una forma de controlar o reducir el riesgo de excesos es a través de la delimitación de competencias, y el artículo 18.3 del Código Procesal Penal de 2004 pretende esto, aunque tímidamente.

Una razón más: La ausencia de delimitación ocasiona caos e indefensión para las propias autoridades de la justicia comunal. La adecuada delimitación de competencias reduciría los casos de denuncias por secuestro y usurpación de funciones contra las autoridades de la justicia comunal y permitiría una mejor defensa en caso de que éstas se produjesen.

Por cierto, hemos podido constatar que en algunos casos los miembros de las comunidades campesinas denunciados por delitos como secuestro o usurpación de funciones, argumentan de manera conjunta tanto el artículo 149° de la Constitución (que legitima el ejercicio de una función jurisdiccional especial) como el artículo 15° del Código Penal (que establece una causa de inimputabilidad por condicionamientos culturales), aglutinando dos herramientas de defensa que responden a lógicas distintas<sup>230</sup>. En otros casos, se opta por una argumentación subsidiaria que tampoco es sólida, así: *“si se prueba que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales se realizó con abuso de derechos fundamentales, entonces corresponde aplicar el artículo 15° que exime de pena a quien obra por error culturalmente condicionado.”*

La combinación de dos herramientas de defensas que responden a perspectivas distintas no ayuda a la definición y defensa de los fueros de la justicia comunal. Así, no resulta adecuado ni conveniente emplear al mismo tiempo el artículo 149° de la Constitución y el artículo 15 del CP para alegar defensa penal ante imputaciones por secuestro o usurpación de funciones, pues sólo en el segundo supuesto (Art. 15 CP) existe injusto típico.

## XI. REFLEXIONES FINALES

La coordinación<sup>231</sup> entre ambas jurisdicciones no es sólo por un imperativo constitucional y legal, sino fundamentalmente una exigencia de la realidad de nuestro país<sup>232</sup>. Si la coordinación no se ha producido hasta ahora ha sido por la alta desconfianza entre ambos fueros, por los prejuicios, y por la falta de definición en los niveles de organización. Además, la experiencia ha enseñado que en muchos casos la intervención del Estado no sólo es deficitaria o poco conciliadora; sino que, en el peor de los casos, ha añadido mayor conflictividad al hecho.

Creemos por ello que el artículo 18.3 del CPP de 2004 constituye una gran oportunidad para encauzar la hasta ahora indefinida política de reconocimiento de la diversidad cultural en nuestro país. Y, sin perjuicio de admitir que existen excesos cometidos por algunas autoridades comunales –que se deben evitar y detener–, es imperioso reconocer, delimitar y hacer respetar los derechos consagrados en favor de las comunidades campesinas y nativas entre los cuales se encuentra el derecho a resolver sus conflictos conforme a sus propias pautas<sup>233</sup>.

Adicionalmente, la aplicación del artículo 18.3 del CPP de 2004 incidirá de modo positivo en la descongestión de casos y favorecerá la participación de la comunidad, que son precisamente dos de los objetivos de la reforma procesal penal.

<sup>230</sup> Como ejemplo, cfr., Exp. 2002-089, seguido contra Elio Fidel Quispe Soza, por delito de secuestro (Puno)

<sup>231</sup> Un ejemplo de lo que puede lograr la coordinación se encuentra en el artículo 145 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades donde se establece que: *“Para la elaboración del sistema de seguridad ciudadana se convocará y concertará con las organizaciones sociales, vecinales o comunales, las rondas urbanas y campesinas, los comités de autodefensa y las comunidades campesinas, nativas y afroperuanas”*.

Que sin perjuicio de la fundamentación antropológica, podría, desde el punto de vista socioeconómico, graficarse en los siguientes términos, “dado que el Estado no proporciona los medios suficientes para vivir en condiciones equivalentes a las poblaciones de las ciudades, le está permitido ceder el ejercicio de la jurisdicción y sólo deberá reaccionar cuando el procedimiento o la sanción afecte los derechos fundamentales de las personas involucradas”.

<sup>233</sup> En este objetivo es necesario crear un ente responsable de la coordinación entre ambas jurisdicciones y precisar quién debe dirimir los conflictos de competencia entre la justicia comunal y la justicia formal.