

## TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL EN EL PERÚ<sup>1</sup>

Raquel Yrigoyen Fajardo (raquelyf@hotmail.com)  
A la Comunidad Campesina de Chalhuyacu, por su resistencia.

### Introducción

En el Perú, la Constitución de 1993 ha reconocido el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial (la justicia indígena o campesina), como lo ha hecho la Constitución de Colombia de 1991, de Bolivia de 1994 y de Ecuador de 1998<sup>2</sup>. Igualmente estos países han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual también reconoce el derecho consuetudinario. Sin embargo, la cultura judicial peruana aún no ha hecho suyos los planteamientos pluralistas de esta reforma legal y muchos jueces continúan criminalizando la diferencia cultural y el ejercicio de la justicia campesina. Esta resistencia de los jueces a admitir que ahora también los campesinos e indígenas tienen formalmente las funciones que ellos poseen es expresada desde las categorías del *monismo jurídico*<sup>3</sup> y se da en el marco de un contexto político autoritario. Esto marca una gran diferencia con el caso colombiano. A pesar de que la fórmula de reconocimiento del derecho consuetudinario y la jurisdicción especial de la Constitución colombiana es más limitada que la peruana, la judicatura, particularmente la Corte Constitucional, ha desarrollado una importante jurisprudencia interpretando desde una perspectiva pluralista la Constitución<sup>4</sup>.

Uno de los desafíos de la pos-reforma es la construcción de una *cultura jurídica pluralista* que permee el comportamiento judicial. Otro desafío es de carácter más global y está vinculado a la *cultura política*. El reconocimiento de la potestad de los pueblos indígenas y grupos campesinos de tener su propio derecho y de dictar derecho (*ius dictum*), sólo cabe en un modelo de sociedad pluralista donde tales pueblos y comunidades sean vistos como sujetos políticos y no como objetos de políticas. Estas tareas están en la agenda jurídico-política del país.

### I. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y DEL PLURALISMO LEGAL

#### Antecedentes

Desde la configuración de los estados latinoamericanos en el s. XIX, se instalaron en la cultura jurídica la ideología del Estado-Nación y el *monismo legal*, asociados a la teoría del monopolio estatal de la violencia legítima. El ideal de construir naciones culturalmente homogéneas, a fuerza de negar la realidad plural y las culturas indígenas, fue parte del proyecto político *asimilacionista* que los legisladores plasmaron en la institucionalidad jurídica republicana. Se identificaba “nación” con la idea de un solo pueblo con una sola cultura, religión, idioma e identidad, el cual debía estar regido por una sola ley y sistema de justicia. Se eliminó el sistema colonial de regímenes jurídicos diferenciados para dar paso a una ciudadanía de individuos, formalmente libres e iguales ante la ley. Los derechos colectivos a la tierra, así como la cultura, idiomas, conocimientos, sistemas de creencias, normas, valores y derecho indígena fueron desconocidos por la legalidad oficial, mientras que se reforzaba la expropiación de tierras comunales, la explotación económica, la marginación política y la discriminación *de facto* de los indígenas.

Durante el s. XX se introdujeron cambios al modelo descrito a partir de la Constitución de 1920 que reconoció “Alas comunidades indígenas” como sujeto colectivo, y, a mediados del siglo, con el surgimiento del indigenismo *integracionista* y la reforma agraria de 1969 (dada en el marco de un conjunto de reformas). En el contexto de las reformas de fines de los sesenta y principios de los setenta, se reconoció la existencia de la diversidad cultural indígena y se consagró el respeto de algunos derechos colectivos específicos, como los idiomas aborígenes, derecho a tierras y recursos naturales, y parcialmente la justicia nativa (para casos menores). El objetivo de las reformas era terminar con el modo oligárquico de producción económica y de reproducción social, e integrar a los indígenas a la sociedad nacional y al Estado. A pesar de estas reformas, y tal vez porque su preocupación central era el desarrollo y la integración, no se cambió la matriz del modelo de

Estado-nación ni del monismo legal. Es recién en la última década del siglo que se cambia dicha matriz con el reconocimiento constitucional del carácter pluricultural la Nación, y el pluralismo legal.

### **Reconocimiento Constitucional de la Pluralidad Cultural.**

En la Constitución de 1993 se supera la idea decimonónica del Estado-nación, en el sentido de que el Estado representa oficialmente la hegemonía cultural de un solo grupo étnico y una identidad cultural. En el art. 2,19 se asume la configuración pluricultural de la nación, abandonando la definición monocultural, y se establece una nueva relación entre Estado y nación. Se supera el modelo político integracionista que seguía valorando la cultura hegemónica como "superior", avanzada, "civilizada" y que, si bien respetaba algunos aspectos de las otras culturas, esencialmente mantenía un modelo paternalista. En este sentido, en la Constitución de 1979 decía: "*El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes*"(art. 161 *in fine*), mientras que en la Constitución de 1993 se establece que "*El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas*"(Art. 89).<sup>5</sup>

Como parte de este nuevo modelo pluralista, se instituye el derecho individual a la identidad diferenciada, y el derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos a recibir respeto y protección del Estado. Textualmente, el art. 2,19 de la Constitución, dice: "*Toda persona tiene derecho: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación*". En el marco del reconocimiento de la pluralidad cultural, el Estado garantiza derechos específicos a las comunidades indígenas/campesinas y respeta su identidad cultural. También reconoce el pluralismo lingüístico y el pluralismo legal.

### **Reconocimiento Constitucional de la Pluralidad Legal**

La idea del monismo legal va aparejada a la teoría del monopolio estatal de la violencia legítima y el modelo de división de poderes. Estas ideas, importadas en el s. XIX, fueron consagradas en las Cartas constitucionales latinoamericanas, las cuales establecen desde entonces que sólo los poderes del Estado producen derecho y ejercen coacción: El Legislativo (o el Ejecutivo por delegación) se instituye como la única instancia legitimada para producir normas generales vinculantes para todos los ciudadanos, el Poder Judicial para administrar justicia, y el Ejecutivo para organizar el orden. En consecuencia, los ciudadanos sólo pueden producir normas vinculantes entre ellos dentro del marco permitido por la ley. Y las costumbres sólo son admisibles a falta de ley y nunca en contra de ella. Las costumbres *contra legem*, incluso, pueden constituir delito. Desde este marco, el Estado no sólo no reconoció sino que criminalizó la existencia de sistemas normativos "paralelos" y el ejercicio de funciones de justicia que le disputaban dicho monopolio. La ley peruana solo ha permitido una fisura parcial a este principio al reconocer competencias de justicia a las comunidades nativas, pero para casos de menor cuantía en lo civil y de menor gravedad en lo penal.<sup>6</sup>

El monismo legal, a pesar de su falta de correspondencia con la realidad, ha sido una de las ideologías y posturas políticas más defendidas por la cultura jurídica. Su cuestionamiento, proveniente desde las concepciones del pluralismo legal y la teoría de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, se ha intensificado en la última década. En el marco de procesos de reforma de la justicia, el Perú, como otros países latinoamericanos, ha reconocido legalmente diferentes mecanismos de solución alternativa a los conflictos, abandonando la idea del Estado como único árbitro del conflicto social. Sin embargo, estos mecanismos sólo están facultados para intervenir respecto de determinadas materias, cuantía, gravedad de hechos y ámbitos del derecho.<sup>7</sup>

La Constitución de 1993 quiebra el modelo de monismo legal al reconocer el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial, consecuentemente con el reconocimiento de la pluralidad cultural de la nación, y sienta las bases de una institucionalidad pluricultural. La fórmula nacional está inspirada en la Constitución Colombiana de 1991. El texto del art. 149 es como sigue:

"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."

El contenido de este artículo es bastante amplio y se complementa con el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ratificado en 1993), que también reconoce el derecho consuetudinario. La Constitución reconoce a las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas<sup>8</sup> el ejercicio de funciones jurisdiccionales aplicando su propio derecho consuetudinario y a través de sus propias autoridades. Es decir, hay un reconocimiento de: a) la potestad normativa o reguladora de las comunidades (campesinas, nativas y rondas), b) su potestad jurisdiccional o de resolución de conflictos, y c) su propia institucionalidad o sistema de autoridades. A partir de esta norma, no sólo el Ejecutivo está facultado para dar normas sino que se reconoce la potestad especial de las comunidades para autorregularse; no sólo el Poder Judicial puede administrar justicia, sino que se reconoce funciones jurisdiccionales a la jurisdicción especial o justicia comunal, y no sólo el Ejecutivo tiene potestad para controlar el orden y aplicar la ley, pues pueden hacerlo también las autoridades comunales y ronderas como parte de su derecho consuetudinario.

El *derecho consuetudinario* consiste en el sistema de normas, valores, principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que permiten a los pueblos y comunidades regular su vida social, resolver conflictos y organizar el orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de sus usuarios y percibidas como propias. También incluye las reglas para crear o cambiar reglas. Es decir, el reconocimiento del derecho consuetudinario no consiste en el reconocimiento de un corpus de reglas estático, sino de la potestad de los sujetos titulares de crear y darse sus normas así mismos.

La "*Jurisdicción especial*" constituye una suerte de *fuero* para las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas por el que sus autoridades pueden ejercer funciones jurisdiccionales. Dichas funciones son las potestades que tiene el órgano o poder jurisdiccional: conocer, juzgar, resolver conflictos, definir derechos y obligaciones concretas, ordenar restricciones de derechos ya sea como penas o medidas, ordenar la prestación de servicios a la comunidad, la reparación de daños y perjuicios, la disposición de bienes. Esta jurisdicción no está obligada a seguir la legislación ordinaria sino que se rige por el *derecho consuetudinario*, pero debiendo no violar los derechos fundamentales de las personas<sup>9</sup>.

En cuanto a la competencia material, la Constitución no pone límite alguno en cuanto a las materias y la cuantía o gravedad de los hechos que pueda conocer la jurisdicción especial. Tampoco lo pone el Convenio 169 de la OIT, por lo cual la jurisdicción especial está legitimada para conocer todo tipo de casos y de toda cuantía o gravedad. En cuanto a la competencia territorial, la jurisdicción especial tiene plena competencia dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas y nativas, y rondas campesinas. Sobre la competencia personal, la Constitución no hace mención alguna ni establece que sólo se refiera a campesinos y nativos, sólo menciona el criterio territorial. Por lo tanto, incluso cabe interpretar que la jurisdicción especial podría conocer casos ocurridos dentro de su ámbito territorial que involucrasen no-indígenas, no-comuneros o no-ronderos. Con ello se evitaría que no-indígenas realicen hechos dañinos en las comunidades y luego aleguen la aplicación de la justicia estatal en vez de la indígena, a sabiendas de que la justicia estatal tiene escasa presencia territorial y podría ser manipulada a su favor más fácilmente que la justicia comunitaria. En cualquier caso, tanto los miembros de dichas comunidades, como los no-miembros, tienen el derecho de que se respete sus derechos humanos.

### **La descriminalización de la diferencia cultural.**

La Constitución de 1993 legaliza u oficializa los sistemas jurídicos indígenas o campesinos y en consecuencia no deben ser reprimidos. Al amparo del Código Penal (CP) de 1991 tampoco debe perseguirse penalmente a quienes realicen hechos punibles (hechos tipificados como delitos en el CP) cuando tal conducta se debe al seguimiento de pautas culturales. El CP busca tener en cuenta la diversidad cultural del país, como dice su exposición de motivos, superando la visión etnocéntrica del CP de 1924 que trataba a los indígenas como inimputables. El art. 15 del CP de 1991 dice:

“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”.

En la interpretación de este artículo hay una gran discusión teórica sobre cómo definir esta figura dentro de la teoría del error<sup>10</sup>. El supuesto del artículo es que hay *diversidad de culturas y costumbres*<sup>11</sup> y que cada una puede ver un mismo hecho de diferente manera, algunas lo consideran delito y otras no. Por lo tanto, el CP busca eximir de pena a quien en seguimiento de una pauta cultural o costumbre propia no ha podido comprender (entender, asimilar, asumir) una norma prohibitiva del Código. O, aún pudiendo comprender, no puede determinar su actuación según la pauta del Código porque tiene otra norma o pauta cultural que le hace obrar en sentido diverso. Esto incluye varias situaciones: que la persona, por su condicionamiento cultural, desconozca las normas prohibitivas, o no considere como delito el hecho que realiza (por ejemplo las uniones conyugales tempranas o la compra venta particular de hoja de coca para asuntos sociales y ceremoniales) o, que si bien considera que su hecho está prohibido o es delito (por ejemplo matar), piense que está justificado de alguna manera. Por ejemplo, considera (sabe y comprende) que matar es un hecho prohibido en general, pero que matar un Abrujo” -que en su cosmovisión hace daño y mata a personas-, sí está justificado.

El CP establece una gradación en la pena: exime de pena a quien “no puede” comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, y aplica una pena de forma atenuada cuando el sujeto “puede” en alguna medida comprender el carácter delictuoso del acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión<sup>12</sup>.

## II. TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

A pesar de que el CP de 1991 tiene casi una década, no hay muchas decisiones judiciales que lo hayan invocado para descriminalizar la diferencia cultural. Entre las pocas que son conocidas se encuentran las reseñadas en el Anexo 1<sup>13</sup>. Las concepciones antropológicas que tienen los jueces de los indígenas son bastante tradicionales no obstante utilizar nuevas normas y alguna terminología sobre la diversidad cultural.

### Categorías de descalificación cultural

La primera sentencia (Caso 1, Anexo 1) muestra una subvaloración de la diferencia cultural, al llamar “medicina folklórica” al conocimiento y prácticas no occidentales sobre el manejo de la salud. Este término es parte de una concepción que descalifica todo saber y prácticas no occidentales como inferiores: en la cultura occidental hay religión, en las otras brujería; en una medicina, en las otras “medicina folklórica”; en un derecho, en las otras costumbres, y así. Se nota que los jueces carecen de categorías para hablar de la diversidad cultural sin usar conceptos peyorativos.

### Indígena: "incivilizado"

La segunda sentencia (Caso 2, Anexo 1) hace referencia a "pueblos ya civilizados" en oposición a los pueblos indígenas, presuponiendo que éstos serían pueblos "todavía" no civilizados o *incivilizados*. Esta concepción se enmarca en un esquema evolutivo. Los indígenas representarían culturas atrasadas, incivilizadas e inferiores. El caso de referencia es sobre un nativo acusado de raptó e intento de violación de una menor de 8 años. La sentencia establece que el nativo cometió el delito sin ningún eximente de responsabilidad pues no encuentra una justificación en su cultura para tales hechos. Sin embargo, cuando gradúa la pena, utiliza el art. 15 *in fine* del CP, que sólo se debe aplicar a casos de error de comprensión culturalmente condicionado. La sentencia dice que "estando a sus condiciones personales y **cultura**", cabe atenuar de pena. Al no mencionarse ninguna pericia antropológica, no hay base empírica que sustente que los hechos sexuales del nativo procesado representen a la pauta cultural de su comunidad o grupo étnico. Entonces, tal idea sólo responde a los preconceptos de los jueces, a una imagen de la cultura nativa en la cual hay un gran relajamiento en la moral sexual, lo cual concuerda con la visión de que las culturas indígenas son incivilizadas o

salvajes en el sentido de que carecen de formas de autocontrol. Teniendo estrictamente en cuenta los hechos, no cabría la atenuación de pena por el art. 15 *in fine*, pues los mismos no reflejan el seguimiento de una pauta cultural. Sólo cabría una consideración general de las condiciones del sujeto por el art. 45 y, en todo caso, la consideración de una pena alternativa en aplicación del Convenio 169 de la OIT. A la visión del indígena como inferior, le sigue una actitud compasiva de los jueces que se traduce en la atenuación de la pena, siguiendo una conducta tradicional en esta materia<sup>14</sup>. Esto crea un conflicto, pues muchos abogados defensores prefieren reforzar la idea del indígena como inferior, primitivo, incivilizado, si gracias a ello van a lograr un rebajamiento de la condena.

### **Los casos límite del "error de comprensión".**

La tercera y cuarta sentencias (Casos 3 y 4, Anexo 1), se refieren a casos de muerte de Brujos". Según las pericias antropológicas que citan las sentencias, el haber dado muerte al brujo parece estar justificado dentro de la cultura de los nativos procesados. No se trata de que la cultura nativa o tales personas no valoren la vida, sino de que en el caso concreto, los procesados creían firmemente que tales brujos eran causantes de muertes y constituían una amenaza permanente contra la vida. Las sentencias señalan que "No hay culpa subjetiva", pues según la cosmovisión de los nativos "No sienten remordimiento" sino que creen que han hecho un bien a la comunidad. Ahí se encontraría un supuesto de exención de pena por error de comprensión culturalmente condicionado en aplicación del art. 15 del CP. Sin embargo, los jueces optan sólo por la atenuación de la pena. Los jueces muestran incompreensión sobre las creencias y culturas, pues la sentencia señala que los procesados no "Ahan probado" los daños del brujo. Parece que los jueces esperaban que los procesados prueben, en términos causales de la ciencia occidental, los efectos causados por la brujería, cuando justamente, responden a otra lógica cultural. Lo importante en este caso no es que los encausados prueben que los brujos les hacían daño, sino que se pruebe que, dentro de su marco cultural, los procesados creían ser víctimas de daños y que se veían exigidos a la eliminación de los brujos como la única vía para proteger su vida o la de sus familiares. No comprender el carácter delictuoso de un acto no sólo se refiere al acto concreto (matar) sino a la existencia de causas de justificación. En estos casos, según la propia sentencia, por la cosmovisión de los nativos (su concepción cultural de la brujería y cómo opera), ellos creen que sus hechos (matar al brujo que hace daño y causa muertes) están justificados. Por lo tanto, estos caso corresponderían a los supuestos de exención de pena del art. 15 del CP.

### **Pervivencia del indigenismo integracionista**

Las sentencias utilizan contradictoriamente los nuevos postulados constitucionales junto con concepciones tradicionales, que responden a políticas de tratamiento de los indígenas ya superadas. Por ejemplo, la tercera sentencia (Caso 3, Anexo 1) señala que "*tales argumentos pueden atenuar la responsabilidad en el contexto de **nuestra sociedad multirracial y multicultural**, que nuestra Constitución Política del Estado reconoce propendiendo la **integración** de etnias y comunidades a nuestra nacionalidad, respetando su tradición, cultura y costumbres, legislando también el error de comprensión culturalmente condicionado*". El reconocimiento de la pluralidad cultural que hace la Constitución de 1993 está vinculada al derecho a la diferencia (art. 2,19), asumiendo igual dignidad de los diferentes. Sin embargo, cuando la sentencia utiliza el término "sociedad multirracial y multicultural" no lo vincula con el derecho a la diversidad, sino que plantea la "integración" de los "diferentes" a la sociedad nacional, concepto que corresponde a un modelo indigenista de integración ya superado.

**En síntesis**, la judicatura ha utilizado el art. 15 del CP sobre el error de prohibición en un caso en el que ni siquiera había delito, pero la materia estaba vinculada con un tema cultural ("medicina folklórica"). En las otras tres sentencias los jueces optan por la figura de la atenuación. En un caso no correspondía aplicar el art. 15 *in fine*, pero los jueces atenúan la pena desde una visión "*compasiva*" de los indígenas al considerarlos como *incivilizados*. Y en los otros dos casos, según los hechos actuados, hubiera correspondido la exención de la pena, pero los jueces optan por la atenuación, al no admitir que realmente existían condiciones culturales distintas. Hay temor a descriminalizar la diferencia cultural cuando ésta se presenta.

### III. TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL

A pesar del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial (justicia indígena y campesina), los jueces siguen procesando a autoridades campesinas, nativas y ronderas por administrar justicia según su propio sistema legal o derecho, bajo la figura de delitos contra la libertad individual, la administración de justicia, la usurpación de funciones, entre otros. Las autoridades de las rondas campesinas han sido las más perseguidas, probablemente porque sus funciones de justicia son particularmente visibles y se han enfrentado a redes de abigeos vinculadas a autoridades estatales, policías, jueces, fiscales. Pero además, porque en el contexto de la estrategia contrainsurgente, el Gobierno buscó cooptar e instrumentalizar a las rondas campesinas, sometiéndolas a control militar. Curiosamente, las rondas que han sufrido persecución judicial son las que no se han sometido al control militar.

#### **El caso de las rondas campesinas<sup>15</sup>**

Las rondas campesinas (RC) constituyen una forma de organización en el campo relativamente nueva (desde fines de 1976). Las RC surgieron en departamentos de la sierra norte del país donde no había formalmente comunidades campesinas, por lo que ellas constituían “la” organización comunal. Gracias a su práctica de resolución de problemas vía asambleas y otros mecanismos consensuales, han recreado la Acomunalidad”. Actualmente también se organizan RC dentro de comunidades campesinas formalmente establecidas, en las que constituyen el órgano de justicia y control de la seguridad. Las RC nacieron para el control de la seguridad frente al robo de ganado, pero rápidamente desarrollaron diversas funciones sociales vinculadas con la administración de justicia, el control del orden, la organización de la vida comunal, el control de maestros, la construcción de obras de desarrollo, y la interlocución con el Estado. Las RC administran justicia dentro de su ámbito territorial y aplican una lógica restitutoria, obligando a los abigeos a devolver lo robado, trabajar y rondar. También resuelven problemas de familia, tierras y conflictos diversos tratando de atender los intereses de las víctimas y de recuperar al infractor. En algunos casos también aplican castigos físicos, que los ronderos llaman “hacer física” y “castigo de masas”, pero rechazan expresamente “la tortura”, la desaparición y la pena de muerte, como consta en sus reglamentos. Cuando el grado de institucionalización de las RC es mayor, las mismas tienden más a imponer trabajo comunal y promover arreglos que a aplicar castigos físicos. Como las rondas se han enfrentado a bandas de abigeos muchas veces conectadas con el poder local y engarzadas -por medio de la corrupción- con policías u otras autoridades estatales, las autoridades ronderas han sufrido denuncias por delito contra la libertad individual, secuestro, lesiones, delito contra la administración de justicia, entre otros (por detener a los abigeos y hacerles rondar y trabajar para la comunidad mientras devuelven lo robado).

En 1986 se dio la ley N1 24571 de reconocimiento de las Rondas Campesinas pacíficas, democráticas y autónomas. Y en 1993 la Constitución les reconoció funciones jurisdiccionales. A pesar de que la ley 24571 reconoce autonomía organizativa a las RC, durante el gobierno de Fujimori se dictaron varios decretos sometiendo a las RC a control militar para participar en la estrategia contrainsurgente<sup>16</sup>. No obstante estos decretos iban contra la ley de RC y se dieron antes de la reforma constitucional de 1993, no fueron derogados ni la judicatura ordenó su inaplicabilidad. Por el contrario, dichos decretos fueron aplicados generando un alto grado de violencia institucional y el debilitamiento de la organización rondera autónoma. Muchos dirigentes de rondas que no se han sometido a dicho control han sido perseguidos penalmente, ya sea por presunto delito de colaboración terrorista, o, por usurpación de funciones u otros supuestos delitos vinculados con su práctica de la justicia rondera.

#### **Decisiones Judiciales sobre la Jurisdicción especial de las Rondas Campesinas**

En las decisiones judiciales reseñadas en el Anexo 2<sup>17</sup> se ilustra la fuerte resistencia de la cultura judicial para aceptar el pluralismo legal reconocido en el art. 149 de la Constitución. Los casos de ronderos perseguidos penalmente por “administrar justicia” son numerosos no obstante el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial. Las decisiones presentadas se refieren a rondas campesinas de comunidades campesinas<sup>18</sup>. En ningún caso reseñado las decisiones judiciales aceptan el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las rondas campesinas y tampoco aplican el art. 15 del CP. Hay un solo caso de

sentencia no condenatoria, pero se funda en la prescripción de los hechos, no en la aplicación del artículo constitucional.

### **Desconocimiento de la jurisdicción especial**

En el caso de las rondas campesinas de la comunidad de Chalhuyacu (Caso 1 del Anexo 2) la sentencia no hace referencia a todos los hechos actuados durante el proceso, sino sólo a algunos. La selección de los mismos es interesante no tanto por lo que muestra cuanto por lo que oculta. De una revisión completa del proceso, fluye de los hechos que las rondas administraron justicia según sus procedimientos, deteniendo a un presunto abigeo (febrero de 1992). A los cuatro días, el fiscal, sin investigación de ningún tipo, ordenó una intervención policial -que la sentencia llama “enérgica” sin explicar en qué consistió-. Se trató de una operación policial armada dentro de la comunidad, en la madrugada, rompiendo la puerta del local comunal e indagando por los dirigentes ronderos para detenerlos por delito de secuestro. Al día siguiente, miembros de la CC de Chalhuyacu, junto con dos comunidades más, se dirigieron ante el puesto policial de Chavín (se calcula que podrían ser unas trescientas personas, incluyendo autoridades, mujeres, niños y ancianos), según declaran, *Apara dialogar*”. La sentencia no menciona que la policía mató 6 personas de las comunidades denunciadas e hirió a otras 30 (quienes fueron procesadas), cuando estas personas se acercaron al puesto policial. La policía, como estableció la investigación de la Fiscal de Derechos Humanos, trató de encubrir el abuso de autoridad denunciando a las víctimas que estaban en el hospital así como a los miembros de las tres comunidades por “ataque terrorista”. La fiscal de DH estableció, al principio del proceso, que no hubo ningún ataque terrorista, que los campesinos no portaban armas de ningún tipo y que los heridos mostraban heridas de bala con entradas de “atrás hacia adelante”, esto es, cuando huían y no cuando “atacaban”, por lo que denunció a los policías por delito de abuso de autoridad. A raíz de ello se cambió el cargo de ataque terrorista por delito contra la tranquilidad pública. Esta parte del proceso pasó al fuero militar (a pesar de que el homicidio es delito común) y luego los policías se acogieron a la amnistía dada por el Gobierno de Fujimori para policías y militares inculcados de cometer violaciones de derechos humanos en el marco de la lucha antiterrorista (no obstante se determinó que no hubo ataque ni actividad terrorista en este caso). Todos estos hechos, en los que los inculcados aparecen como víctimas, y que fueron establecidos al inicio del proceso, no fueron siquiera mencionados en la sentencia. En síntesis, la sentencia: 1) encubre la violencia cometida por la policía contra los campesinos procesados y que a su vez era el mejor argumento de defensa de los mismos respecto del presunto delito de ataque y daños contra el puesto policial de Chavín; 2) con relación al cargo de secuestro (contra la libertad individual y lesiones simples), la sentencia no hace referencia alguna a que la detención del presunto abigeo por los ronderos era parte de su “derecho consuetudinario” lo cual estaba descriminalizado por el CP de 1991 (art. 15) y luego legalizado por la Constitución de 1993 (art. 149).

Dado que la sentencia final se emite siete años después de los hechos (1999), la mayor parte de cargos ya había prescrito (contra la libertad individual, lesiones simples y contra la tranquilidad, paz pública). En el caso del delito de daños, la sentencia falla por la absolución de los acusados por falta de pruebas. Sin embargo, los campesinos procesados de estas tres comunidades ya habían sufrido persecución penal *de facto* durante todos esos años. A pesar de que la defensa de los ronderos insiste en la aplicación del art. 15 del CP y el art. 149 de la Constitución, los magistrados no entran siquiera al análisis de los mismos.

### **El “vaciamiento” de la jurisdicción especial**

En el caso de los ronderos de Huaraz (caso 2 del Anexo 2), tanto en la excepción de naturaleza de la acción (2 A) como en la sentencia por delito contra la libertad individual (2 B), los jueces no ignoran el art. 149 de la Constitución, pero el “razonamiento judicial” realizado supone un *vaciamiento* del concepto de jurisdicción especial al identificar el ejercicio de funciones jurisdiccionales con violación de derechos humanos. El caso se trata de campesinos ronderos que detuvieron a un presunto abigeo y, según admiten, *Ale hicieron trabajar tres días en cada base de las rondas campesinas, habiendo cumplido en parte todas éstas, realizándolo como sanción impuesta por dichas organizaciones*” (caso 2 A). De estos hechos la judicatura desprende que se configura el delito contra la libertad individual. La defensa alega que tales hechos, realizados en 1996, no sólo no configuran delito sino que están amparados por el art. 149 de la Constitución, que reconoce funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas. La Sentencia hace el razonamiento siguiente:

“Si bien es cierto que el art. 149 de la Constitución Política del Estado faculta a que las comunidades campesinas y nativas con apoyo de las rondas campesinas puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre y cuando no violen los derechos fundamentales de la persona, en el caso *sub judice*, precisamente se ha violado el derecho a la libertad, pues así se ha demostrado con las diversas pruebas actuadas...” Por lo que falla condenando a los acusados por delito contra la libertad individual. (Exp. 110-98, Sentencia de la Corte Superior de Ancash del 23.11.98).

La Constitución señala que el límite del ejercicio de funciones jurisdiccionales es la no violación de los derechos fundamentales de la persona. A diferencia de los textos constitucionales de Colombia, Bolivia y Ecuador, la Constitución no ha limitado la jurisdicción especial y el derecho indígena al respeto de toda la Constitución y las leyes, sino tan solo a no violar derechos fundamentales. Este límite es común al de cualquier sistema jurídico que participa de la comunidad internacional. Las facultades jurisdiccionales que tiene el Poder Judicial en el país, a modo de ejemplo, incluyen formas de restricción de la libertad individual, prisión y aplicación de penas alternativas a la prisión, como servicios para la comunidad. Estas restricciones, si se aplican siguiendo los procedimientos establecidos y por la autoridad competente, no constituyen violación de derechos humanos sino ejercicio de funciones jurisdiccionales. En consecuencia, no puede calificarse como violaciones de derechos humanos, *a priori*, a las restricciones de derechos que son parte de las funciones jurisdiccionales y que están permitidas a cualquier sistema jurídico nacional. La jurisdicción especial también tiene potestades para ejercer formas de restricción de derechos que están en su derecho consuetudinario, como juzgar, detener, establecer sanciones, devolución de bienes, trabajo o prestación de servicios comunitarios y otras restricciones que se impongan mediante las autoridades y los procedimientos legítimos de las comunidades y pueblos indígenas.

En la sentencia no se analiza cuál es el contenido de las funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas sino que simplemente se indica que el hecho de que las rondas hayan mantenido privada de la libertad a una persona para que trabaje, constituye delito contra la libertad individual. La propia sentencia da todos los elementos para pensar que tales hechos se enmarcan en actos legítimos de las autoridades ronderas al indicar que el mencionado trabajo fue realizado como parte de “una sanción impuesta por dichas organizaciones”. Los hechos son admitidos por los procesados, quienes explican su conducta. No se trata de un acto arbitrario, abusivo o clandestino cometido por algunos ronderos, sino de una “sanción” decidida por la organización rondera dentro de su ámbito territorial. La sanción de trabajar en las bases ronderas, como se sabe, es una sanción que las rondas aplican usualmente y no constituye una pena proscrita por las normas internacionales de derechos humanos<sup>19</sup>. Es bastante evidente que, en este caso, cabía perfectamente la aplicación del art. 149 de la Constitución, por lo cual los ronderos no debieron haber sido perseguidos penalmente.

La sentencia no cuestiona que los hechos se enmarquen en el derecho consuetudinario de las rondas campesinas, por lo que, aún en el caso de que se hubiese interpretado (como se hizo) que los mismos no pudiesen ser legitimados por la Constitución (en el caso de infringirse normas de derechos humanos), igualmente no serían punibles en aplicación del art. 15 del CP que exige de pena a quienes obran condicionados por su cultura o costumbres.

**Reflexión final.** Muchos jueces perciben que el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a los campesinos, nativos y ronderos, constituye un cuestionamiento de su actuación y una reducción de su poder, poder que tradicionalmente la ley sólo les concedía a ellos, y se resisten a admitir el cambio. Así, conjuran contra el pluralismo, la persistencia de la mentalidad *monista*, el racismo y el conservadurismo de la cultura jurídica tradicional. De otra parte, en un contexto en el que el Gobierno buscaba controlar a las organizaciones campesinas, la judicatura, por su falta de independencia y su alta precariedad institucional (está conformada en más de un tercio por jueces provisionales), ha estado poco interesada en jugar un papel de fortalecimiento de la independencia de las organizaciones campesinas e indígenas, a contracorriente de las políticas gubernamentales. Reestablecer la independencia judicial, reconstruir valores democráticos, y consolidar una



cultura jurídica pluralista, son algunas de las tareas pendientes para el reconocimiento efectivo del pluralismo legal y la construcción de un Estado Pluricultural.

## ANEXOS

### ANEXO 1: DECISIONES JUDICIALES SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL (CP art. 15)

SENTENCIA	HECHOS / ACUSACIÓN	DECISIÓN JUDICIAL	COMENTARIO SOBRE ARGUMENTO
CASO 1 Exp. 98-93Dist. Judicial de Lambayeque	<p>Hechos: Posesión de objetos que presumiblemente sirven para sesiones de curanderismo. Tipo: ejercicio ilegal de la medicina.</p> <p>Condición: al parecer libre 16.6.99 (sentencia revocada)</p>	<p>-Simple posesión de objetos no acredita la comisión del delito, Aque nadie lo ha denunciado como agraviado y siendo el ejercicio de la <b>medicina folklórica</b> una práctica habitual en nuestras serranías y campiñas donde tiene mayor vigencia el error de comprensión culturalmente condicionado, ...le alcanza la exención de responsabilidad.</p> <p>-Revocan condena de un año por ejercicio ilegal de la medicina en agravio del colegio Médico del Perú. - Absuelven.</p>	<p>-Ni siquiera había delito, no era necesario el uso de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado (art.15).</p> <p>-Razonamiento es utilizado para exculpar: positivo.</p> <p>-Visión antropológica reduccionista y etnocéntrica: "medicina folklórica".</p>
CASO 2 Exp. 98-0175-191601-SP Dist. Judicial de Loreto (10.8.99)	<p>- 22.12.98: Hechos</p> <p>-Delito de secuestro y violación de libertad sexual en agravio de menor de 8 años.</p> <p>-Reo: miembro de comunidad nativa "secoyas" (en cárcel).</p> <p>-Víctima: niña de 8 años, no es miembro de comunidad nativa.</p> <p>-Reo había tenido relaciones con madre de agraviada (al parecer tenía retardo mental), luego se llevo menor de 8 años a quien intentó varias veces hacerle sufrir acto sexual. Anteriormente había hecho huir a otra menor.</p> <p>-Reo arguye que es costumbre en su comunidad convivir con niñas para luego covertirlas en su mujer.</p> <p>-Reo presentó a menor ante teniente gobernador como su hija, no como su futura mujer.</p>	<p>-Probado: no hubo consentimiento de padres; reo presentó a niña como su hija ante teniente gobernador, por lo que quería ocultar sus actos ilícitos.</p> <p>-Reo: culpable, sin causa de justificación ni eximentes de responsabilidad.</p> <p>-Para graduación de pena: Asi bien el acusado es miembro de comunidad nativa, la agraviada no es integrante de dicha etnia ni menos sus señores padres por lo que no resulta justificada su conducta, <b>desde que no puede imponer su cultura y costumbres en una comunidad ya civilizada</b> como era San Antonio de Lanche, máxime si los padres no la entregaron voluntariamente en cuyo caso hubiéramos estado en un error de prohibición por comprensión que señala el art. 15... <b>estando a sus condiciones personales y su cultura sólo cabe atenuación de pena (art. 15 in fine)@.</b></p> <p>-Pena: 8 años, reparación civil, y tratamiento terapéutico.</p>	<p>-No se menciona pericia antropológica para saber cuál es la costumbre de los Secoyas en la unión conyugal.</p> <p>(al parecer algunos grupos raptan mujeres de otros grupos sólo en incursiones guerreras o, si se llevan una menor para después hacerla su mujer es con consentimiento de padres y los actos sexuales ocurren cuando se considera a la mujer apta para ello, esto es, después de la menstruación, no antes.<sup>20</sup>)</p> <p>-Sentencia ve a los nativos como "incivilizados".</p> <p>-Uso de art 15 <i>in fine</i> para atenuar pena: no corresponde porque según los hechos la conducta descrita no es una pauta cultural.</p> <p>-Preconcepto: nativos tienen conducta sexual relajada, es parte de su cultura, cabe usar el art. 15</p>

		del CP.
<p>CASO 3</p> <p>Exp. 98-173 Dist. Judicial Loreto (17.2.99)</p>	<p>-Homicidio de "brujo" (lo ahorca y arroja el cadáver al río).</p> <p>-Reo: nativo de comunidad nativa Quinchua.</p> <p>-Descargo de imputado: víctima era brujo y hacía daño a la comunidad. Había provocado la muerte de varios moradores, entre ellos sus padres y tíos.</p> <p>-Testigos: occiso no era querido en la comunidad por hacer daño a las personas.</p> <p>-Reo: se declara convicto y confeso.-Primera sentencia: condenado a 6 años.</p>	<p>-Así bien se ha planteado como defensa que ha realizado <b>homicidio movido por sus costumbres y actos ancestrales, reivindicando la vida antes que la muerte, encarnado por el brujo, tales argumentos pueden atenuar la responsabilidad en el contexto de nuestra sociedad multiracial y multicultural</b>, que nuestra Constitución Política del Estado reconoce propendiendo la <b>integración</b> de etnias y comunidades a nuestra nacionalidad, respetando su tradición, cultura y costumbres, legislando también el error de comprensión culturalmente condicionado,... empero tales elucubraciones resultan insuficientes para eximir de pena, ... Ala vida es un bien jurídico protegido en primer orden no sólo en la sociedad occidental sino también en aquellos grupos y etnias que no han transitado por ella@... <b>acusado Ano sólo ha infringido norma de su entorno sino el que rige en nuestra sociedad formal@.</b> No ha probado el daño causado por brujo.</p> <p>-Condenado por homicidio, atenuación de pena a 5 años.</p>
<p>CASO 4</p> <p>Exp. 98-302 Loreto</p>	<p>Muerte de "brujo" por nativo Quinchua</p>	<p>-<b>son muy creyentes de la brujería</b>, en donde determinadas personas causan daño físico y mental a las personas con su poder o utilizando brebajes u otros objetos, y <b>con el fin de librarse de estas malas acciones cometen estos delitos sin mayor reomordimiento, sólo con el propósito de servir a la comunidad</b>, sin embargo nuestra norma sustantiva no hace distinción de raza, creencias... para aplicar una sanción, <b>sin embargo puede atenuar sus responsabilidades por las condiciones de su cultura.</b></p> <p>-El imputado acepta cargos.</p> <p>-al <b>eliminar al brujo "sin que significara ello en su cosmovisión un acto de magnitud como para alentar un sentimiento de culpa"</b> sin embargo no es suficiente para</p>
		<p>-Conceptos contradictorios: .sociedad multicultural, pero .cierta subvaloración de pueblos no occidentales.</p> <p>-No es clara la cita que la sentencia hace de la pericia antropológica: <b>"puede atenuarse la pena por ausencia de culpa subjetiva"</b>.</p> <p>-Si hubiese falta de culpa tendría que eximirse, no atenuarse.</p> <p>-Si bien la vida es valorada en todas las sociedades pueden haber <b>causas justificatorias y excusas</b> Según la pericia, la creencia en la brujería y la percepción de su dañosidad podría justificar una reacción drástica para evitarla.</p> <p>-El acusado valora la vida pero en este caso -se desprendería de la pericia citada- justifica muerte de brujo por verlo como una amenaza contra la vida.</p>
		<p>-Contradicciones: el que se valore la vida en toda sociedad no significa que no pueda haber causas justificantes o excusas para no seguir tal norma, como parece ser el caso, y por tanto cabría aplicar el art. 15.</p> <p>-Cita de peritaje antropológico es confusa: "puede atenuarse la pena por falta de culpa subjetiva".</p> <p>- La falta de "culpa subjetiva" podría interpretarse como falta de comprensión del carácter delictuoso del acto, por considerarlo justificado. Ello daría lugar a exención</p>

	eximir de pena, la vida se valora en todas las sociedades, no se puede alentar la impunidad.	de pena según art. 15 del CP, no sólo a la atenuación.
--	--	--

**ANEXO 2:**

**DECISIONES JUDICIALES SOBRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL**

CASO	HECHOS/CARGOS	DECISIÓN JUDICIAL	OBSERVACIÓN
<p>CASO 1 CC. Chalhuayacu Exp. 276-93 Corte Superior de Ancash (23.8.99)</p>	<p>-Hechos: febrero de 1992 -Delito contra la libertad individual y lesiones simples, en agravio de RGL (presunto abigeo según acusados); Delito de daños y contra la tranquilidad pública en agravio del Estado y del local policial de Chavín (presunto ataque con piedras). - Acusados: AVM, dirigentes ronderos y más de 30 campesinos (mujeres y hombres).-Hechos: ronderos de comunidad campesina de Chalhuayacu detuvieron a agraviado atribuyéndole comisión de delito de abigeato. A los 4 días, la policía de Chavín, por orden del fiscal, intervino “en forma enérgica” (liberó al presunto abigeo), lo que generó la reacción de los comuneros que coordinaron con otras dos comunidades y se dirigieron al Puesto de Chavín, según los procesados sólo para dialogar, y se produjeron los hechos materia del proceso: presunto delito de daños contra el puesto policial (ruptura de ventanas).</p>	<p>-Delitos contra la libertad individual y lesiones ya prescribieron (sentencia se da 7 años después de hechos). -Delito de daños contra puesto policial de Chavín: inspección técnico policial se hizo por propia entidad agraviada y sin presencia del fiscal, además no se acreditó de ningún otro modo. -Delito contra la tranquilidad (paz pública): ya prescribió. Fallo: se declara extinguida la acción por prescripción en casos de delito contra la libertad individual, lesiones, paz pública, Se absuelve por delito de daños.</p>	<p>-La defensa alegó la aplicación del art. 15 del CP y del art. 149 de la Constitución, pero la sentencia no los menciona. -Sentencia es absolutoria pero campesinos ya habían sufrido persecución penal por 7 años. -Sentencia no menciona que cuando se inicia el caso, la fiscal de derechos humanos estableció: a) que luego de que la policía liberó al presunto abigeo detenido por la comunidad, los campesinos de 3 comunidades fueron ante el puesto policial sin llevar armas y que no eran terroristas, b) que la policía mató a 6 personas e hirió a otras 30, c) que para encubrir tales hechos los campesinos fueron denunciados por terrorismo. La fiscal abrió denuncia por delito abuso de autoridad contra los policías. Este extremo pasó al fuero militar y posteriormente los policías fueron amnistiados. El cargo de terrorismo se cambió por delito contra la tranquilidad (paz pública). -La sentencia no tuvo en cuenta que los acusados en realidad eran víctimas del abuso policial y que el cargo de delito contra la paz púb. se dio para encubrir tal abuso (como estableció la fiscal).</p>
<p>CASO 2 A Exp. 504-96 Excepción de naturaleza de la Acción</p>	<p>-Delito contra la libertad individual por haber hecho trabajar tres días en cada base al agraviado. -Acusado: Campesino rondero de Huaraz.</p>	<p>-Hechos contra libertad individual están tipificados en art. 151 del CP, además están probados y admitidos en declaración de encausado.</p>	<p>-En efecto el delito contra la libertad individual se encuentra tipificado pero “no es justiciable” dado que no puede haber una norma constitucional que autoriza a las autoridades de</p>

<p>(27.9.96) 1er Tribunal Correccional de Huaraz</p>	<p>-Hechos: rondero admite que "al agraviado le hicieron trabajar tres días en cada base de las rondas campesinas, habiendo cumplido en parte todas éstas, realizándolo como sanción impuesta por dichas organizaciones". - Defensa: hechos no son justiciables porque rondas campesinas actuaron al amparo del art. 149 de la Constitución que las faculta a ejercer funciones jurisdiccionales.</p>	<p>-No cabe excepción de naturaleza de la acción. Se confirma auto de juez. -"Excepciones de naturaleza de la acción proceden cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente en el presente caso los actos perpetrados se encuentran tipificados en nuestro ordenamiento jurídico".</p>	<p>comunidades campesinas, nativas y ronderas a ejercer funciones jurisdiccionales y otra norma que penalice dicho ejercicio. -No hay una reflexión sobre el significado de las "funciones jurisdiccionales". -La sentencia del Tribunal no aplica art. 149 de la Constitución y el art. 15 del CP.</p>
<p>CASO 2 B Exp. 110-98 Sentencia Corte Superior de Ancash (23.11.98)</p>	<p>-Delito contra la libertad individual por haber hecho trabajar tres días en cada base rondera al agraviado. -Acusados: Campesinos ronderos de comunidad campesina de Huaraz. -Hechos: rondero admite que al agraviado le hicieron trabajar tres días en cada base de las rondas campesinas, habiendo cumplido en parte todas éstas, realizándolo como sanción impuesta por dichas organizaciones.</p>	<p>Así bien es cierto que el art. 149 de la Constitución Política del Estado faculta a que las comunidades campesinas y nativas con apoyo de las rondas campesinas puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre y cuando no violen los derechos fundamentales de la persona, en el caso <i>sub judice</i>, precisamente se ha violado el derecho a la libertad, pues así se ha demostrado con las diversas pruebas actuadas... -Falla condenando a los acusados por delito contra la libertad individual.</p>	<p>-Tribunal reconoce que rondas tienen funciones jurisdiccionales pero que no pueden aplicar como sanción que una persona trabaje tres días en cada base rondera porque "vulnera su libertad individual". -Tribunal deja sin contenido al concepto de "funciones jurisdiccionales", pues justamente tal reconocimiento constitucional significa que las autoridades campesinas pueden ejercer dicha funciones en el marco de su derecho consuetudinario: juzgar, aplicar sanciones, obligar a trabajar, prestar servicios comunitarios, etc. -Debe distinguirse cuándo hay una violación de derechos y cuándo se trata del mero ejercicio de la función jurisdiccional. -Sentencia deja sin efectos art. 149 de Constitución.</p>

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario organizado por la Asociación Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal y por la Red Latinoamericana de

---

Antropología Jurídica (RELAJU). Arica, 13-17 de marzo de 2000.

1. <sup>2</sup> Sobre el contenido comparado de estas reformas, véase: “*El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos*”. En: Assies, W., G. Van der Haar y Hoekema (eds.): Los retos de la diversidad, Pueblos Indígenas y Reformas del Estado en Latinoamérica. México: Colegio de Michoacán y CEDLA. 2000. O, su versión en inglés: “*The constitutional recognition of indigenous Law in the Andean Countries*”. En: Assies, W., G. Van der Haar y Hoekema (eds.): *The Challenge of Diversity, Indigenous Peoples and Reforms of the State in Latin America*. Amsterdam: Thela Thesis. 2000.

<sup>3</sup> El *monismo legal* supone la existencia de un solo sistema jurídico en un Estado. El *Pluralismo legal* o jurídico significa la coexistencia de varios sistemas normativos dentro del espacio geopolítico de un Estado.

<sup>4</sup> Sánchez Botero, Esther: Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y UNIJUS, 1998.

<sup>5</sup> A pesar de que la Constitución de 1933 supera la Constitución de 1979 con relación a los conceptos del pluralismo, en otros temas constituye un retroceso por la introducción de políticas neoliberales. En este sentido, restringe el derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales que consagraban las constituciones anteriores. Aparte, reduce el ámbito en el que los idiomas aborígenes son oficiales a las zonas en las que se hablan.

<sup>6</sup> Ley de Comunidades Nativas, D. Ley 20653 de 1974, reemplazado por el D. Ley 22175 de 1978. Al darse la Constitución de 1979 se ignoró esta regulación y se consagró la unidad y exclusividad del Poder Judicial en la administración de justicia.

<sup>7</sup> Ver: Ley de Conciliación extrajudicial 26872 (13.11.97) y su Reglamento Decreto Supremo 001-98 JUS (14.01.98). Una compilación de normas que introducen mecanismos alternativos de resolución de conflictos se encuentra en: Ormachea, Iván: Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial. Lima: Ed. Cuzco e IPRECON, 1998.

<sup>8</sup> Hay una discusión sobre el sujeto titular del reconocimiento del art. 149. La redacción es confusa al decir “con el apoyo de las rondas campesinas”. Algunos interpretan que sólo tendrían legitimidad para ejercer funciones jurisdiccionales las rondas que lo hacen como órganos de apoyo de las comunidades campesinas y nativas, pero no las que no pertenecen a comunidades, que son la mayoría. La otra interpretación señala que la mención a las rondas, que tienen además una ley propia de reconocimiento, se refiere a la institución de las rondas en general, y no a una ronda en concreto que pertenezca a una comunidad. Dado que las comunidades pueden actuar a través de sus órganos, no tendría sentido que la Constitución hiciese un reconocimiento especial de un órgano específico de las comunidades.

<sup>9</sup> En general se puede entender que los derechos fundamentales de la persona son los derechos humanos. Para el establecimiento de cuándo se produce la violación de derechos humanos debe interpretarse los hechos ubicados en su contexto sociocultural. Los hechos y el derecho son objeto de interpretación, y la interpretación es un acto culturalmente condicionado. La Constitución garantiza el respeto de la diversidad cultural, por lo cual los hechos y el derecho, incluso en derechos humanos, no deberían ser interpretados desde un único prisma cultural, sino que deberían ser materia de un diálogo e interpretación intercultural. El Convenio 169 señala que debe establecerse procedimientos para resolver la supuesta incompatibilidad entre derechos humanos y derecho consuetudinario (art. 8,2). Dichos procedimientos deberían garantizar una interpretación intercultural de los hechos y el derecho.

<sup>10</sup> Se discute si se trata de una forma de error de prohibición (ubicando este error en el nivel de la culpabilidad, dentro de la teoría finalista), o de error de tipo (ubicando el error en el nivel del injusto, dentro de la teoría de los elementos negativos del tipo). Ver: Yrigoyen, Raquel: “Control Penal y Diversidad étnico-cultural”. En: Zúñiga, Laura *et al.* (editores): Conflicto Social y Sistema Penal. Salamanca: Universidad de Salamanca y COLEX, 1996. También se ha argumentado que haciendo una interpretación sistemática con el art. 20, inc. 1, la formulación de este artículo es semejante al de la inimputabilidad, pues ésta también se refiere a la incapacidad para comprender el carácter delictuoso de los actos o determinarse por esa comprensión, sólo que no por razones culturales sino psicológicas. Ver: Hurtado Pozo, José: “Impunidad de personas con patrones culturales distintos” En: Derecho, N° 49. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 1995. Ver también el análisis de Francia, Luis: “Pluralidad cultural y derecho penal”. En: Derecho N° 47. Lima, PUCP, 1993.

<sup>11</sup> La “cultura y costumbres” incluyen las normas, valores, conocimientos, cosmovisión, creencias y patrones de relación entre los seres humanos, los seres humanos y la naturaleza, y los seres humanos y una idea de divinidad o trascendencia.

<sup>12</sup> Esta gradación es sumamente cuestionable pues al sancionarse a quien “pudo” comprender la prohibición o pudo de alguna manera determinar su conducta por dicha comprensión, se está sancionando la desidia del sujeto en no informarse o comprender la norma cuando “pudo hacerlo” o, se está sancionando su resistencia en adecuar su conducta a una pauta cultural diferente a la suya sólo por ser hegemónica. En el fondo, entonces, se trata de una forma de castigo a quien no se integra a la cultura hegemónica. Ello contradice el art. 2,19 de la Constitución de 1993 que sanciona el respeto y protección de la diversidad cultural y el derecho a la propia identidad cultural.

---

<sup>13</sup> Las decisiones judiciales que se presentan en el Anexo 1 fueron facilitadas por Luis Francia, miembro del equipo de redacción del Segundo Tomo de decisiones judiciales a publicarse por la Academia de la Magistratura.

<sup>14</sup> Ballón, al analizar decisiones judiciales respecto de nativos en aplicación del antiguo Código Penal de 1924, también encontraba como una práctica judicial bastante generalizada la atenuación de penas a quienes se consideraba “salvajes”. Ballón: Francisco: Etnia y Represión Penal. Lima: CIPA, 1980

<sup>15</sup> Sobre las Rondas Campesinas, ver: Starn, Orin: Nighthwatch. The Politics of Protest in the Andes. Durham y London: Duke University Press, 1999; Espinoza, Oscar: Rondas Campesinas y Nativas en la Amazonía Peruana. Lima: CAAAP, 1995; Yrigoyen, Raquel: “Un caso de Pluralidad Jurídica en el Perú: Las rondas campesinas de Cajamarca” En: Domínguez, José Luis (editor): La Joven Sociología Jurídica en España. Aportaciones para una consolidación. Oñati: International Institute for the Sociology of Law, 1998; “Rural Rondas in Peru”. En: Findlay, Mark y Ugljesa Zvekcic (editores): Alternative Policing Styles. Deventer y Boston: UNICRI y Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993; “Las Rondas Campesinas de Cajamarca-Perú. Una aproximación desde la antropología jurídica”. (Tesis). Lima: PUCP, 1993.

<sup>16</sup> Decreto supremo N° 002-93-DE/CCFFAA (16.1.93) Disponen que las Rondas campesinas adecuen su organización y funciones al de los Comités de Autodefensa. En el Decreto supremo N° 077/DE-92, Reglamento de Organización y funciones de los Comités de Autodefensa, se establece que los comités deben “apoyar a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en las tareas de pacificación...” (art. 3), y deben ser reconocidos por los comandos militares de la zona (art. 6). No obstante estos decretos, no todas las rondas campesinas se han militarizado, pero entre las que no lo han hecho están las rondas que han sufrido persecución penal.

<sup>17</sup> Las decisiones judiciales reseñadas en el Anexo 2 fueron proporcionadas por la Comisión Diocesana de Pastoral Social de Huaraz y por la Comisión Episcopal de Acción Social de la Conferencia Episcopal Peruana, instituciones comprometidas con la defensa de campesinos ronderos desde hace muchos años. La autora de este texto también ha conocido personalmente el caso de las RC de la Comunidad Campesina de Chahuayacu (Caso 1, Anexo 2).

<sup>18</sup> Como se ha mencionado líneas arriba, dada la ambigua redacción del texto constitucional, no queda suficientemente claro si todas las RC están legitimadas para ejercer funciones jurisdiccionales. La interpretación más restrictiva sostiene que sólo lo están las RC que pertenecen a comunidades, mientras que la interpretación más amplia sostiene que todas las RC tienen estas facultades. Los casos que se discuten a continuación pertenecen a RC que pertenecen a comunidades, por lo que no se da siquiera este problema de interpretación.

<sup>19</sup> Sí son discutibles otro tipo de penas, como las referidas a castigos físicos o cuando entran en controversia derechos individuales y colectivos. Estas situaciones merecen una reflexión y una consideración en cada caso. La Corte Constitucional de Colombia, en un caso de castigo físico, estableció la legitimidad de su aplicación por la jurisdicción especial teniendo en cuenta su significado, gravedad y el contexto de su aplicación. Atendiendo a la jurisprudencia internacional sobre la tortura, la Corte interpretó que pueden haber formas de castigo físico que no se consideren violación a la prohibición de tortura (Sentencia N° T-523/97). La Corte colombiana también ha establecido que, en caso de controversia entre algunos derechos individuales (como libertad religiosa) y el derecho colectivo a la integridad cultural, prevalece el derecho colectivo que permite la continuidad cultural de la comunidad. La Corte considera que no puede exigirse a la jurisdicción especial el respeto de todos los derechos humanos (en caso de conflicto), sino de un núcleo fundamental (derecho a la vida, prohibición de esclavitud y prohibición de tortura). Ver Sánchez Botero, *ob. cit.*, pp. 321-330. En el caso de las rondas campesinas que se comenta, ni siquiera se dio una situación como las resueltas por la Corte Constitucional colombiana a favor de la jurisdicción especial.

<sup>20</sup> Información sobre otros grupos étnicos de la amazonía proporcionada por Patricia Urtega, abogada experta en la materia.