



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

RUIZ MOLLEDA, JUAN CARLOS

El fundamento constitucional de la justicia comunal

Derecho PUCP, núm. 62, diciembre-junio, 2009, pp. 143-166

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656153010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El fundamento constitucional de la justicia comunal

JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA*

SUMARIO: I. CUESTIÓN PREVIA: ¿QUÉ ES LA JUSTICIA COMUNAL?.- II. LA INTERPRETACIÓN LITERAL Y AISLADA DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN.- III. CRÍTICAS A LA INTERPRETACIÓN LITERAL.- IV. LA APLICACIÓN INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE NORMATIVIDAD.- V. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL COMO SUSTENTO DE LA JUSTICIA COMUNAL.- VI. LA JUSTICIA COMUNAL PERMITE EJERCER EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA TUTELA JUDICIAL.-VII. LA ARMONIZACIÓN DE LAS DIFERENTES «NORMAS» INTERPRETADAS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOLO ES POSIBLE A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.- VIII. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN «DESDE LA CONSTITUCIÓN».- IX. OTROS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL A UTILIZARSE.- X. PALABRAS FINALES: LA JUSTICIA COMUNAL COMO HERRAMIENTA DE LA POBLACIÓN RURAL PARA EJERCER Y PROTEGER DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE EL ESTADO DEBERÍA TUTELAR.

La finalidad de este artículo es analizar el fundamento constitucional de la justicia comunal, el cual ciertamente va más allá de la exégesis que podamos hacer del artículo 149 de la Constitución. Se trata de examinar la justicia comunal no solo en el artículo 149¹ de la Carta Política, como usualmente se hace, sino en el conjunto de disposiciones constitucionales, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en normas internacionales de protección de los derechos humanos, todo ello con la finalidad de conocer los alcances y los límites constitucionales de la justicia comunal.

Estamos convencidos de que en la reflexión y en el debate interdisciplinario en torno a la justicia comunal no pude faltar una adecuada y correcta comprensión del encuadramiento constitucional de ella, pues bien sabemos que la Constitución no solo es una norma jurídica de aplicación obligatoria, sino que es la norma jurídica de mayor jerarquía, lo que la convierte en fuente de validez sustancial del resto de normas del ordenamiento jurídico. Por ello su análisis debe estar presente —si es que no presidir— cualquier aproximación a este tema. Ciertamente, esto no busca reemplazar otros acercamientos interdisciplinarios a la

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Instituto de Defensa Legal. Este artículo recoge y replantea algunas ideas desarrolladas en su artículo «Bases para el desarrollo legislativo del artículo 149º de la Constitución Política: una mirada constitucional». En <<http://www.redajus.org/biblioteca/predi.doc>>.

1 «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 [sic], 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».

justicia comunal, fundamentalmente desde la antropología y desde la sociología jurídica y, en otros casos, desde fuera del Derecho, sino llamar la atención en el sentido de no excluir un análisis constitucional de la justicia comunal.

Decimos esto pues un lugar común en muchos artículos sobre el tema es centrarse exclusivamente en una hermenéutica del artículo 149, de espaldas a las diferentes disposiciones constitucionales, ya que se alega que solo ella se pronuncia expresa y literalmente sobre la justicia comunal, y se olvida que otras disposiciones la vinculan y la informan de manera material. Nos proponemos, por ello, analizar y delimitar el ámbito normativo de rango constitucional que regula la justicia comunal, una suerte de bloque de constitucionalidad de ella.

Nuestro objetivo es contribuir con la comprensión de esta institución desde adentro del Derecho, contribuir con la incorporación de la justicia comunal en la cultura jurídica de nuestros operadores del sistema de justicia. Para ello, es necesario cuestionar cierta actitud, incluso del legislador, de «exotizar» y «folklorizar» la justicia comunal, con lo que se olvida e ignora su aporte fundamental —a pesar de sus límites— en la lucha contra la falta de acceso a la justicia de la población rural. Indudablemente, para ello, urge construir una argumentación jurídica constitucional sobre la base del análisis de las disposiciones que la desarrollan, que legitime el ejercicio de la justicia comunal desde el Derecho constitucional, incluso más allá del artículo 149 de la Constitución; pero, al mismo tiempo, que permita identificar con claridad cuáles son los límites de esta, fundamentalmente en el campo de los derechos fundamentales.

Efectivamente, no se trata de un tema exótico o de un tema estrictamente teórico; somos unos convencidos de que, a pesar de los excesos en que a veces incurre la justicia comunal, y que deben ser investigados y sancionados de acuerdo a ley, ella constituye una respuesta creativa de la población rural a una realidad caracterizada por la falta de acceso a la justicia, por la falta de respeto a la pluralidad cultural del Perú y, en general, por la violación de los derechos fundamentales de la población rural. Esta alternativa, por cierto, nada tiene que ver con los linchamientos, ajusticiamientos y demás crímenes. A diferencia de estos últimos, que son salidas desesperadas, impacientes y autoritarias, la justicia comunal busca ser una salida más democrática, más organizada y más respetuosa de los derechos fundamentales ante el urgente problema de la falta de acceso a la justicia ya mencionado.

Nuestra tesis central es que antes que una práctica violatoria de los derechos humanos, de la Constitución Política y del marco legal vigente, la justicia comunal constituye un instrumento no solo de acceso a la justicia de la población rural, sino sobre todo una efectiva herramienta para ejercer y defender derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución Política de la población indígena, campesina y

nativa; en ese sentido, constituye un instrumento de ejercicio y de construcción de ciudadanía, entendida esta como ejercicio de derechos.

EL FUNDAMENTO
CONSTITUCIONAL
DE LA JUSTICIA
COMUNAL

I. CUESTIÓN PREVIA: ¿QUÉ ES LA JUSTICIA COMUNAL?

Llamaremos «justicia comunal» a la facultad de administrar justicia que la Constitución Política de 1993 les reconoce a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas. Esto significa que se les reconoce la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales. Como señalan diversos autores,² entre ellos Esther Sánchez, la jurisdicción supone tres atributos o potestades: *notio*, *iudicium*, e *imperium* o *coercio*. La primera (*notio*) implica conocer los asuntos que le corresponden, incluidas funciones operativas para citar a las partes, y recaudar pruebas; la segunda (*iudicium*) es la potestad para resolver los asuntos que conoce, al seguir su propio derecho; finalmente, la tercera (*imperium* o *coercio*) supone la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos como ejecutar detenciones, obligar a pagos, realizar trabajos, etcétera.

Obviamente, la justicia comunal no es un capricho del constituyente de 1993. Ella es respuesta a la naturaleza pluricultural y étnica de nuestro país. Existen en el Perú 72 etnias —7 ubicadas en el área andina y 65 en la amazónica—, las cuales se agrupan en 14 familias lingüísticas indígenas.³ No hablamos de un sector minoritario de la república: los grupos étnicos caracterizan a la población indígena o a los pueblos indígenas de nuestro país que, en 1993,⁴ ascendían aproximadamente a 7.805.193 pobladores —lo cual representaba aproximadamente el 35% de la población nacional total—, distribuidos de la siguiente manera: 7.505.975 campesinos (96,2%) y 299,218 nativos (3,8%).

También es necesario señalar que no se trata de crear un sistema de justicia paralelo y, menos aún, de asumir una actitud confrontacional ante el sistema de justicia estatal u ordinario. De acuerdo con la doctrina contemporánea, la jurisdicción es una sola;⁵ lo que hay son juzgados especializados o especiales,⁶ como el militar, el electoral, el arbitral, el constitucional y el comunal, en consonancia con el principio de unidad

2 SÁNCHEZ BOTERO, Esther e Isabel Cristina JARAMILLO SIERRA. *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000, p. 131. Estas ideas también han sido desarrolladas por Raquel Irigoyen Fajardo en *Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal* (véase su artículo en <<http://www.alertanet.org/ryf-alpachis.htm>>). También se puede consultar, de la misma autora, *Hacia una ley de rondas campesinas*, publicado por la Defensoría del Pueblo del Perú en 2002; y «Retos para construir una jurisdicción pluralista (balance de los proyectos de ley sobre el art. 149 - Derecho Consuetudinario - Legislaturas 1995-2000 y 2000 - Junio 2001)». Este último puede encontrarse en <<http://geocities.com/alertanet2/ryf-proyectos.htm>>.

3 Mapa etnolingüístico oficial del Perú. Ministerio de Agricultura. Instituto Indigenista Peruano, 1994. Citado por BAZÁN CÉRDAN, Fernando. «El estado de la cuestión del Derecho consuetudinario: el caso del Perú». En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 41, enero – junio de 2005, p. 53.

4 IX Censo Nacional de la Población de 1993. INEI. Léase en <<http://www.inei.gob.pe/sic/index.asp>>. Citado por Fernando Bázán Cérdan. *Op. cit.*, p. 53.

5 MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional. Tomo I. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 80.

6 *Ibid.*, p. 47 y ss.

y exclusividad del principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional —recogido en el artículo 139.1 de nuestra Carta Política—, y de conformidad con el principio de interpretación constitucional de corrección funcional, que propugna el respeto al reparto de competencias realizado por el constituyente. En coherencia con ello, la relación de la justicia comunal con la justicia ordinaria debe ser en primer lugar de «coordinación», tal como lo ha señalado el artículo 149 de la Constitución y en consonancia con criterios de compatibilidad,⁷ de complementariedad,⁸ de convergencia⁹ y de adecuación.¹⁰

De otro lado, existen algunas propuestas de reforma del capítulo de justicia del Poder Judicial, que apuntan a eliminar las frases «facultades jurisdiccionales», «impartición de justicia» y, en general, cualquier referencia a la palabra «justicia». Según estas, solo el Estado puede impartir justicia.¹¹ Esta tesis olvida que, tal como lo ha señalado Montero Aroca, organizaciones de la sociedad civil pueden ejercer funciones jurisdiccionales, como en el caso del Tribunal de Aguas de España.¹²

Incorporar en la Constitución un precepto referido a la jurisdicción comunal significa dotar a esta última de una importancia fundamental, pues pasa a ser considerada una forma de organización básica, parte constitutiva del pacto político fundante del Estado, el que a su vez ha sido aprobado en un referéndum por todos los peruanos. Así, la Constitución Política de nuestro país reconoce que una de las normas básicas del sistema de justicia es la jurisdicción comunal. Esto significa que la atribución jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas solo puede ser derogada por otra norma constitucional, pero en circunstancia alguna por una norma de menor jerarquía.

⁷ Confróntese el artículo 9 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional de Trabajo.

⁸ Confróntese 28 Política de Estado del Documento Final, aprobado en el marco del Acuerdo Nacional.

⁹ Véase el Informe Final de la Propuesta del Acuerdo Nacional por la Justicia. Constituyó un esfuerzo complementario a la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) y, conjuntamente con ella, representan pilares fundamentales para el cambio de la justicia. Véase en <<http://www.justiciaviva.org.pe/otros/2004/informefinal.doc>>.

¹⁰ Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010, elaborado por el Ministerio de Justicia, fue publicado el día 11 de diciembre de 2005, mediante Decreto Supremo 017-2005-JUS.

¹¹ Tenemos también, por ejemplo, el proyecto elaborado por el Grupo de Expertos convocados por el Consorcio Justicia Viva. Dicho grupo redactó un documento de propuesta para la reforma constitucional peruana en el tema de impartición de justicia, en el que no reconocen jurisdicción a las autoridades comunales. Es interesante apreciar cómo los autores sustentan su propuesta. Primero, la denominan justicia comunal; luego dicen que no se ajusta al concepto de jurisdicción. Ellos señalan: «[...] nuestra propuesta parte por reconocer la relevancia social que tienen y han tenido los mecanismos de composición de conflictos propios de diversos sectores de nuestra población. La denominada justicia comunal o tradicional debe contar con un reconocimiento constitucional, aun cuando en rigor no se ajuste al concepto de jurisdicción que venimos manejando». Véase GRUPOS DE EXPERTOS CONVOCADOS POR EL CONSORCIO JUSTICIA VIVA. *Propuesta para la reforma constitucional peruana en el tema de impartición de justicia*. Lima: Justicia Viva, 2003, pp. 9 y ss. Para mayor información, consultese la página web del Consorcio Justicia Viva: <<http://www.justiciaviva.org.pe/publica.htm>>.

¹² Sobre el reconocimiento de los tribunales consuetudinarios, se puede consultar MONTERO AROCA, Juan. *Op. cit.*, p. 47.

II. LA INTERPRETACIÓN LITERAL Y AISLADA DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN

Un primer obstáculo en el análisis de la justicia comunal en la Constitución es la interpretación literal de esta última, lo cual solo conduce a disposiciones y normas contradictorias o incompatibles. Por ello, un primer punto a revisar tiene que ver con la interpretación de las normas constitucionales.

El artículo 149 de la Constitución puede ser interpretado de varias formas, y no todas ellas conducen al mismo significado. Algunas se realizan sin respetar ni observar la especial naturaleza que tienen las normas constitucionales y sin utilizar los métodos, las técnicas y los principios que hoy la doctrina y la legislación nacional y comparada reconocen de manera pacífica. Todo ello, por cierto, nos conduce a una interpretación inconstitucional.

Efectivamente, uno de los principales cuestionamientos que se formula contra el artículo 149 de la Constitución es que se trata de una disposición que está «incrustada» en la norma fundamental; es decir, se trata de una norma que no guarda relación ni coherencia con el conjunto de disposiciones constitucionales, por encontrarse en contradicción con estas. Se sostiene así, por ejemplo, que el artículo 149 está en contradicción con el artículo 139, inciso 1,¹³ pues en ella el constituyente no reconoce a la justicia comunal como excepción del principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Según esta norma, solo la jurisdicción militar y arbitral son excepciones a la jurisdicción militar.

Otra norma que se invoca es el artículo 138, en que se reconoce expresamente que: «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes». Al no ser la justicia comunal parte del Poder Judicial, el artículo 149 sería una norma contradictoria e incompatible con la Constitución. También entraría en contradicción con el artículo 2, inciso 24, literal f), el cual reconoce que solo el juez puede ordenar la detención de una persona y solo la policía puede ejecutar dicho mandato, siempre que exista una situación de flagrancia. En extremo alguno de dicha norma se establece que las autoridades de las comunidades campesinas pueden detener a una persona, con lo cual las autoridades de la justicia comunal no podrían detener a un abigeo bajo circunstancia alguna, por ejemplo.

También una lectura «literalista» del artículo 149 impediría que las rondas campesinas autónomas pudieran administrar justicia. Nos referimos a aquellas organizaciones que surgen en muchas localidades donde no existen comunidades campesinas y nativas, y que en términos generales

¹³ «Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación».

cumplen las mismas funciones que aquellas. Una lectura literal diría que, como el constituyente solo se refirió a las rondas campesinas subordinadas que son parte de las comunidades campesinas y nativas, las rondas campesinas autónomas no tendrían funciones jurisdiccionales.

Por último, un argumento que se suele invocar a menudo es que el artículo 149 no puede ser aplicado inmediatamente, pues para ello es necesario una ley previa de desarrollo legislativo, de conformidad con la parte final del propio artículo 149 de la Constitución, cuando precisa que: «La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial». Sin ley, la Constitución no tendría fuera normativa.

Como podemos ver, el artículo 149 de la Constitución no se incorporó de manera técnica, pues su contenido no fue adecuadamente compatibilizado y armonizado con las demás normas constitucionales. La técnica legislativa fue mala o quizás se trate de una norma incorporada tardíamente. Ante esta situación, una interpretación literal no ayuda mucho: tiene muchos límites, pues la interpretación que ella hace del artículo 149 de la Constitución entra en colisión con otras disposiciones constitucionales, lo cual no parece correcto ni racional. Ciertamente, nadie niega la importancia del método literal de interpretación; el problema se origina cuando solo se recurre a este. El problema con la interpretación literal y aislada del artículo 149 es que se realiza «por fuera» de la Constitución, es decir, fuera del contexto normativo de las demás disposiciones constitucionales.

III. CRÍTICAS A LA INTERPRETACIÓN LITERAL

El gran cuestionamiento a esta interpretación literal, legalista y totalmente descontextualizada del artículo 149 de la Constitución es que, lejos de optimizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, desconoce que el Tribunal Constitucional ha señalado hace algún tiempo que:

[...] la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subjuntiva (supuesto normativo-subsunción del hecho consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.¹⁴

Y es que «de la lectura aislada de alguna de estas disposiciones, se llegará a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca será válido interpretar las disposiciones

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente número 5854-2005-PA/TC.

constitucionales de manera aislada».¹⁵ A lo que agrega: «es indiscutible que esta es una lectura más sencilla; sí, tan sencilla como ilegítima».¹⁶

La interpretación literal desconoce los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, pues en su pretensión de defender la literalidad del artículo 149, «sacrifica» la eficacia de los derechos de la población rural. Además, lejos de optimizar el modelo de Estado Constitucional de Derecho, la interpretación literal lo recorta y disminuye. Según el primero, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un «todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto».¹⁷ Por su parte, el segundo principio exige que toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales deba ser resuelta «optimizando su interpretación».¹⁸

De la misma manera, la interpretación literal del artículo 149 de la Constitución es incompatible con el «criterio apagógico»,¹⁹ que exige atender las consecuencias de la interpretación. Ello supone que «no puede darse un significado a una norma que provoque consecuencias absurdas».²⁰ Esto exige, en términos concretos, que «debe seleccionarse siempre aquella norma o grupo de normas que hagan eficaz la finalidad que la norma persigue y desecharse aquella que conduzca a un resultado absurdo».²¹ Se trata, en definitiva, de dotarla de un significado que no sea absurdo en relación con el mismo ordenamiento. Este principio se deja de lado cuando, por una parte, la Constitución reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial (artículo 139, inciso 3) y que su deber primordial es la protección de los derechos (artículo 44); y, por otro lado, se procesa por la presunta comisión del delito de usurpación de funciones a líderes comunales cuando ejercen la justicia comunal en aplicación del artículo 149, con lo que se niega, en los hechos, la fuerza vinculante de esta.

La consecuencia práctica de una interpretación literal sería la derogación de los derechos fundamentales para la población rural que recurre a la justicia comunal. Implicaría el reconocimiento de ámbitos ajenos a la fuerza normativa de la Constitución Política. Esta interpretación es incompatible con el principio de fuerza normativa de la Constitución. Según él, dado que la Constitución pretende verse actualizada, y en virtud de que las posibilidades y condicionamientos históricos de tal actualización van cambiando, en la solución de los problemas jurídicos constitucionales será preciso dar preferencia a aquellos puntos de vista

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ De Asís Roig, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 192.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Villar Palasí, citado por De Asís Roig. *Op. cit.*, 1995, p. 192.

que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso.²²

Finalmente, al interpretar el artículo 149 de manera aislada, como si fuera la única norma constitucional, se viola el criterio de la interpretación sistemática. Ello ocurre cuando no se entiende que los enunciados normativos «deben ser interpretados de forma coherente con el ordenamiento. Éste es precisamente el significado general del criterio sistemático».²³

IV. LA APLICACIÓN INMEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE NORMATIVIDAD

A menudo algunos operadores del Derecho a nivel regional y local le asignan a la Constitución una naturaleza programática y política, en detrimento de su fuerza normativa, cuestión que ha quedado por demás descartada, pues la Carta Política tiene fuerza vinculante. Sin embargo, se puede objetar que no todas las disposiciones de la Constitución tienen vigencia inmediata, al señalarse que muchas normas requieren una norma de desarrollo legislativo para entrar en vigencia. Es el caso de aquellos órganos que requieren una ley orgánica para concretar su funcionamiento, pues en ella se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares.

Una de las principales objeciones que se hace a la justicia comunal es que no es una norma de aplicación inmediata, pues no existe una norma de desarrollo legislativo que desarrolle la coordinación y, en general, que no desarrolle el contenido de la justicia comunal. Sustentan esta posición en la reserva de ley establecida en el segundo párrafo del artículo 149, cuando se señala literalmente que: «La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial». Importa, pues, analizar qué parte del contenido del artículo 149 necesita una ley de desarrollo para ser aplicable y cuál otro contenido es de aplicación inmediata.

Si la Constitución es una verdadera norma jurídica, y además no cualquiera sino una de carácter fundamental, es necesario atribuirle un carácter adicional a efectos de que su finalidad de limitación al poder político no se vea desacreditada. Como señala Castillo C órdova, tal carácter, como regla general, es el de «aplicabilidad inmediata», particularmente de las normas referidas a derechos constitucionales.²⁴ Agrega Castillo: «lo contrario, supondría dejar su efectividad en manos (y al arbitrio) de aquel a cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría supeditando el cumplimiento

²² Hesse, Konrad. «La interpretación de la Constitución». En *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1992, p. 48.

²³ De Asís Roig. *Op. cit.*, 1995, p. 206.

²⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra, 2007, p. 200.

de las normas constitucionales en general, y las referidas a los derechos en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya del órgano Legislativo, ya de la Administración pública».²⁵

Y es que «una norma de tales caracteres (norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico) no puede depender en su eficacia de ninguna otra. Es por eso que es de aplicación inmediata».²⁶ Si esto es así en relación con las normas constitucionales en general, con mucha más razón las normas que reconocen derechos son de aplicación inmediata. Como señala Castillo C órdova, debido al importante papel que juegan como l ímites al poder y, por tanto, como obligaciones estatales, se «exige adem ás que los derechos humanos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado [...] que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia».²⁷

Aggrega este autor que «la regla general de directa aplicabilidad de los derechos constitucionales no tiene problema alguno de verificarse para cuando se trata de normas sobre derechos que por su propia naturaleza o contenido, basta sean recogidos en el texto constitucional para que, a partir de ah í y sin ninguna dificultad puedan desplegar y toda su virtuallidad normativa».²⁸

En nuestro caso, el art ículo 149 tiene claramente dos partes que desarrollan temas distintos entre s í y que son distinguibles a nivel conceptual: la primera dise ña el estatuto y los elementos constitutivos de la justicia comunal; en la segunda, se establecen los criterios de conexi ón con la jurisdicci ón ordinaria. El propio texto de dicha disposici ón señala que la ley no desarrollar l a conjunto de elementos que componen la justicia comunal, sino un l ábito m ás reducido y preciso, aquel relacionado con la coordinaci ón entre la justicia comunal y la justicia ordinaria.

Esto significa que, en la medida en que no haya nada que coordinar entre las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y el Poder Judicial, no se necesitar l a ley de desarrollo legislativo: bastar l el contenido del art ículo 149, que se interpretar l de manera arm ónica con el conjunto de disposiciones constitucionales. Sin embargo, se debe preguntar qu e ha de pasar en aquellos casos en los que es necesario realizar coordinaciones entre las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y el Poder Judicial. ¿La justicia comunal no podr l impartirse? Esta interpretaci ón del art ículo 149 es inválida, pues desnaturaliza la justicia comunal, reconocida por el constituyente. No es necesario esperar la ley de coordinaci ón para empezar a coordinar. En efecto, no tiene sentido esperar una ley de coordinaci ón cuando esta pueda y deba

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, p. 201.

²⁷ PRIETO SANCHIS, Luis. *El sistema de protecci ón de los derechos fundamentales: el art ículo 53 de la Constituci ón Espa ñola*. Madrid: ADH 2, Universidad Complutense, Instituto de Derechos Humanos, 1983, p. 382. Citado por CASTILLO C órdova, Luis. *Op. cit.*, p. 201.

²⁸ Citado por CASTILLO C órdova, Luis. *Op. cit.*, p. 201.

realizarse. Las coordinaciones entre ambas para que la comunidad campesina entregue a la policía a un asesino y este sea juzgado por la justicia ordinaria no están supeditadas a la existencia de esta ley. De igual manera, las coordinaciones entre el juez de paz y las autoridades comunales para enfrentar la violencia familiar en el campo deben presentarse por impulso e iniciativa de las propias autoridades.

Ligado a este tema se encuentra un segundo argumento que refuerza las razones antes explicitadas: el artículo 149 no está referido a normas orgánicas que deban ser interpretadas constitucionalmente, sino a normas que concretan derechos constitucionales aun cuando formalmente no están en la parte orgánica sino en la parte dogmática, donde se desarrollan derechos. Como se puede advertir, la falta de una ley de coordinación no impide la vigencia de la justicia comunal; esta última está supeditada al ámbito de la coordinación y no al ejercicio de facultades jurisdiccionales. La fuerza vinculante de la primera parte del artículo 149 se hace más evidente si se tiene en cuenta que la justicia comunal es una herramienta para el ejercicio y la concreción de derechos constitucionales, tal como ya se ha visto antes en extenso.

Sobre el particular, debe comenzarse por hacer una distinción entre disposiciones de la parte dogmática —que recoge los derechos fundamentales— y disposiciones de la parte orgánica —que establecen funciones y competencias de los diferentes órganos del Estado—. No le falta razón a quienes señalan que hay normas cuya vigencia está supeditada a su desarrollo legislativo, con lo que se establece una obligación positiva sobre el legislador para que desarrolle determinadas disposiciones constitucionales y se admite la posibilidad de conminarse al legislador a hacerlo a través del proceso de violación de la Constitución por omisión legislativa.

Sin embargo, los derechos fundamentales son de aplicación inmediata, sin necesidad de intermediación legislativa. Basta revisar los diferentes incisos del artículo 2 de la Constitución para darse cuenta de que estas normas no necesitan intermediación legislativa. Podrá discutirse si algunas normas de la parte orgánica necesitan ley de desarrollo legislativo para tener aplicación inmediata; sin embargo, sí es claro que los derechos fundamentales son de aplicación inmediata.

Sobre este punto, es preciso agregar que los derechos fundamentales no solo se encuentran en el Título Primero de la Constitución Política: pueden ser encontrados también en la parte orgánica. Es el caso, por ejemplo, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuya cobertura constitucional se encuentra en el artículo 139, inciso 3, de nuestra Carta Política. Todo esto es coherente con las anteriores características. Lo contrario significaría que la vigencia de la Constitución estaría supeditada a la voluntad —si es que no a la paciencia y al temperamento— del legislador, lo cual es un absurdo, pues el poder constituido —el Congreso— estaría por encima del poder constituyente —la Constitución Política—, lo cual no es posible en el Estado Constitucional de Derecho.

En definitiva, al interpretarse el artículo 149 de la Constitución, no puede soslayarse su principio de fuerza normativa, según el cual, dado que esta pretende verse actualizada, y en virtud de que las posibilidades y condicionamientos históricos de tal actualización van cambiando, en la solución de los problemas jurídico-constitucionales será preciso dar preferencia a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso.²⁹

V. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL COMO SUSTENTO DE LA JUSTICIA COMUNAL

Si bien el artículo 149 de la Constitución adolece de una buena técnica legislativa, pues ha sido introducido sin antes haber sido adecuadamente armonizado y compatibilizado con el resto de las disposiciones, él está conectado con el corazón de la Constitución, pues no solo está relacionado con los valores, principios y derechos que sustentan la Constitución, sino que a través de ella la población de las comunidades campesinas y nativas pueden concretar y poner en práctica derechos fundamentales de primera importancia.

La justicia comunal concreta y tiene como fundamento el derecho a la identidad cultural. Según el artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política, toda persona tiene derecho: «A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación». Como veremos a continuación, no se trata de una norma aislada y solitaria, sino de un derecho sustancial que sustenta, a su vez, otros derechos.

Debemos comenzar señalando que el derecho a la identidad cultural como todo derecho tiene su fundamento en el principio y derecho de dignidad humana, contenido en el artículo primero de nuestra Constitución. En segundo lugar, este artículo es una proyección normativa del artículo 2, inciso 1, de la Carta Política, pues reconoce el derecho a la identidad en general. En tal sentido, la identidad cultural es una concreción específica del derecho a la identidad en general, es decir, una manifestación.

El derecho a la identidad cultural contenido en el artículo 2, inciso 19, alcanza concreción y materialidad en el artículo 89 de la misma Constitución, cuando en la parte final refiere que «El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas [sic]». Ya no es el derecho a la identidad en general, tampoco el derecho a la identidad cultural, sino el derecho a la identidad cultural de un sujeto colectivo concreto: las comunidades campesinas y nativas.

²⁹ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, 1992, p. 48.

Otra proyección del derecho a la identidad cultural lo constituyen las costumbres. En efecto, la identidad cultural se materializa y se manifiesta, entre otros factores, a través de un conjunto de costumbres, las cuales también han alcanzado reconocimiento constitucional en los artículos 149 y 139, inciso 8, de la propia Constitución. El primero señala que la justicia comunal aplicará el Derecho consuetudinario; el segundo reconoce, como una garantía de la función jurisdiccional, «el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley», y se agrega que en tales casos «deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario [sic]». Habrá que agregar que una costumbre gozará de cobertura constitucional siempre que respete los derechos fundamentales.

Otra manifestación del derecho a la identidad cultural lo constituye el pluralismo lingüístico, el cual alcanza reconocimiento en el propio artículo 2, inciso 19, y en los artículos 17 y 48 de la Constitución. El primero señala que: «Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete». El segundo precisa que, en el marco de la política educativa, es obligación del Estado: «fomenta[r] la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preservar las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país». Finalmente, el artículo 2, inciso 19, sustenta y se proyecta en el artículo 48 de la Constitución, que reconoce que: «Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara [sic] y las demás lenguas aborígenes, según la ley».

No son las únicas manifestaciones. Existe otro conjunto de normas que protegen el patrimonio cultural (artículo 21): el artículo 2, inciso 8, de la Constitución, que reconoce la obligación del Estado de asegurar el acceso de todos a la cultura; el artículo 2, inciso 17, que reconoce el derecho de toda persona de «participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación». Finalmente, los artículos 14 y 18 de la Constitución también se encuentran en esa misma línea. El primero reconoce que: «Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural», y el segundo establece que: «La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica».

Asimismo, analizando ahora en conjunto todas estas disposiciones constitucionales, podemos concluir que estas son formas a través de las cuales el Estado cumple con el mandato contenido en el artículo 2, inciso 19, cuando el constituyente señala que: «El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación». En ese marco, el artículo 149, que reconoce la justicia comunal, es una forma que tiene el Estado de atender y cumplir con su obligación de proteger la

pluralidad cultural, que no es otra cosa que el respeto a las diferentes identidades culturales.

A nivel internacional, cuatro son fundamentalmente los instrumentos normativos vinculantes referidos a los derechos culturales que debemos revisar, pues permiten precisar el contenido del derecho a la identidad cultural. Tenemos, en primer lugar, el artículo 2, inciso 2, letra b, del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales,³⁰ de 1989.³¹ También tenemos la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial³² y la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural,³³ que, si bien regulan temas específicos, desarrollan un conjunto de derechos y principios que iluminan la interpretación de las normas constitucionales en materia del derecho a la identidad cultural. De igual manera, tenemos el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesor y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

Finalmente, el derecho a la identidad cultural debe ser leído, en consonancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada mediante resolución por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. Si bien se trata de una declaración que no es vinculante en sentido estricto, es un texto que ayuda a precisar el contenido constitucional del derecho a la identidad cultural —en los artículos 5, 9, 11, 12, 13, 27, 31, 33 y 34—.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁴ no ha sido ajena al tema de los derechos culturales. Este ha realizado un desarrollo constitucional interesante de las normas constitucionales referidas a los derechos culturales. No se trata de una interpretación más, sino de la interpretación de la Constitución realizada por el supremo y definitivo

³⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Costa Rica, 1989. Fue aprobado e incorporado a la legislación nacional mediante resolución legislativa 26253, publicada el 2 de diciembre de 1993.

³¹ «Artículo 2:

[...] 2. Esta acción deberá incluir medidas:

[...] b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones».

³² La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial se aprobó en la 32^a Conferencia General de la UNESCO de octubre de 2003 y entró en vigencia el 20 de abril de 2006. Es un instrumento a través del cual los Estados miembros se comprometen a sostener medidas para garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial.

³³ Aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1972 y suscrita por el Perú el 24 de febrero de 1982.

³⁴ De conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, «los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional». Urge, entonces, revisar las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional sobre los derechos culturales. No se trata de una interpretación más, sino de la interpretación de la Constitución realizada por el supremo y definitivo intérprete de ella. Varias son las sentencias que abordan el derecho a la identidad cultural; sin embargo, en esta oportunidad nos referiremos a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0042-2004-AL.

intérprete de ella. Varias son las sentencias que abordan el derecho a la identidad cultural,³⁵ sin embargo, destaca la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0042-2004-AI, cuya lectura sugerimos.

VI. LA JUSTICIA COMUNAL PERMITE EJERCER EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA TUTELA JUDICIAL

Según un informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 2003,³⁶ aproximadamente un tercio de la población peruana no puede acceder a la justicia. Ante esta situación, el artículo 149 de la Constitución no solo busca concretar y proteger el derecho a la identidad cultural, sino el derecho de toda persona de recurrir ante los órganos jurisdiccionales previstos en la ley para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier otra pretensión.

La justicia comunal, en aquellas zonas donde se aplica, concreta el derecho a la protección judicial por parte del Estado y al acceso a la justicia en general. El desconocimiento de la justicia comunal por parte de algunas malas autoridades, en el caso de poblaciones nativas o campesinas con patrones y códigos culturales distintos, conlleva que no se sepa que todas las personas tienen el derecho de acceder al sistema de justicia, para que los órganos llamados a resolver su pretensión la estudien y emitan una resolución motivada conforme con el Derecho.³⁷ Se olvida que el acceso a la justicia tiene como objetivo asegurar la tranquilidad social, en tanto las personas no realizan justicia por sus propias manos, ya que cuentan con una instancia y un proceso, previamente determinados por la ley, por medio de los cuales pueden resolver sus controversias.³⁸

En tal sentido, podemos afirmar que el desconocimiento de la justicia comunal implica una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional, contenido en el 139, inciso 3, de la Constitución, así como lo señalado en el artículo 44 de la carta política, cuando expresamente señala que es deber del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos:³⁹

³⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 00006-2008-AI/Tribunal Constitucional y 0020-2005-AI.

³⁶ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *De la exclusión a la confianza, mediante el acceso a la justicia*. Informe revisado de la Misión Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú. PNUD y Ministerio de Justicia, 2001, p. 8. Véase en <www.justiciaviva.org.pe>.

³⁷ HUERTA GUERRERO, Luis. «El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», p. 3. (Se trata de un análisis del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disponible en Internet en <<http://www.cajpe.org.pe/guia/debi.htm>>.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Tampoco podemos dejar de mencionar los artículos 1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
[...]

Artículo 44. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

En relación con el acceso a la justicia, se trata de un concepto mucho más amplio y engloba cualquier mecanismo que coadyuve y contribuya a la resolución de conflictos. Aquí puede ubicarse, por ejemplo, a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la justicia comunal, el trabajo de las defensorías municipales del niño y del adolescente, el trabajo de las defensorías comunitarias, etcétera. La cobertura legal explícita del derecho de acceso a la justicia se encuentra en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, cuando precisa: «El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso».

Como podemos apreciar, existe la obligación material por parte del Estado de proveer la prestación de un servicio de justicia a la población en general, obligación que no se agota en la regulación normativa pertinente, sino que va más allá, que se materializa en la exigencia de respetar los canales que la población campesina y nativa utiliza para resolver sus conflictos.

En relación con la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, para la doctrina la tutela judicial efectiva es uno de los derechos fundamentales de las personas que se encuentra íntimamente vinculado con su posibilidad de acceder a la justicia y preservar su libertad.⁴⁰ Para César Landa, el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental que, junto con el debido proceso, se incorpora al contenido esencial de los derechos fundamentales como elemento del núcleo duro de ellos. De esta manera, se permite que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho, aunque, en cualquiera de ambos supuestos, su validez y eficacia la defina su respeto de los derechos fundamentales.⁴¹

Para Juan Monroy, la jurisdicción es un poder pero también un deber. Esto último es así porque el Estado no puede sustraerse de su cumplimiento. Basta que un sujeto de derechos lo solicite o exija para que

⁴⁰ BERNARDIS, Luis Marcelo de. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Cultural Editores S.A., 1995, p. 412.

⁴¹ LANDA, César. «Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional». *Pensamiento Constitucional*, n° 8, año VIII, Lima, PUCP-MDC, 2001, p. 446.

el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica.⁴² Para este autor, la jurisdicción tiene como contrapartida el derecho a la tutela jurisdiccional. Y según este razonamiento, este consistirá en el derecho a exigir que el Estado haga efectiva su función jurisdiccional.⁴³ Precisa Monroy que el derecho a la tutela jurisdiccional, en tanto derecho público y subjetivo, tiene dos planos de existencia: el derecho a la tutela jurisdiccional «antes» y «durante» el proceso.⁴⁴

Según este autor, el derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso consiste en aquel derecho que tiene toda persona, en tanto es sujeto de derechos, de exigir que el Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias.⁴⁵ Resulta absolutamente irrelevante —señala Monroy— si esa estructura material y jurídica que debe sostener el Estado va a ser usada o no. Agrega que lo trascendente es, única y exclusivamente, que ese andamiaje destinado a solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponde al caso concreto esté siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad de un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a su exigencia de justicia.⁴⁶

Para el Tribunal Constitucional en pacífica jurisprudencia,⁴⁷ la tutela judicial efectiva es un «derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio».⁴⁸

Agrega este tribunal que:

[e]n un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se

⁴² MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Colombia: Editorial Temis-Estudio de Belaunde & Monroy Abogados, 1996, p. 245.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Véase la sentencia 08123-2005-HC/Tribunal Constitucional, fundamento 6: «Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento pre establecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer».

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 763-2005-PA/Tribunal Constitucional, fundamento 6.

busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.⁴⁹

En la estructura orgánica del Estado, la justicia comunal es la encargada de administrar justicia para la población nativa y campesina cuando esta así lo decida, potestad que es delegada por el pueblo y regulada por la constitución y demás leyes. Es decir, ante la presencia de un conflicto de intereses con relevancia jurídica, el ciudadano en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva recurre a la justicia comunal con el objetivo de que su conflicto sea resuelto eficientemente; hace, pues, efectivos sus derechos para lograr la paz social en justicia.

Por último, así como les asiste a los miembros de las comunidades campesinas y nativas su derecho al acceso a la justicia, el cual se concreta en la justicia comunal, también la justicia comunal está vinculada con el debido proceso. Ella es una garantía del justiciable para que el que administra justicia no abuse ni se extralímite, pues el poder, donde no encuentra límites, tiende a excederse. Ello ha sido reconocido por los propios órganos jurisdiccionales.

En efecto, la garantía de la tutela judicial efectiva o tutela procesal efectiva, en virtud de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional⁵⁰ y de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁵¹ va más allá del plano jurisdiccional y vincula a las autoridades administrativas y a los particulares cada vez que se resuelven conflictos. En el caso concreto de la justicia comunal, el Tribunal

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ El Tribunal Constitucional ha señalado en uniforme jurisprudencia que el debido proceso y la tutela judicial se aplican no solo al campo judicial sino cada vez que se ejerza un efectivo poder sancionador: «De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional» (expediente 2521-2005-PHC/Tribunal Constitucional, f.j. 5); «el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo —como en el caso de autos—, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal» (expediente 0090-2004-AA/Tribunal Constitucional, f.j. 24); «el inciso 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con lo establecido por en numeral 4) del artículo 3º de la citada ley» (expediente 0090-2004-AA/Tribunal Constitucional, f.j. 30).

⁵¹ En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú, de fecha 31 de enero de 2001, este órgano jurisdiccional, en una resolución vinculante para el Estado peruano y para todos los particulares, señaló que «cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención» (f.j. 68). Luego señala la corte que «De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana» (f.j. 71). La corte ha insistido en este criterio en los casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (párrafo 105).

Constitucional ha señalado que el debido proceso es aplicable a ella misma.⁵² Obviamente, no se trata de aplicar las más de treinta garantías del debido proceso, pues podríamos terminar desnaturalizando y vaciando de contenido el artículo 2, inciso 19, de la Constitución. Al igual como se hace en el procedimiento administrativo, por ejemplo, se trata, vía ponderación constitucional, de aplicar un contenido esencial del debido proceso sin anular el derecho a la identidad cultural —y viceversa: de aplicar el derecho a la identidad cultural sin vaciar de contenido el debido proceso—. Ambas normas deben delimitarse mutuamente.

En síntesis, es precisamente esta obligación del Estado la que no es cumplida cuando se desconoce la justicia comunal o cuando existe resistencia u oposición a coordinar entre ambas judicaturas. Esta situación es incompatible con el artículo primero de la Constitución Política, que señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como con lo establecido en el artículo 44 de la misma norma suprema, cuando señala que son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Vemos, entonces, que el artículo 149 es la cristalización de un conjunto de derechos y principios constitucionales que no podemos desconocer al interpretarlo. En otras palabras, este concreta, precisa y da cumplimiento a otras normas.

VII. LA ARMONIZACIÓN DE LAS DIFERENTES «NORMAS» INTERPRETADAS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOLO ES POSIBLE A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A diferencia de la integración jurídica, que ocurre cuando no hay norma aplicable al caso, se recurre a la interpretación jurídica cuando existe una norma cuyo sentido no es claro. El objetivo de ella es determinar el sentido de la norma constitucional para aplicarla. Se tiene una «disposición»,⁵³ como el artículo 149 de la Constitución, y de ella, vía

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 06167-2005-HC/Tribunal Constitucional: «Sin embargo, el artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada. 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» (fundamento jurídico 7).

⁵³ Para Díaz Revorio, puede entenderse por «disposición» cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier enunciado del discurso de las fuentes: «norma» sería cualquier enunciado que constituye el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. La disposición sería, por tanto, el texto, el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado, esto es, el resultado de su interpretación. Agrega Díaz que no puede haber norma sin previa actividad interpretativa, ni puede hablarse ya de disposiciones —sino de normas— para referirse al resultado de dicha actividad o proceso. (Véase Díaz Revorio, Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001, pp. 35 y 36). Para el Tribunal Constitucional [...] las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona, las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones, mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias

interpretación y en consonancia con las demás normas constitucionales, se deben extraer «normas»⁵⁴ que permitan el ejercicio y la aplicación de la justicia comunal.

Lo primero que debe hacerse es armonizar los sentidos interpretativos de diferentes disposiciones constitucionales relacionadas con el artículo 149 de la Constitución y ello solo será posible a través de la aplicación de los principios de interpretación constitucional. La función de los principios de interpretación constitucional es orientar y canalizar la labor del intérprete de la Constitución.⁵⁵

Siguiendo a Hesse,⁵⁶ puede hablarse, en primer lugar, del «principio de unidad de la Constitución». Este exige que, al encontrar diferentes disposiciones, y aun cuando estas se encuentren en diferentes partes —orgánica y dogmática—, se debe partir de la premisa de que la Constitución debe ser considerada como un «todo» armónico y sistemático desde el cual el ordenamiento jurídico se interpreta. Por ello, no es posible realizar una interpretación aislada⁵⁷ del artículo 149 de la Carta Política, pues no hay varias constituciones, sino una sola.

De igual modo, cuando, al encontrarse con normas cuyos sentidos literales resultan aparentemente contradictorios, se debe, en virtud del «principio de concordancia práctica», interpretar dichas disposiciones constitucionales de manera conjunta, sin sacrificar los valores constitucionales protegidos, y procurarse la protección de los derechos fundamentales.⁵⁸ Todas las disposiciones sobre el derecho fundamental a la

concretas al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, y que se busca hacer valer frente a una determinada persona o entidad. En tal sentido, se llama disposición al enunciado lingüístico de un documento que ocupa un lugar entre las fuentes jurídico formales del Derecho. Es decir, el texto normativo. De otro lado, se llamarán normas a los sentidos o significados que pueden ser atribuidos a una o varias disposiciones (sentidos interpretativos). Esto significa que en un artículo de una ley, denominado disposición, pueden existir varias normas. Es decir, se denomina «disposición» al texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal. Mientras que «norma» al conjunto de significados de las disposiciones de derecho fundamental. El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella». (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 01417-2005-AA/Tribunal Constitucional, fundamento jurídico 24).

54 *Ibid.*

55 LANDA, César. «Interpretación constitucional y Derecho penal». En *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho penal*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, p. 89.

56 HESSE, Konrad. «La interpretación de la Constitución». En *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1992, p. 41.

57 Para el Tribunal Constitucional, «[...] el principio de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución señala que los diferentes operadores del sistema de justicia, al interpretar cada una de las cláusulas de la Constitución, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes». Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0005-2003-AI/Tribunal Constitucional, fundamento jurídico 23.

58 Para el Tribunal Constitucional, el principio de coherencia normativa señala que «Dicha noción implica la existencia de la unidad sistemática del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman. Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico. Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo, es decir, la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible. Como puede colegirse de lo expuesto, la coherencia se ve afectada por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan ante la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí se cautela

tutela judicial deben ser interpretadas en forma concordante con las disposiciones referidas al Derecho consuetudinario y a la justicia comunal.

En esa misma línea, al estar frente a normas que asignen funciones aparentemente incompatibles —como, por ejemplo, cuando se asignan funciones jurisdiccionales a la justicia de paz y a la justicia comunal—, deben ser interpretadas de conformidad con el «principio de corrección funcional», según el cual se debe procurar no tergiversar las funciones y competencias encargadas por el constituyente. En el caso del artículo 149, debe entenderse que esta disposición expresa la voluntad del constituyente de que las comunidades campesinas y nativas resuelvan sus conflictos según el Derecho consuetudinario y que se coordine adecuadamente con la justicia de paz, tal como lo señala el propio artículo 149.

Esta interpretación de las distintas normas constitucionales relacionadas con la justicia comunal tampoco puede perder de vista el «principio de función integradora». Según este, la interpretación realizada debe tener como resultado la integración y pacificación de las relaciones entre los poderes del Estado y entre estos y los ciudadanos.⁵⁹

Finalmente, frente a quienes sostienen que el artículo 149 de la Constitución es una norma programática, o que solo tendrá vigencia cuando sea desarrollada legislativamente, debe interpretarse el artículo 149 de la Constitución siempre en consonancia con el «principio de fuerza normativa de la Constitución», conforme con el cual la interpretación realizada debe hacer respetar la naturaleza de norma jurídica de toda la Constitución, por la que es vinculante a los poderes del Estado y a los particulares.

VIII. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN «DESDE LA CONSTITUCIÓN»

Si bien el artículo 149 de la Constitución fue incorporado con una mala técnica legislativa,⁶⁰ por las contradicciones que guarda con otras disposiciones constitucionales, como ya se ha visto, este tiene relación con el corazón de la Constitución, pues permite ejercer y concretar derechos y

la existencia de dos o más normas afectadas “por el síndrome de incompatibilidad” entre sí». Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0005-2003-AL/Tribunal Constitucional, fundamento jurídico 4.

⁵⁹ Esto significa que no podemos entender a la justicia comunal como una justicia rival o confrontacional con la justicia ordinaria estatal, sino como un mecanismo llamado a complementarla en el marco de la Constitución, tal como ha sido reconocido por el Acuerdo Nacional, la CERIAJUS, el Acuerdo Nacional por la Justicia y por la propia Constitución, al exigir que ambas jurisdicciones coordinen.

⁶⁰ Un primer comentario que debemos hacer es un cuestionamiento ante la deficiente técnica constitucional de la regulación de la justicia comunal. Y es que, a diferencia del Perú, en Colombia la jurisdicción indígena ha sido reconocida por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia, lo que en el Perú equivaldría a la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el artículo 11 de dicha norma colombiana, se establece que la jurisdicción de las comunidades indígenas está dentro de la estructura general de la administración de justicia, como un órgano que integra la rama judicial del poder público. Esto refleja si estamos ante un reconocimiento orgánico o ante una incrustación artificial o forzada que no ha sido compatibilizada y armonizada con el resto de los preceptos constitucionales, tal como ocurre con la carta política nacional. Como ya vimos, la incorporación del artículo 149, por ejemplo, es incompatible a primera vista con el artículo 139, inciso 1, que señala: «La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede existir jurisdiccional alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral». Esta última debió también establecer como una excepción al mencionado principio la justicia comunal y no lo hizo. Felizmente, esta situación, en el caso del Perú, ha sido en parte atenuada con la expedición de la Ley 27908 y su reglamento.

principios constitucionales de primera importancia, que incluso pueden protegerse mediante procesos constitucionales.

El artículo 149 de la Constitución concreta el artículo 2, inciso, 19 de la misma Carta Política, cuando precisa que toda persona tiene derecho «A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación». Concreta el artículo 139, inciso 3, que señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional «La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional». Y, finalmente, el artículo 149 concreta el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 2.2).

El artículo 149 concreta también la directriz y el principio contenidos en el artículo 44 de la Constitución, que precisan que son deberes primordiales del Estado «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos» y el principio «justicia». Concreta, sin lugar a dudas, el principio dignidad humana, recogido en el artículo primero de la Constitución. Por último, concreta el principio constitucional consagrado en el artículo 59, según el cual «el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad».

Por último, el artículo 149 de la Constitución «concreta» el derecho a la participación. Este derecho tiene reconocimiento en las siguientes normas: el principio democrático o soberanía popular: «El poder del Estado emana del pueblo», plasmado en el artículo 45; «Toda persona tiene derecho: A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación», recogido en el artículo 2, inciso 17; y «Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos», reconocido en el artículo 31 de la Constitución.

IX. OTROS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL A UTILIZARSE

El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley exige una respuesta desde el Derecho

Como ya se ha explicado, uno de los fundamentos constitucionales de esta reinterpretación es el principio de la función jurisdiccional contenido en el artículo 139, inciso 8, según el cual no se debe dejar de «administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario». En aquellos casos en que no exista una regla desarrollada por el constituyente o por el legislador, deberán tener en cuenta el Derecho consuetudinario, es decir, las costumbres que ya vienen siendo aplicadas por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, siempre que respeten los derechos fundamentales.

Necesidad de optar por aquella interpretación que garantice la protección de los derechos y el acceso a la justicia de la población rural

El principio constitucional vinculante *pro homine* —o *pro libertatis*—, recogido por el Tribunal Constitucional⁶¹ y cuya cobertura constitucional se encuentra en el artículo primero de la Constitución, exige que ante diferentes interpretaciones de una disposición legal o constitucional se opte por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, con lo cual se descartan las que restrinjan o limiten su ejercicio. Según este, entonces, en el caso del artículo 149, se debe optar por aquella interpretación que posibilite a la población rural el mayor ejercicio de sus derechos y una protección más efectiva.

La interpretación del artículo 149 debe optimizar la protección de los derechos fundamentales. Esta disposición no puede ser interpretada de espaldas a varios artículos de la Constitución Política: el artículo 139, inciso 3, que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva; de espaldas al artículo 44, que recoge la obligación estatal de proteger derechos, al margen del principio de justicia recogido también en el artículo 44 de la Constitución, con lo que se desconocería el principio de protección de las minorías en situación de desventaja, plasmado en el artículo 59; ni, finalmente, de espaldas al principio *pro homine* recogido en el artículo primero.

La interpretación del artículo 149 no puede hacerse de espaldas a la realidad

Finalmente, una interpretación restrictiva y no inclusiva desconoce la «regla de adaptabilidad», mediante la cual «se establece la necesidad de variar el significado del contenido de las normas constitucionales, de conformidad con los cambios o mutaciones que sufre la vida nacional».⁶² Agrega que «ello permite que la Constitución puede ser actualizada al compás de la dinamicidad de los tiempos»,⁶³ todo ello con el objetivo de que «las normas constitucionales mantengan permanente eficacia en su aplicación».⁶⁴ No se puede petrificar el contenido del artículo 149 de la Constitución.

61 El principio *pro homine* y *pro libertatis* ha sido recogido por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, en la sentencia recaída en el expediente 0075-2004-AA/Tribunal Constitucional, f.j. 6, cuando precisa: «Asimismo, y por extensión, la interpretación de la recurrida no resulta acorde con los principios *pro homine* y *pro libertatis* [sic], según las cuales, ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva, e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho. La tesis interpretativa que posibilitaría este último supuesto es, justamente, la que proviene del propio tenor literal del mencionado artículo 80º del CPC».

62 GARCÍA TOMA, Víctor. «En torno a la interpretación constitucional». *Revista del Foro*, nº 2, año LXXXVI, Colegio de Abogados, p. 37.

63 *Ibid.*

64 *Ibid.*

La persona humana como fin del Estado constitucional de derecho debe presidir toda interpretación

La persona humana y su dignidad son el fundamento del Estado Constitucional y el fundamento de los derechos fundamentales. Su centralidad ha quedado manifiesta cuando el artículo primero de la Constitución señala que: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Por ello, toda violación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución implica una afectación y una violación del principio de la dignidad de la persona humana.

En otras palabras, vulnerar los derechos fundamentales implica sostener que la persona humana ha dejado de ser el centro y que ha sido desplazada de manera ilegítima e inconstitucional por otro bien jurídico o interés: «poner como fin a la persona humana significa poner como fin sus derechos fundamentales».⁶⁵ Y poner como fin los derechos fundamentales significa que el Estado y la sociedad deben procurar, con todos sus actos, su respeto y tutela. Todo esto es relevante al interpretar el artículo 149, pues implica entenderlo como un instrumento y una herramienta destinada, en primer lugar, a la protección de los derechos fundamentales de las personas y, en última instancia, como un mecanismo de protección de la dignidad humana de los miembros de las comunidades campesinas y nativas.

X. PALABRAS FINALES: LA JUSTICIA COMUNAL COMO HERRAMIENTA DE LA POBLACIÓN RURAL PARA EJERCER Y PROTEGER DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE EL ESTADO DEBERÍA TUTELAR

Un discurso muy repetido por algunos medios de comunicación y operadores del Derecho y en general por algunos sectores interesados es que la justicia comunal y las rondas campesinas son violadoras de derechos humanos. Ciertamente, como ya dijimos y repetimos, ha habido excesos —qué duda cabe—⁶⁶ y no solo basta con lamentarse. Resulta necesaria una labor pedagógica y de diálogo con los líderes de las comunidades campesinas y nativas, para que ajusten su práctica a la Constitución, pues nadie puede estar por encima de ella. Obviamente, los linchamientos y los ajusticiamientos nada tienen que ver con la justicia comunal y no tienen cobertura por el artículo 149 de la Constitución. Si estos excesos tuviesen lugar, se debe abrir la vía penal para frenar y sancionar a sus autores.

Sin embargo, independientemente de la necesidad de sancionar los excesos que pudieran cometerse de acuerdo a ley, si se analiza bien el tema se podrá advertir que la población rural que no tiene acceso a la justicia es sistemáticamente víctima de violaciones a un conjunto de derechos

⁶⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución». *Gaceta Jurídica*, año 13, julio 2007, p. 76.

⁶⁶ Sin embargo, consideramos que estos han disminuido.

fundamentales. Antes que violar derechos, la población que recurre a la justicia comunal es víctima de toda una cadena de violaciones a los derechos humanos, tanto por los abigeos como por el Estado. Los abigeos, principal enemigo de la población rural, al atacar, robar, golpear y matar —cuando se les opone resistencia—, violan los siguientes derechos constitucionales: derecho a la propiedad (artículo 2.16), derecho a la vida (artículo 2.1), derecho a la integridad física, psíquica y moral (artículo 2.1), derecho a la seguridad y a la tranquilidad pública (artículo 2.22), entre otros. El Estado, por su parte, con su indiferencia que se traduce en desprotección de la población, viola el derecho a la protección del Estado ante la violación de derechos y principios constitucionales (artículos 44 y 2.19) y derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 2.2).

De otro lado, la represión penal y el hostigamiento por parte de algunas autoridades políticas y del sistema penal contra los líderes comunales de la justicia comunal, cuando estos se organizan para enfrentar y sancionar a los abigeos, obviamente sin violar derechos fundamentales, también generan violaciones a derechos constitucionales. Se viola el derecho a la protección judicial estatal (artículo 44), el derecho a la jurisdicción especial de las propias comunidades campesinas y el derecho a que sean sus propias autoridades las que imparten justicia (artículo 149), el derecho a la asociación (artículo 2.13), el derecho a la participación en los asuntos públicos (artículo 2.17), el derecho a juzgar los delitos y faltas según sus propias costumbres (artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT), el derecho a aplicar sanciones distintas y alternativas (artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT), el derecho a la autonomía de la comunidad campesina (artículo 89), el derecho a la no discriminación (artículo 2.2), el derecho a la protección del Estado ante la violación de derechos y el derecho a la identidad cultural y a la preservación de las costumbres (artículo 2.19).

El problema es que, aunque la Constitución hace un listado de derechos fundamentales, nada dice sobre cómo acceder a ellos ante realidades en las que el Estado no puede cumplir con su rol de protección y tutela. La Carta Política no brinda ni explica los mecanismos y los instrumentos para permitir y posibilitar la efectiva vigencia de estos derechos para aquellas realidades. Ante esta situación, la justicia comunal es una herramienta de la población rural que habita en las zonas donde existen comunidades campesinas y nativas para ejercer y poner en práctica los derechos fundamentales que la Constitución les ha reconocido, pero cuya vigencia y efectividad el Estado no es capaz de garantizar. En ese contexto, la justicia comunal se ha convertido en un instrumento para ejercer derechos constitucionales y, cuando determinado sector de la población se autoprotege, no hace otra cosa que cumplir con la Constitución, específicamente con su artículo 38: «Todos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».