



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA ADOPCIÓN DEL PERITAJE ANTROPOLÓGICO COMO PRUEBA OBLIGATORIA EN LOS PROCESOS PENALES

Una propuesta para garantizar el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el derecho constitucional a la identidad étnica y cultural mediante el análisis de casos judiciales en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca entre los años 2007-2012

TESIS

Por:

HENRY SEGUNDO ALCÁNTARA SALAZAR

Asesor:

Mg. DOMINGO CELESTINO ALVARADO LUIS

CAJAMARCA, PERÚ

2014

COPYRIGHT © 2014 por
Henry Segundo Alcántara Salazar
Todos los derechos reservados



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA ADOPCIÓN DEL
PERITAJE ANTROPOLÓGICO COMO PRUEBA OBLIGATORIA EN LOS
PROCESOS PENALES

Comité Científico:

M.cs. Nixón Castillo Montoya
Presidente del Comité

M.cs. José Grández Odiaga
Primer miembro titular

M.cs. Aldo Castañeda Becerra
Miembro suplente

Mg. Domingo Alvarado Luis
Asesor

Agosto del 2014

A mi padre Segundo Alcántara, por su apoyo y consejos brindados para superarme cada día más; y a mi madre Nelly Salazar, a quien Dios tiene en su gloria, por su preocupación desvelada y constante de guiarme por el buen camino.

A Maritza, mi esposa, y Grace, mi hija, los dos motores de mi familia.

“En la práctica, resulta más que evidente la necesidad de los jueces de recurrir a peritajes para aprehender los argumentos provenientes de otra cultura; más aun sabiendo que, en general, los jueces recurren cada vez con más frecuencia a los expertos para resolver los problemas que surgen en el marco del proceso penal. A pesar de esto, debemos constatar que los peritajes en el campo del derecho penal y la cultura son extremadamente raros”

Olivier Thormann,

ÍNDICE

TABLA DE GRÁFICOS	IX
AGRADECIMIENTOS	X
LISTA DE ABREVIATURAS	XI
RESUMEN.....	XII
ABSTRACT	XIII
PREFACIO	XIV

CAPÍTULO 1

ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del problema.....	3
1.2.1. Sistematización de la investigación.....	3
1.3. Justificación de la investigación	3
1.4. Delimitación y limitaciones de la investigación.....	4
1.5. Objetivo general.....	4
1.6. Objetivos específicos	5
1.7. Antecedentes.....	5
1.8. Definición de términos	8
1.8.1. Perito	8
1.8.2. Peritaje	9
1.8.3. Caracteres del peritaje	9
1.8.4. Peritaje antropológico	10
1.8.5. fundamentación jurídica para la realización de peritajes antropológicos	11
1.8.6. La Prueba	13
1.9. Hipótesis.....	13
1.9.1. Variables de la hipótesis.....	13
1.10. Tipo y descripción del diseño de contrastación	13
1.11. Definición operacional de variables	14
Derecho Al Debido Proceso y a la Tutela Jurisdiccional	14
1.11.1. Protección de la identidad étnica.....	14
1.11.2. Protección de la identidad cultural	14
1.12. Unidad de análisis, universo y muestra	15
1.13. Método hermenéutico.....	16
1.14. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	16
1.14.1. Fichas de estudio documental	16
1.14.2. Hoja de recojo de información	17

CAPÍTULO 2

EL CONSTITUCIONALISMO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	18
2.1. Origen del constitucionalismo.....	19
2.2. El constitucionalismo	19
2.2.1. El constitucionalismo clásico	20
característica del constitucionalismo clásico	20
2.3. Tendencias constitucionales del siglo xx.....	21
2.3.1. Constitucionalismo social	22
2.3.2. Constitucionalismo socialista.....	22
2.3.3. Constitucionalismo corporativo	23
2.3.4. Constitucionalismo de los derechos humanos	23
2.4. El constitucionalismo peruano	24

2.5.	<i>Los derechos fundamentales</i>	26
2.5.1.	Nociones generales	26
2.5.2.	Historia de los derechos fundamentales	28
2.5.3.	Definición de los derechos fundamentales	30
2.5.4.	Clasificación de los derechos fundamentales	32
	características	37
2.5.5.	Obligaciones que emanan de los derechos fundamentales	38
2.6.	<i>Los derechos fundamentales en la constitución peruana de 1993</i>	39
2.6.1.	Acceso a la justicia	41
2.6.2.	Los operadores de justicia	42
2.6.3.	Derecho al debido proceso	44
2.6.4.	Derecho a la tutela jurisdiccional	45
2.6.5.	Derecho la identidad étnica y la identidad cultural	47
	2.6.5.1. Cultura	48
	2.6.5.2. Clasificación de culturas	49
	2.6.5.3. Elementos de la cultura	49
2.6.6.	la Diversidad cultural	50
	2.6.6.1. la Diversidad cultural en el Perú	51
2.6.7.	El reconocimiento de la diversidad cultural en la constitución política del Perú	54
2.6.8.	Interculturalidad	56
2.6.9.	Pluralismo jurídico	57
2.6.10.	Derecho consuetudinario	59
2.6.11.	El derecho fundamental a la identidad étnica y la identidad cultural	59
2.6.12.	Respecto al derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva	61

CAPÍTULO 3

RESULTADOS Y DISCUSIÓN	63	
3.1. <i>Resultados generales del análisis de expedientes</i>	63	
3.2. <i>Resultados específicos con relación a la hipótesis formulada</i>	64	
3.2.1. Derecho a la tutela jurisdiccional	64	
	3.2.1.1. Acceso al sistema de justicia	65
	3.2.1.2. Resolución motivada	66
	3.2.1.3. Derecho a la defensa	67
3.2.2. Protección de la identidad étnica y cultural	68	
	3.2.2.1. Mención a una organización propia y a sistemas propios de ver el mundo	68
3.3. <i>Breve descripción de los sucesos acontecidos en cada caso</i>	69	
	3.3.1. Caso 1	69
	3.3.2. Caso 2	70
	3.3.3. Caso 3	71
	3.3.4. Caso 4	72
	3.3.5. Caso 5	73
	3.3.6. Caso 6	73
	3.3.7. Caso 7	74
	3.3.8. Caso 8	74
	3.3.9. Caso 9	75
	3.3.10. Caso 10	76
3.4. <i>La necesidad de modificar el código procesal penal</i>	77	

CAPÍTULO 4

PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY	80
---	-----------

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	85
5.1. <i>Conclusiones</i>	85

5.2. <i>Recomendaciones</i>	86
5.2.1. De carácter teórico	86
5.2.1. De carácter práctico	87
APÉNDICES	88
APÉNDICE 1:	89
PERITAJES SOLICITADOS EN LOS PROCESOS PENALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA ENTRE LOS AÑOS 2007-2012	89
APÉNDICE 2:	91
HOJA DE RECOJO DE INFORMACIÓN	91
APÉNDICE 3	93
CONVERSANDO CON JOHN GITLITZ	93
APÉNDICE 4	96
RESOLUCIONES ESTUDIADAS	96
LISTA DE REFERENCIAS	97

TABLA DE GRÁFICOS

MAPA 1: MAPA ETNO-LINGÜÍSTICO DEL PERÚ.....	54
TABLA 1: VARIABLES E INDICADORES.....	15
TABLA 2: ACTORES LOCALES INVOLUCRADOS.....	43
TABLA 3: RELACIÓN PERITAJE-SENTENCIA FAVORABLE.....	79
TABLA 4: RESUMEN DE PERITAJES CON LOS QUE SE TRABAJÓ.....	89
GRÁFICO 1: PERITAJES Y SENTENCIAS ENCONTRADOS EN RELACIÓN CON EL TOTAL DE EXPEDIENTES DONDE SE MANDÓ REALIZAR PERITAJE.....	63
GRÁFICO 2: DELITOS ENCONTRADOS EN LOS EXPEDIENTES EN DONDE SE SOLICITARON PERITAJES.....	64
GRÁFICO 3: ACCESO AL SISTEMA DE JUSTICIA.....	65
GRÁFICO 4: RESOLUCIÓN MOTIVADA.....	66
GRÁFICO 5: DERECHO A LA DEFENSA.....	67
GRÁFICO 6: ORGANIZACIÓN Y SISTEMAS PROPIOS DE VER EL MUNDO.....	68
GRÁFICO 7: IMPORTANCIA DE LA PRUEBA PERICIAL PARA PROTEGER DERECHOS CONSTITUCIONALES....	78

AGRADECIMIENTOS

Mi agradecimiento especial a la Cooperación Técnica Belga-CTB, por apostar por mi persona, brindándome una beca de estudios, para así hacer realidad una de mis metas.

LISTA DE ABREVIATURAS

<i>apud</i>	en la obra de
CPP	Código Procesal Penal
Exp.	Expediente
Per.	Pericia
Projur	Programa de acceso a la justicia en comunidades rurales
<i>s/a</i>	sin año de edición
<i>s.v.</i>	<i>subvoce</i> ('bajo la palabra', en diccionario)
TC	Tribunal Constitucional
<i>Vid.</i>	Ver. Usado para remitir al lector a una obra que ha tratado con anterioridad y con mayor profundidad un asunto mencionado

RESUMEN

La investigación buscó dar respuesta a la pregunta: ¿Cuáles son las principales razones jurídicas constitucionales que deben fundamentar la obligatoriedad del peritaje antropológico en los procesos penales que involucren al artículo 15° del Código Penal, teniendo en cuenta la jurisprudencia cajamarquina entre los años 2007-2012? Para ello se puso a prueba la hipótesis que afirmaba que dichas razones eran: 1. Garantizar el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, 2. Garantizar la protección de la identidad étnica, y 3. Garantizar la protección de la identidad cultural. Se pudo encontrar que en el Distrito Judicial de Cajamarca esas son las razones, ya que ellas dependen del peritaje antropológico, pues es de suma importancia, tanto para el fiscal como para el juez, contar con un documento técnico que sea capaz de proporcionarles datos sólidos sobre las cosas que desconocen o que no están en la capacidad de comprender sin coadyuvantes. Por ello el peritaje ayuda a reconocer y, por tanto, buscar protección del derecho a la identidad étnica y cultural; pero eso no es todo, ya que el peritaje también hace posible la protección, de forma directa o indirecta, del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. La protección directa se presentará en la obligatoriedad del peritaje, mientras que la indirecta se dará por los resultados que se obtengan gracias a ese peritaje. Por todo esto, en la tesis se realizó una propuesta legislativa que tiene como objeto modificar el inc. 2 del art. 172° del Código Procesal Penal, en el sentido de que el peritaje debe ser obligatorio.

ABSTRACT

The research sought to answer: What are the main constitutional legal reasons should support the mandatory anthropological expertise in criminal proceedings, taking into account the jurisprudence Cajamarca during the years 2007-2012 This was tested the hypothesis that stated that they were 1. Guarantee the right to due process and judicial protection, 2. Ensure protection of ethnic identity, and 3. Ensure protection of cultural identity. It was found that in the Judicial District of Cajamarca those are the reasons they rely on anthropological expertise, it is extremely important for both the prosecutor and to the court, have a technical document that is able to provide robust data on unknown or things that are not in the ability to understand. Therefore, the survey helps to recognize and therefore seek protection of the right to ethnic and cultural identity, but that's not all , as this survey also makes it possible to protect directly or indirectly , the right to due process and judicial protection efectiva. La direct protection shall be filed in the mandatory expertise, while indirect is given by the results obtained by this survey. For this thesis in a legislative proposal seeks to amend the inc was performed. 2 ° Article 172 of the Criminal Procedure Code, making the survey is mandatory.

PREFACIO

La tesis se encuentra dividida en seis capítulos. En el primero se exponen los criterios metodológicos asumidos para la adopción del problema (antecedentes y justificación), los objetivos, la hipótesis a contrastar, además de esclarecer algunos términos que se utilizarán en la investigación. También se incluyen en él los criterios que se utilizaron para la contrastación de la hipótesis propuesta.

En el segundo capítulo se aborda todo lo correspondiente al constitucionalismo actual y se lo relaciona con los derechos fundamentales. Se hace un tratamiento histórico que culmina con lo sucedido en nuestro país.

El capítulo tercero recoge los resultados, y a la vez se hace ver la pertinencia o no de la hipótesis propuesta, es decir, se la contrasta o se discute su pertinencia. Se ha creído conveniente que en el cuarto capítulo se presente una propuesta de proyecto de ley que busca se corrija el defecto detectado en Código Penal, pues nos daremos cuenta de que de este modo se pueden proteger mejor los derechos constitucionales.

El capítulo quinto está destinado a presentar las conclusiones a las que se arribó luego de la investigación, así como también para dar algunas recomendaciones para futuras investigaciones netamente teóricas y de carácter práctico.

CAPÍTULO 1

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Planteamiento del Problema

Desde que en la Constitución de 1993 se incluyó el artículo 149°, referido a una función jurisdiccional distinta a la del Poder Judicial, se inició una nueva forma de ver la relación entre el Derecho estatal y las otras manifestaciones del fenómeno jurídico. Aun más, el inciso 19 del artículo 2° de la mencionada Constitución establece que “toda persona tiene derecho a “... su diversidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural...” Así pues, son constitucionales el reconocimiento y protección de un grupo o grupos que con sus propias culturas generan un modo de actuación distinta al formalmente aceptado.

Como se sabe, somos uno de los países con mayor diversidad etnolingüística y cultural del continente americano. Como ejemplo, baste mencionar que en la región amazónica, que ocupa el 62% del territorio nacional, existen 42 grupos etno-lingüísticos. Nuestra diversidad cultural, si bien es cierto se manifiesta en las diferentes lenguas o idiomas, formas de vestir, aliños de las comidas, cultos y creencias religiosas, también se manifiesta a través de particulares formas de organizaciones sociales, de tratar las enfermedades, e incluso de resolver los conflictos (Alcántara 2012, 63).

Sobre esta última manifestación cultural, es conocido que gran parte de las poblaciones peruanas tiene sus formas propias de llevar a cabo sus *investigaciones, audiencias* y castigos (Gitlitz 2013). Ello explica que en Cajamarca haya surgido una asociación, cuyo nombre es *rondas campesinas*, que cumple estos fines.

Acerca de esta organización, Renato Levaggi (2010, 16) elaboró un cuadro estadístico tomando la base de la información dada por el Ministerio Público, vinculada con el número de denuncias de que fueron objeto los integrantes de

dichas rondas. En dicho cuadro se puede apreciar que en Cajamarca se presenta el mayor número de denuncias de este tipo a nivel nacional (con casi el 70%). Existen, pues, investigaciones o procesos penales destinados a dar solución a tales denuncias.

Debo recordar que un proceso penal busca, entre otras cosas, establecer si el imputado ha cometido acciones punibles que le ocasionarán una consecuencia jurídica a ser impuesta (Rosas Yataco 2005, 233). Para ello existen normas adjetivas que permiten hacerlo de una forma adecuada. Efectivamente, estas normas permiten que una de las ayudas que puede tener el juzgador, a fin de que fundamente debidamente su decisión, sea aportada por la pericia. Esta pericia le va permitir adquirir “el conocimiento de elementos de convicción sin la más mínima impronta del inculpado y de los testigos” (Momethiano Zumaeta y Momethiano Santiago 2004, 520).

En una sociedad tan variada y compleja como la peruana, consideramos que el peritaje es una herramienta primordial para lograr hablar de ciertos comportamientos que pueden ser considerados como propios y arraigados en una determinada zona (Rodríguez Villa 2007). A pesar de tener esta importancia, se desconoce el papel que cumple en las denuncias presentadas, por ejemplo, contra el actuar de las rondas campesinas en nuestra localidad¹. Mucho más complejo aun es descubrir la relación que puede existir entre los peritajes antropológicos y el derecho constitucional a la identidad étnica cultural. Sin embargo, el peritaje se presenta como una prueba no obligatoria en nuestra legislación: “Se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15° del Código Penal. Ésta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado” (art. 172 inc. 2 del CPP).

Notamos entonces que, si bien es cierto que se toma en cuenta el peritaje, éste no es considerado como una prueba obligatoria que permitirá un mayor convencimiento del juzgador al momento de decidir. Por lo manifestado, nos

¹ La alusión a las Rondas Campesinas es únicamente referencial, pues, como veremos, se trata de la organización más estudiada. Sin embargo, judicialmente los peritajes realizados son escasos.

animamos a hacernos la pregunta que guió nuestra investigación, la cual precisaremos en la formulación del problema.

1.2. Formulación del Problema

¿Cuáles son las principales razones jurídicas constitucionales que deben fundamentar la obligatoriedad del peritaje antropológico en los procesos penales que involucren al artículo 15° del Código Penal, teniendo en cuenta la jurisprudencia cajamarquina entre los años 2007-2012?

1.2.1. Sistematización de la investigación

1. ¿Cuántas veces se ha pedido peritaje antropológico en los procesos penales en el Distrito Judicial de Cajamarca entre los años 2007-2012?
2. ¿Cuál ha sido la referencia constitucional de la valoración de los magistrados de los peritajes solicitados en los procesos penales en el Distrito Judicial de Cajamarca entre los años 2007-2012?

1.3. Justificación de la Investigación

La investigación que se realizó es significativamente relevante, por cuanto, en nuestro medio, no se había investigado la importancia que tiene el peritaje antropológico en cuanto a la contribución a la fundamentación y concretización de la identidad étnica y cultural de las personas que se ven involucradas en algún proceso penal. Efectivamente, esta relevancia, que puede presentarse como sólo teórica, en verdad tendría consecuencias prácticas, pues un peritaje influye decisivamente en el descarte o atenuación de la pena.

Entonces, la importancia de nuestra investigación es doble. La primera es de índole teórica, mientras que la segunda es de índole práctica. Ambas se pueden resumir en una sola idea, que es la de darle validez al peritaje antropológico en el derecho procesal penal para demostrar que existe el derecho a la identidad étnica y cultural.

Esta investigación también es relevante socialmente por cuanto permitirá que las poblaciones, que tienen usos y costumbres distintos a las “comúnmente” aceptadas, cuenten con un mecanismo obligatorio para proteger su identidad étnica y cultural mediante el peritaje. Significa esto que los jueces, al momento de decidir, contarán con una herramienta fundamental que les permitirá tener mejores criterios. Todo esto a su vez permitirá la construcción de una sociedad unida, con la aceptación del otro, comprendiendo sus diferencias y fomentando las semejanzas.

1.4. Delimitación y limitaciones de la Investigación

La investigación se desarrolló temáticamente dentro de las áreas de Derecho Constitucional Penal y Procesal Penal.

El recojo de la casuística para el análisis del tema del peritaje antropológico se hizo en el Distrito Judicial de Cajamarca y cronológicamente se buscaron los expedientes datados entre los años 2007 y 2012.

La principal limitación que tuve estuvo referida al manejo de los términos antropológicos; sin embargo, es una limitación que se superó con la profundización en el estudio de textos en que se hace manejo de ellos y con la consulta a expertos.

1.5. Objetivo General

Establecer las razones jurídicas que desde una perspectiva o visión constitucional permitan considerar al peritaje antropológico como una prueba obligatoria en los procesos penales que involucren al artículo 15° del Código Penal.

1.6. Objetivos Específicos

1. Determinar las veces en que se ha pedido el peritaje antropológico en los procesos penales en el Distrito Judicial de Cajamarca entre los años 2007-2012
2. Mostrar la forma en que el peritaje antropológico viene siendo usado en el Distrito Judicial de Cajamarca para fundamentar el derecho a la identidad étnica - cultural de las personas.
3. Ubicar la referencia constitucional de la valoración de los magistrados de los peritajes solicitados en los procesos penales en el Distrito Judicial de Cajamarca entre los años 2007-2012.

1.7. Antecedentes

Iniciaré esta sección dividiendo los antecedentes encontrados en dos grandes bloques. El primero está referido a las investigaciones jurídicas de las manifestaciones culturales en relación con el derecho penal, en el que sobresalen las vinculadas con la actividad de las rondas campesinas. El segundo bloque estará destinado a conocer los alcances prestados sobre el peritaje en los procesos penales.

Los estudios sobre rondas campesinas son de diversa índole², y, sobre ellas, últimamente, han proliferado las investigaciones de carácter jurídico. Un ejemplo de lo manifestado se encuentra en las cuatro tesis existentes en la Escuela de

² Nos eximiremos de comentar los primeros estudios destinados a indagar sobre el origen de las rondas campesinas y sobre los motivos por los cuales aparecieron (vid. Estela Díaz 1988; Ramírez 1987; Pérez Mundaca s/f). Dichos estudios son más de índole antropología-social que antropológica-jurídica. Estos últimos habrían parecido más tarde con Aliaga (2000), Yrigoyen Fajardo (2003), Núñez Becerra (2005, 2009), Bazán Cerdán (2008), Cabanillas Hernández (2009), Lingán Cabrera (2009), entre otros. Consideramos que sobre estos estudios ya se ha dicho mucho. Por eso preferiremos utilizar los más recientes para esta sección.

Postgrado de nuestra universidad³, que se han ocupado de estudiar algún aspecto de las rondas. Se hace notar que las tres primeras tesis se enmarcarán en el primer bloque mencionado, y la cuarta tesis en el segundo.

Así pues, la investigación más antigua que se encuentra en nuestra Escuela es la de Castañeda Becerra, quien se preocupa de responder a la interrogante “¿Las Rondas Campesinas del distrito de Cajamarca, mediante sus acciones, cometen violaciones de los Derechos Humanos?” (Castañeda Becerra 2011, 3). La conclusión a la que arribó fue que “Se ha podido determinar, aunque de forma mínima, que las RC en el distrito de Cajamarca cometen violaciones de derechos humanos. Esto porque realizan actos que pueden ser considerados como atentatorios contra la libertad de tránsito, e inclusive tortura” (Castañeda Becerra 2011, 51). Considero que el autor llega a esta conclusión porque no utiliza un punto de vista antropológico sino únicamente jurídico formal.

La siguiente investigación de la que puedo hablar es la de Villar Narro, quien llegó a establecer que “el criterio jurídico para la aplicación del artículo 18°, numeral 3), del Nuevo Código Procesal Penal es el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Comunal de las Rondas Campesinas” (Villar Narro 2011, 17), algo que ya había motivado estudios previos de Levaggi Tapia (2010), Gitlitz (2010), Francia Sánchez (2010) y Ruiz Molleda (2010). En todos estos estudios se discute y se afirma que existen facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas.

Finalmente, para terminar el primer bloque, la última investigación encontrada es la de Cacho Roncal, quien llega a conclusiones bastante cuestionables, motivo por el cual transcribiremos las que considero están relacionadas con mi investigación.

1. Se ha podido determinar que el accionar de las Rondas Campesinas no se está dando dentro de la Jurisdicción Especial, ni del Derecho Consuetudinario, presentándose implicancias penales de los ronderos en delitos registrados a nivel de Policía, Fiscalía y Poder Judicial, en la provincia de Cajamarca, durante el periodo 2007-2009, debido a que las Rondas Campesinas (dentro de su ámbito territorial) no vienen cumpliendo sus funciones jurisdiccionales de apoyo a las Comunidades Campesinas, ni aplican el derecho consuetudinario,

³Aunque el número cuatro puede parecer pequeño, no lo es si tenemos en cuenta que en la maestría de Derecho Penal y Criminología existen únicamente 20 tesis.

sino que violan los derechos fundamentales de las personas, habiéndose convertido muchas de ellas en una jurisdicción ordinaria.

2. Se ha establecido que en su accionar de administración de justicia, las Rondas Campesinas no emplean en sus caseríos o comunidades de la provincia de Cajamarca el Derecho Consuetudinario de usos y costumbres de uso repetitivo y generalizado, con una conciencia de obligatoriedad, periodo 2007-2009, presentándose una tergiversación de la justicia comunal, en cuanto a las costumbres y el aspecto cultural (Cacho Roncal 2012, 105 y 106).

Lo curioso de estas conclusiones es que no toman en cuenta que las rondas campesinas en esta parte del país son agrupaciones independientes a las Comunidades Campesinas y que precisamente surgieron por ausencia de éstas últimas (ver Pérez Mundaca s/f), lo cual también ha sido tomado en cuenta y analizado en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias (Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116). Otra afirmación más curiosa de Cacho Roncal es la que manifiesta que las rondas campesinas “no emplean el Derecho Consuetudinario”. ¿Cómo se llegó a tal conclusión? Suponemos que deriva de la siguiente afirmación realizada en su tesis:

Se ha encontrado que el (66.67%) de integrantes de las RC de la provincia de Cajamarca no conoce lo que significa Derecho Consuetudinario; pero sin embargo [sic] el (54.90%) refiere que si [sic] defienden sus usos y costumbres, como es rondar sobre todo en las noches... (Cacho Roncal 2012, 95)

La conclusión entonces deriva de una encuesta en la que se les preguntó a los ronderos por el significado de derecho consuetudinario, significado que, dicho sea de paso, es discutido e incluso mal entendido en la dogmática jurídica, motivo por el cual nos preguntarnos si fue correctamente diseñada la encuesta. Por ello consideramos que esta tesis se presenta como la más deficiente de las mencionadas.

Por otro lado, en el segundo bloque, referido a las investigaciones sobre pericia, encontré una investigación realizada en nuestra localidad con la intención de responder a la pregunta “¿las pericias psicológicas practicadas en los procesos sobre violación de la libertad sexual, tramitadas ante la Sala Especializada Penal de Cajamarca entre los años 2002 y 2006, se ajustan significativamente a los indicadores de procedimiento pericial en tales casos?” (Linares Calderón 2010, 2).

El tesista, luego de crear una tabla de indicadores y de analizar unas 24 pericias, concluye en estas que no se ajustan a estos indicadores.

Podemos notar que el tema de diversidad étnica y cultural en nuestro medio ha sido tratado exclusivamente en cuanto a lo relacionado con las rondas campesinas, mientras que lo concerniente al peritaje ha sido estudiado en cuanto a su calidad. Por tanto, las investigaciones citadas dan cuenta de que el problema que nos proponemos resolver no ha sido abordado.

1.8. Definición de Términos

1.8.1. Perito

Todas las personas tenemos distintos puntos de vista, formas diversas de pensar, de actuar y diferentes intereses, lo cual, en muchas ocasiones, puede generar discusiones, enfrentamientos, luchas; en síntesis, conflictos con otras personas o grupos.

Los conflictos, que son frecuentes, pueden ser personales o estructurales, y son parte de la vida cotidiana en la gran mayoría de casos, ya sea en la zona rural ya en la urbana. Para resolverlos será necesaria la presencia de una tercera persona, quien plantearía una salida o solución cuando se tratara sobre todo de casos cotidianos⁴, como son denominados por los operadores de la justicia comunal, quienes, probar una falta cometida, no deben tener especialización alguna; pero, cuando se trata de conflictos en que, para poder probar el ilícito de la parte

⁴Según el (Projur 2010), la Justicia Comunal resuelve dos tipos de conflictos:

- Conflictos familiares: Los conflictos familiares ocurren cuando por acción de uno de los miembros de la familia, se comprometen las relaciones económicas, sociales o culturales de la misma familia o de ésta ante otra.
- Conflictos comunales: Son conflictos denominados colectivos, porque van más allá de ser conflictos al interior de una familia o entre dos familias. Los conflictos colectivos comprometen las relaciones del conjunto de familias de la comunidad, es decir, afectan la vida normal y/o el orden de la comunidad. Por ejemplo, el daño a un bien patrimonial de la comunidad, actos inmorales, incumplimiento de responsabilidades comunales, entre otros.

imputada en un juicio, es necesario y fundamental recurrir -ya sea a solitud del interesado, ya del Ministerio Público o incluso del Poder Judicial- a una persona experta en la materia, quien, con su análisis y pronunciamiento, permitirá al juez emitir un fallo acorde y pertinente. A estas personas encargadas de realizar estos estudios se les denomina peritos, entendiendo por perito al individuo que posee necesarios y suficientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos.

1.8.2. Peritaje

En el mundo gramatical la palabra *pericia* proviene de la voz latina “peritia”, que significa sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte. Definida según la doctrina jurídica, es un acto procedimental en el que la persona experta o especializada en un arte o ciencia emite un dictamen conteniendo su parecer y los razonamientos técnicos sobre la materia en la que se ha pedido su intervención; es un acto de procedimiento en el que interviene un técnico o especialista en un arte o ciencia.

El peritaje, que es la voz usada en nuestro medio, y que, según Cabanellas (2003, 8: 211), se trataría de un galicismo por *informe pericial*, es un “dictamen escrito, y verbal a veces, que emite en una causa el designado a ella como *perito* para aclarar a los instructores o juzgadores algunos aspectos de hecho de complejidad técnica ajena a la de aquellas autoridades” (Cabanellas 2003, 4: 412).

El peritaje, cuya finalidad es respaldar el dicho de alguna de las partes involucradas, una vez presentado y ratificado por el perito, se convierte en una prueba más dentro del proceso judicial, la cual, junto a las demás pruebas presentadas por las partes, será valorada por el juez.

1.8.3. Caracteres del peritaje

Kádagand, citado por Armando Guevara Gil (2003), afirma que el peritaje tiene las siguientes características:

- a. Es una actividad procesal
- b. Es un medio de prueba

- c. Es realizado por encargo judicial
- d. Es una actividad calificada
- e. Debe tratar sobre hechos y no sobre derecho
- f. Estos hechos deben ser caracterizados como especiales
- g. Es una declaración de orden científico
- h. Genera un dictamen técnico y fundamentado

1.8.4. Peritaje antropológico

Quizá en nuestra vida cotidiana, aquello sobre lo cual hemos escuchado más, o aquello en lo que más veces hemos participado son las pericias contables, administrativas, psicológicas, etc.; pero el peritaje antropológico quizá pueda sonar extraño tanto para las personas en general como para los operadores del sistema de justicia estatal, a pesar de vivir en un país pluricultural. Ello se refleja en el hecho de que la pluralidad legal en nuestro país es un tema muy mal tratado debido al marcado positivismo jurídico imperante en las facultades de derecho y en los operadores legales, y también al desinterés de los antropólogos profesionales, tal como lo manifiesta Armando Guevara Gil⁵. En un país como el Perú la diversidad cultural está presente y reconocida, lo cual se puede corroborar, tal como lo indica Juan Carlos Ruiz Molleda (2013), quien menciona que existen 72 etnias (7 ubicadas en el área andina y 65 en el área amazónica). Estas etnias en 1993 tenían una población aproximada de 7' 805,193 pobladores (representando así, aproximadamente, el 35% de la población total nacional). En ellas los pobladores, sobre todo de la zona rural, que no cuentan con educación básica, empiezan, por ejemplo, una relación de convivencia a muy temprana edad,

⁵El artículo *Causas de la Pluralidad legal en nuestro país*, fue enviado por el autor. Desconocemos si se encuentra publicado en la actualidad. Lo mismo va a ocurrir con otros autores quienes están enviando sus artículos por propuesta del Instituto de Justicia Intercultural de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

ingieren algunas plantas consideradas ilegales, así como resuelven sus conflictos basándose en reglas y costumbres impuestas por sus antepasados, conflictos que en muchos casos son resueltos y sancionados penalmente. Pero muchas personas u operadores jurídicos se preguntarán ¿cómo demostrar en un proceso judicial penal que esa actividad implementada es una costumbre? Es allí donde el peritaje antropológico o etnohistórico, que es definido como el estudio específico requerido en un proceso judicial penal, abarcando diversos aspectos relacionados a las características de las personas y de los hechos que conforman las causas, aparece, como lo dice Luis E. Francia Sánchez (2013), como una herramienta fundamental y útil para demostrar en la defensa del procesado que su conducta puede ser explicada por el entorno cultural al cual pertenece, de modo tal que permite ver los hechos desde su perspectiva cultural.

Para presentar nuestra definición, nos basaremos en lo sostenido por García Hernández, quien manifiesta lo siguiente:

Es una actividad procesal desarrollada en virtud de un encargo judicial, que, a partir de sus conocimientos, suministra al juez argumentos o razones para su convencimiento sobre hechos, prácticas y/o creencias con el fin de lograr entendimiento en un caso específico.

El peritaje antropológico se mueve entre la frontera de la juridicidad positiva y los sistemas normativos indígenas, dentro del campo profesional de la antropología. Coadyuva a que el discurso de la pluralidad se traduzca en relaciones interculturales basadas en el respeto y la equidad (2009, 1).

Fundamentación jurídica para la realización de peritajes antropológicos

El Nuevo Código Procesal del 2004 señala claramente los casos en los que procede realizarse:

Artículo 172° Procedencia.- 1. La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

Artículo 172° Procedencia.- 2. Se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15° del Código Penal. Ésta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado.

A su vez, en el Código Penal encontramos:

Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

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.

Respecto a este último artículo, hay que tener en cuenta lo señalado por Luis E. Francia Sánchez (2005), quien afirma que para la aplicación de esta figura no basta con que la persona sea considerada indígena o que pertenezca (o haya pertenecido) a una ronda o comunidad, sino con que la conducta considerada como delictiva por la norma penal haya sido realizada en base a un condicionamiento cultural, es decir, que sea aceptada socialmente por el grupo cultural de origen, y que todo ello quien lo corroboraría sería el antropólogo.

En ese sentido, de ninguna manera el Estado, como principal garante de los derechos fundamentales, puede imponer sanciones a personas que, como resultado de su identidad cultural, cometen, sin saberlo, un ilícito penal.

1.8.6. La Prueba

El término prueba frecuentemente es usado para referirnos a aquello que es capaz de generar convicción de algo. Sin embargo, también se la puede concebirse desde ángulos diversos. Así:

Puede considerarse como una actividad lógica y material orientada en el mismo sentido de la realidad que se trata de averiguar, esto es, como operación y esfuerzo amparados en una verdad: es la prueba fin. Pero también puede valorarse como el conjunto particular de recursos que pueden utilizarse para obtener aquella demostración: es la prueba medio. (Diccionario Jurídico Espasa Calpe, s.v. “prueba”)

En el campo del derecho penal, la prueba es “lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente” (Ramos Tenorio 2014, 369). Dentro de este proceso esta prueba se regiría por los principios de a). Legalidad o legitimidad, b). Libertad de la prueba, c). Pertinencia, d). Conducencia, e). Utilidad, f). Comunidad y g). Inmediación.

1.9. Hipótesis

Las principales razones jurídicas constitucionales que fundamentarían la obligatoriedad del peritaje antropológico en los procesos penales que involucren al artículo 15° del Código Penal son:

1. Garantía del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional
2. Garantía de la protección de la identidad étnica
3. Garantía de la protección de la identidad cultural

1.9.1. Variables de la Hipótesis

1. Obligatoriedad del peritaje antropológico en los procesos penales.
2. Garantizar el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional
2. Garantizar el derecho la identidad étnica
3. Garantizar la protección de la identidad cultural

1.10. Tipo y Descripción del Diseño de Contrastación

La investigación es transversal, pues se recogieron los datos en un momento único para analizarlos y describirlos. Se analizaron las sentencias judiciales presentadas en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca entre los años 2007-2012. A su vez, es de alcance descriptivo, realizada bajo el enfoque cualitativo. En efecto, lo que se buscó fue conocer la forma en que se han venido realizando los peritajes para relacionarlos con el derecho a la identidad étnica y cultural y el debido proceso. Esta es una relación de tipo argumentativa que no llega a ser una correlación estadística; pero, si se desea, se puede usar este nombre para designar su alcance.

Esta investigación también fue no experimental, pues no hay manipulación de variables, y se analizó el fenómeno tal como se lo encontró. Lo que se hizo fue realizar una investigación de tipo documental.

Jurídicamente, es una investigación de carácter dogmático propositivo (Witker 1995, 11), ya que se realizó un análisis crítico de las leyes vigentes con la finalidad de proponer cambios para su mejora. Por ello se puede considerar una investigación de carácter aplicado.

1.11. Definición Operacional de Variables

1.11.1. Derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional

Es el derecho que garantiza el acceso al sistema judicial y las sentencias motivadas.

1.11.2. Protección de la identidad étnica

Se encontrará en la mención a la identificación del individuo procesado con alguna organización social específica.

1.11.3. Protección de la identidad cultural

Se encontrará en la mención a la identificación del individuo procesado con algunos sistemas de creencias y tradiciones propias que ha adquirido en su formación.

Tabla 1: Variables e indicadores

	Variables	Indicadores	Fuentes
Hipótesis	1. Obligatoriedad del peritaje antropológico en los procesos penales.	Variables 2, 3 y 4	
Las razones jurídicas constitucionales que fundamentarían la obligatoriedad del peritaje antropológico en los procesos penales que involucren al artículo 15° del Código Penal son: 1. Garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional 2. Garantizar la protección de la identidad étnica 3. Garantizar la protección de la identidad cultural	2. Garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional	Acceso al sistema judicial	Legislación, doctrina y expedientes
		Obtención de resolución motivada	
		Derecho a la defensa	
	3. Garantizar la protección de la identidad étnica	Mención a una organización social propia	Legislación, doctrina, expedientes y peritajes
4. Garantizar la protección de la identidad cultural	Mención a unos sistemas de forma de ver el mundo propios		

1.12. Unidad de Análisis, Universo y Muestra

Nuestra unidad de análisis fueron los peritajes y las sentencias en relación con nuestro problema de investigación dados entre los años 2007-2012. Ellos suman en total diez (10), y constituirán nuestro universo, y, a su vez, la muestra (ver apéndice 1).

1.13. Método Hermenéutico

Utilizé la hermenéutica por cuanto nos permitió desentrañar el significado y sentido de las palabras que encontramos tanto en los expedientes como en los peritajes. Esto se debe a que “el término hermenéutico proviene del griego que significa declarar, anunciar, esclarecer y, por último, traducir. Significa que alguna cosa es vuelta comprensible o llevada a la comprensión” (Montaño Álvarez 2011).

La hermenéutica jurídica sería “el arte, la ciencia o la técnica de interpretar textos relacionados con el Derecho” (Morales Vargas 2010). Fue entonces este el método que guió toda la interpretación de los documentos relevantes que podamos encontrar.

Aclaro que mencionamos solamente este método por cuanto su desarrollo ha llegado a incluir dentro de él a métodos como la exégesis y el de interpretación sistémica. Entonces todos estos métodos nos permitieron dar las razones jurídicas que, desde una perspectiva o visión constitucional, permitan considerar al peritaje antropológico una prueba obligatoria en los procesos penales que involucren al artículo 15° del Código Penal. Esta última fase de la investigación será de tipo propositivo, para lo cual se dejó de lado los métodos interpretativos y se procederá a la argumentación de nuestra propuesta.

1.14. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Se utilizó la técnica de observación documental por cuanto la información doctrinaria se extraerá de expedientes, libros y revistas. Para hacerlo se hizo empleo de fichas de registro (bibliográficas y hemerográficas) y de investigación (textuales, resúmenes, comentarios).

1.14.1. Fichas de Estudio Documental

Permitieron recoger la información de interés para el estudio específico, que se encontró en expedientes, libros, revistas, periódicos, publicaciones virtuales, etc., haciendo un resumen o cita textual de los datos requeridos. Para ello se usó fichas

de lecturas y hojas guías que permitieron conocer con exactitud el pensamiento del autor en determinado tema.

1.14.2. Hoja de recojo de información

Este instrumento me permitió recopilar la información necesaria de los expedientes que se analizaron (ver apéndice 2).

CAPÍTULO 2

EL CONSTITUCIONALISMO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Antes de desarrollar lo referente al constitucionalismo y sus diversas formas, es pertinente y necesario conocer lo referente a la palabra Constitución a la que, a lo largo de la historia humana, se ha denominado de diversas formas o se ha dado diferentes nombres como carta magna, ley de leyes, ley fundamental, o, como la llamamos más comúnmente, Constitución Política.

Etimológicamente, la palabra constitución proviene del latín *statum*, que significa reglar, establecer, ordenar o regular. La Constitución, definitivamente, es la norma fundamental o madre de los demás ordenamientos jurídicos, ya sean civiles, penales, laborales, etc. Puede ser definida como la norma jurídica de mayor jerarquía dentro de una sociedad, de cumplimiento obligatorio para todos, es decir, para las autoridades y las personas comunes y corrientes que habitan en una sociedad moderna y urbana. Las leyes específicas que se puedan implementar, siempre tienen que estar en función de la Constitución y no yendo en contra de ella. Como manifiesta Raúl Ferrero Costa, la Constitución es el conjunto de reglas que organizan los poderes públicos y asegura el ejercicio de los derechos políticos y civiles. Wilder Ramírez Vela afirma que es un conjunto de normas básicas y funciones escritas o consuetudinarias, formales o materiales, que devienen en el soporte de la estructura y organización del poder estatal y ordenamiento jurídico, a efectos de alcanzar a favor de la población, que está dentro de su radio de acción, determinados fines de carácter social.

Teniendo claro lo referente a la palabra Constitución, abordaré lo relacionado al Constitucionalismo, para lo cual empezaré apuntando el origen de éste.

3.1. Origen del Constitucionalismo

Es en Grecia donde encontramos los primeros antecedentes respecto al Constitucionalismo. Los griegos fueron los primeros en elevar la categoría de siervo a la de ciudadano.

Así mismo, cabe mencionar que fue Aristóteles el primero en utilizar en su obra *La Política* el término Constitución desde un punto de vista político. Dicha obra es considerada como el primer tratado de la Ciencia Política, en la que refiere que durante sus viajes por el mundo antiguo distinguió cerca de 158 constituciones. Hoy se conservan únicamente datos relativos a la de Atenas, tal como señala Henríquez Franco (2002, 30).

Cuando Aristóteles utilizaba el término Constitución, lo hacía dándole una mirada plural; es decir, significaba más que una formalidad o un mero escrito en un documento, lo cual nos demuestra que desde la antigüedad ya se consideraba en un sentido amplio al término constitución.

En la Edad Media el poder de la Iglesia, en nombre del poder divino, predominó sobre el poder político, lo que significó un retroceso en el desarrollo del Constitucionalismo.

3.2. El Constitucionalismo

Una noción común y general sobre el Constitucionalismo la debemos a Sánchez Viamonte (Ossorio 2010, 227), quien afirma que es la visión del ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante la supremacía de una Constitución. Esta supremacía significa que todas las demás disposiciones y actos emanados de los poderes constituidos quedan subordinados a ella. Damos de ello un ejemplo claro cuando nos referimos al ordenamiento jurídico como el conjunto de normas jurídicas de los estados democráticos, como el Estado peruano, las cuales, para lograr el control social, y así no haya vulneración de los derechos fundamentales, se dividen en diferentes tipos y clases, así como reglamentos y tratados, pero todas aquellas y estos tienen que regirse por lo establecido en la Constitución.

Los orígenes del constitucionalismo se remontan a los movimientos generados en el siglo XVIII, y se iría desarrollado principalmente durante los siglos XIX y XX, para vincularse en modo sustancial a los conceptos de Constitución y Democracia.

2.2.1. El Constitucionalismo Clásico

Siguiendo a Humberto Henríquez Franco (2002, 34), el Constitucionalismo clásico es la doctrina que se nutre de los modernos principios democráticos, magistralmente expuestos por Locke, Montesquieu y Rousseau, que se imponen con la Revolución Francesa sobre los viejos y obsoletos principios del absolutismo.

El Constitucionalismo consagra la libertad como contenido principal de toda Constitución y establece los medios de defensa indispensables para su protección y efectividad (Henríquez Franco 2002, 35).

Características del constitucionalismo clásico

El maestro Bidart Campos (apud. Henríquez Franco 2002, 35 y ss), en su libro titulado “Derecho Constitucional”, enuncia como características del constitucionalismo clásico las siguientes:

- a. La Constitución es una ley de garantía para el individuo frente al Estado que busca asentar sólidamente el valor seguridad jurídica.
- b. La Constitución es escrita y rígida para sustraerla del procedimiento fácil de modificación de leyes ordinarias, remitiendo su revisión a un procedimiento extraordinario que la doctrina conoce como agravado.
- c. La filosofía que sustenta este Constitucionalismo es el racionalismo, que considera la razón como la única capaz de ordenar a la sociedad a través de normas escritas, que, por ser producto de él, son válidas para cualquier tiempo y lugar.
- d. Busca limitar el poder político a través del reparto de competencias que se traduce en la clásica técnica de la división de poderes, según la

cual un poder sólo puede ser controlado por otro poder, algo así como en la Física en la que a una fuerza sólo la detiene otra fuerza equivalente que la resiste.

- e. Contiene un catálogo de derechos como enunciados de las facultades que la razón asigna a la persona humana.
- f. Considera al Poder Legislativo como el primer poder o poder supremo del Estado, debido a que es el órgano representativo de la soberanía popular.
- g. Establece como principio la legalidad que, con una modalidad especial, adquiere significado trascendental en la teoría de la autolimitación del poder y del Estado de derecho. Es una legitimación racional que pretende despersonalizar la autoridad: no se obedece a los hombres sino a la ley objetiva.
- h. Considera al Estado como una institución artificial, creada por el hombre para garantizar el ejercicio de sus derechos, que son inherentes, inalienables e imprescriptibles.
- i. Concibe al Estado como un Estado Gendarme (*Watchman*), cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de la ley, sin facultades para promover ningún tipo de bienestar colectivo.
- j. Propicia el imperio de un exagerado individualismo. En consecuencia, niega atribuciones al Estado para organizar la vida social con criterios de solidaridad y justicia social.
- k. El poder se funda en el principio de soberanía popular, sustentada por Rousseau en el "Contrato Social".

3.3. Tendencias Constitucionales del Siglo XX

Una de las funciones del derecho en la sociedad es la función evolutiva que significa que el Derecho debe ser cambiante a fin de regular las situaciones que

provoquen las nuevas tecnologías. Debe ir por delante del cambio social. Podemos relacionarlo como el Constitucionalismo de esta época, la cual es un producto cultural histórico, que ha ido evolucionando a la par que lo ha hecho el pensamiento político social. Con ello se puede ver que tanto sus principios como sus acciones no se detuvieron en el siglo XIX y, que, constantemente, han ido transformándose con una tendencia hacia su perfeccionamiento y al de las nuevas corrientes ideológicas predominantes en las diferentes etapas de la vida social. En consecuencia, y tal como lo expresa Humberto Henríquez Franco (2002) con matices distintos, el constitucionalismo ha adquirido en el siglo XX algunas expresiones:

2.3.1. Constitucionalismo Social

El Constitucionalismo social tiene su primera aparición y concretización en la Constitución mexicana, redactada en Querétaro en el año 1917. Y es en su artículo 27° en el que consagra, por primera vez, la preponderancia del interés social sobre el interés individual. Otorga al Estado un papel promotor del bienestar general y reconoce como derechos fundamentales: el derecho al trabajo, a la huelga, a la salud y a un salario justo.

La influencia del Constitucionalismo social es aún decisiva en las actuales circunstancias, a pesar del resurgimiento de la doctrina neoliberal que procura un Estado que se desentienda de los derechos sociales.

2.3.2. Constitucionalismo Socialista

Cuando hemos escuchado o estudiado el término socialismo, lo relacionamos con Rusia. Y hablar de este tipo de Constitucionalismo también nos lleva a hablar de este país.

Este tipo de Constitucionalismo, cuyo modelo fue la Constitución rusa, tiene como fundamento la ideología marxista, que desconfía del concepto liberal de Estado de derecho por considerar que tras él se esconden los intereses y privilegios de la clase burguesa.

El Constitucionalismo Socialista rechaza la división de poderes propuesta por Montesquieu y opone en su lugar el principio del poder concentrado en los sóviets como auténtica expresión de la soberanía popular. Proclama la intervención del Estado en la construcción del bienestar social y sacrifica la libertad en aras de la igualdad.

2.3.3. Constitucionalismo Corporativo

Este tipo de Constitucionalismo es de carácter autoritario y encuentra su expresión en los documentos constitucionales inorgánicos o dispersos del 24 de diciembre de 1925 y 17 de mayo de 1928 dados por el gobierno de Mussolini, en Italia, y en las leyes constitucionales dictadas en España durante el régimen de Franco.

2.3.4. Constitucionalismo de los Derechos Humanos

El fundamento y la fuente de los Derechos Humanos es la dignidad de la persona humana. El artículo 1º de la Constitución Política del Perú de 1993 estipula que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, lo cual significa que la persona humana y su dignidad son lo más importante dentro de un país.

Este tipo de Constitucionalismo, lo que hace es considerar al hombre como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Acepta, por lo tanto, el rol social del Estado y, en función de este objetivo, establece los mecanismos y garantías para hacer eficaces los derechos fundamentales.

Prieto Sanchis manifiesta que el Constitucionalismo de nuestros días promulga la idea de que las constituciones sean materiales y garantizadas.

Que una Constitución sea material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir. Constitución material se opone así a Constitución formal o meramente procedimental. Que una Constitución se halle garantizada significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces, o, si se prefiere, que

en el sistema existen normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos (2004, 48).

Por otro lado, Luigi Ferrajoli (Escobar 2008, 217) manifiesta que el modelo estándar de democracia o “modelo plebiscitario” supone que la legitimidad del sistema político y económico radica en la voluntad de la mayoría. Frente a esta idea tradicional, pero aún persistente, el constitucionalismo contemporáneo propone un modelo diferente y, en cierto sentido, opuesto: la democracia no consiste en suponer que el deseo de las mayorías es el interés legítimo de la sociedad, sino en considerar que el límite al poder y la garantía de los derechos fundamentales plasmados en las constituciones políticas, incluso en contra de la voluntad popular, constituye el fundamento de la dinámica económica, política, social y jurídica.

Entonces, toda visión constitucional incluirá en ella estas ideas intrínsecas al constitucionalismo. Lo que significa que todo el ordenamiento interno de un país debe estar correctamente estructurado de acuerdo a los Derechos Constitucionales. De ellos hablaremos en la siguiente sección.

Quiero terminar esta parte referente al constitucionalismo citando a Karl Loewenstein (apud. Raúl Chaname Orbe 2009, 17), quien dice que

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral, ética de la autoridad en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente. Estas aspiraciones quedaron concretadas en la necesaria aprobación por parte de los destinatarios del poder de los controles sociales ejercidos por los dominadores y, consecuentemente, en la participación activa de los dominados en el proceso político.

3.4. El constitucionalismo peruano

Hablar del constitucionalismo peruano implica realizar el estudio de las constituciones políticas que ha tenido el Perú a lo largo de su historia republicana,

y es también hablar de sus principios fundamentales, ideales, implicancias e imperfecciones.

El constitucionalismo en el Perú tiene sus raíces en la primera constitución española y llega hasta la actualidad, en que el Estado Peruano registra doce textos constitucionales. A cada una de ellas Raúl Chaname Orbe (2009) menciona y describe como norma fundamental de mayor jerarquía sobre la que se asientan el Derecho, la justicia y las normas específicas, y sobre la que realiza la organización del Estado en el Perú. Dichas constituciones son:

- a. Constitución Republicana de 1823
- b. La Constitución Bolivariana de 1826
- c. La Constitución Liberal de 1828
- d. La Constitución Política de 1834
- e. La Constitución Política de 1839
- f. La Constitución Liberal de 1856
- g. La Constitución Política de 1860
- h. La Constitución Restauradora de 1867
- i. La Constitución de la Patria Nueva de 1920
- j. La Constitución Política de 1933
- k. La Constitución Política de 1979
- l. La Constitución Política de 1993

Pero cabe recalcar que Manuel Vicente Villarán (apúd. Chamané Orbe 2009), menciona que, poco antes de la Constitución de 1823, el General José de San Martín aprobó un Estatuto Provisorio en 1821 por medio del cual asumía el poder político y militar. Sin embargo, el mismo documento establecía las bases que

debían inspirar su gestión gubernativa, que no le permitían intervenir en la resolución de conflictos, la cual estaba reservada para el Poder Judicial.

3.5. Los Derechos Fundamentales

2.5.1. Nociones Generales

El artículo 1° del Código Civil peruano de 1984 estipula que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. Con ello podemos ver que a todas las personas se les atribuyen o les pertenecen derechos fundamentales, como lo son la vida, la salud, la educación, el trabajo, la integridad física, entre otros. Estos derechos fundamentales se hallan dentro del marco de la norma suprema de nuestro país, que es la Constitución Política del Perú. Le permiten a la persona realizar sus actividades con toda tranquilidad y sin presiones para que pueda satisfacer sus necesidades y así vivir dignamente; pero, lamentablemente, muchas veces estos derechos son vulnerados por algunas malas autoridades públicas o por algunos particulares. Ejemplos de estas vulneraciones pueden ser la violencia familiar contra las mujeres y los niños, la delincuencia callejera o los asesinatos en la época del terrorismo, vulneraciones que muchas veces generan conflictos ya personales, ya estructurales. Sin embargo, a pesar de ello, debemos seguir luchando para que dichos derechos sean respetados y reconocidos por todos, sin distinción ni discriminación alguna, tal como lo estipula artículo, 2°, inc. 2, de nuestra Constitución, el cual expresa que: Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Los derechos fundamentales son todos aquellos de los cuales es titular la persona humana; es decir, le pertenecen al ser humano sin distinción de raza, condición, sexo o religión. Se ha llamado de otras maneras a los mencionados derechos; por ejemplo: derechos humanos, derechos del hombre, derechos de la persona. Luego han sido definidos como derechos fundamentales, expresión con que los conocemos ahora.

Definitivamente, los derechos fundamentales constituyen para las personas que conforman una sociedad, tradicional o moderna⁶, una garantía para la satisfacción de sus múltiples necesidades. Y, de verse vulnerados, existen garantías para llevar a cabo el poder de reclamación, como son las contempladas en el artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993⁷.

Bustamante Alarcón (2001, 79) nos hace ver que Derechos Fundamentales es el nombre que reciben los Derechos Humanos dentro de un Derecho Nacional o interno. De ahí que estos últimos también sean llamados Derechos Constitucionales. Entonces, el concepto de Derechos Humanos también puede ser aplicado para definir lo que son los Derechos Fundamentales. La misma posición

⁶ *Sociedad Tradicional.*

- a. Está basada en creencias religiosas o valores tradicionales
- b. Hay carencia de desarrollo científico-tecnológico autónomo
- c. La economía es predominantemente rural
- d. Hay alto nivel de pobreza general y una alta concentración de la riqueza en pocas manos
- e. *Sociedad Moderna.*
- f. Es el concurso de nuevas fuerzas históricas que cambian la base económica de la sociedad que:
- g. Modifican la estructura social, crean distintas formas de organización política, y
- h. Generan nuevas ideologías y utilizan la ciencia y la técnica para satisfacer crecientes, necesidades de diverso tipo con el fin consciente de acelerar la evolución social.
- i. ⁷Artículo 200° Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, incisos 5) y 6) de la Constitución.

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

adopta García Toma (2008, 27-28) cuando hace ver que en nuestro país se usan indistintamente las expresiones antes mencionadas; es decir, no se hace distingo entre ellas. En ese sentido, podemos decir que los Derechos Fundamentales son las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, lo que a su vez permite a los individuos ser personas, identificándose como tales consigo mismas y con las demás.

Sin embargo, pese a que podemos aceptar esto, hay que aclarar también que muchas veces se los diferencia (ver Hernández Valle 2006, 31-32) en virtud a que los Derechos Humanos tendrían una connotación más de tipo axiológico que jurídico, mientras que los Derechos Fundamentales ya se encuentran reconocidos y tutelados por un ordenamiento jurídico específico, lo cual, a su vez, permitiría la acción de remedios procesales concretos ante su amenaza y eventual violación. En efecto, esta también es la idea de Enrique Bernal Ballesteros, quien manifiesta que “los derechos fundamentales son aquella parte de los derechos humanos que suele ser incluida en los textos constitucionales” (1999, 860).

2.5.2. Historia de los Derechos Fundamentales.

La denominación Derechos Fundamentales se remonta al año 1770 en Francia, donde se vivió un movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y que más tarde alcanzó relieve en países como Alemania, donde, bajo el mandato de los *Grundrechtse*, se articuló el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado.

Tanto la sociedad como el Derecho deben ir de manera paralela, por no decir de la mano. Si una sociedad, producto de su evolución, tuviere más necesidades, el Derecho debería adecuarse a ellas, pues no podría ser que una sociedad evolucionara y el Derecho se quedara estancado. Podríamos decir que si no se ajustara el Derecho a la sociedad podrían surgir conflictos.

Por otro lado, una característica, tanto de los derechos fundamentales como de los derechos humanos, es que, precisamente, porque se ajustan a esta parte histórica que estamos desarrollando, son históricos, puesto que están vinculados

profundamente a la realidad histórica, política y social, y se han conseguido como resultado de las luchas de las personas por el reconocimiento a su dignidad.

Teniendo como fundamento lo mencionado en los párrafos anteriores, se puede ver que los derechos fundamentales han sido y seguirán siendo una continua lucha del individuo frente al Estado, porque en muchas ocasiones o son vulnerados o no son reconocidos.

Si nos remontamos a la Edad Media, encontraremos que en sistemas como el feudalismo, en el cual los privilegios se concentraban en los señores feudales, se favoreció el surgimiento de una gran masa de campesinos desprovista de derechos. También se aplicaron prácticas violatorias de los derechos humanos, como la inquisición, mediante la cual se perseguía y castigaba a quienes se apartaban de la fe católica. El anhelo de lograr un mayor respeto por la dignidad humana tuvo un hito el 1215. En esta fecha se promulga la Carta Magna en Inglaterra. Esta reconocía el derecho a la libertad individual frente al poder feudal. Las luchas contra los absolutismos (el poder concentrado en una sola persona) y, en especial, contra las monarquías, dieron un fuerte impulso al reconocimiento de algunos derechos, en especial los referidos a la regulación de las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos.

En la Edad Moderna se comienza a otorgar importancia al individuo como ciudadano y a la necesidad de que el poder de las instituciones sea regulado. En 1628 se promulga la Petición de Derechos en Inglaterra. Este documento constituye el primer intento de regular el poder del Rey, y lo obliga a someter a consulta alguna de sus decisiones. Si bien no se logró de inmediato, sí se produjeron, en cambio, diversas situaciones de presión que obligaban a la monarquía a reconocer algunos derechos, como la libertad religiosa.

La Declaración de Virginia - Estados Unidos - de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano - Francia - de 1789, fueron los antecedentes más importantes para el reconocimiento de derechos que fueron incluidos posteriormente en las constituciones de ambos países. En la primera, Estados Unidos proclama su independencia de Inglaterra y establece el derecho de los pueblos a la insurrección frente al sometimiento de gobiernos ajenos.

Reconoce el derecho a la vida, a la libertad, a la búsqueda de la felicidad y a la igualdad política. La segunda, en el marco de la Revolución Francesa, buscaba garantizar que la nueva constitución incluyera el reconocimiento de derechos tales como la libertad, la igualdad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Ambas declaraciones ejercieron una influencia importante en otros países del mundo, especialmente en América Latina donde, a la sazón, comenzaban los procesos de independencia. Estos hechos establecieron un modelo de ejercicio de gobierno basado en la separación de poderes, la participación política de los ciudadanos, el sufragio universal y la autodeterminación de los pueblos.

2.5.3. Definición de los Derechos Fundamentales

Tratar de alcanzar una definición cerrada y precisa de los derechos fundamentales, definitivamente no es fácil, como tampoco lo es definir con exactitud la palabra Derecho, el amor, la justicia. Resulta esencial tener en cuenta la impresionante expansión de la noción en sí del contenido de los derechos fundamentales desde el punto de vista histórico, conceptual, lo que nos da la oportunidad de apreciar el proceso de su desarrollo.

Así, podremos apreciar el reconocimiento de las libertades civiles y de los derechos políticos, llamados de primera generación (Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal, a no ser objeto de detención o expatriación arbitraria, al debido proceso en materia civil y criminal, a la nacionalidad, etc.); luego, de los derechos económicos, sociales y culturales, o de segunda generación (Derecho al trabajo, a la educación, a la salud, a la protección contra el desempleo, a un salario igual por trabajo igual, a una remuneración justa, etc.); y por último, de los derechos llamados de solidaridad o de tercera generación (Derecho a vivir en un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado, etc.).

En realidad, como han hecho notar Nino (1989) y Pérez Luño (apud. Carruitero Leca y Soza Mesta 2003, 41-45), el concepto de los Derechos Humanos no ha quedado del todo claro aún; sin embargo, si tomamos el aporte de diversas filosofías jurídicas, podríamos afirmar que se trata de aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el mero hecho de su condición humana, para la

garantía de una vida digna (Alzamora Valdez s/f, Gros Espiell 1991, Saguéz 2001, Fernández Sessarego 2003, García Toma 1998).

Los Derechos Humanos, también denominados o conocidos como derechos fundamentales, son aquellos que están reconocidos en la Constitución Política y en los tratados de Derechos Humanos. Definiciones al respecto han dado diversos autores, y, de acuerdo con ellos, podríamos decir que son aquellas facultades que tenemos todas las personas, sin distinción ni discriminación alguna, que nos permiten crecer, desarrollarnos y vivir con dignidad. Los derechos humanos no son sólo un conjunto de ideales, ni un conjunto de buenas intenciones, sino un conjunto de deberes jurídicos. Su cumplimiento es obligatorio para todas las personas y autoridades públicas. La violación de los Derechos Humanos puede ser sancionada incluso hasta con cárcel.

Así mismo, podemos encontrar que los derechos fundamentales son atributos propios de toda persona derivados de su dignidad, son valores y normas que permiten una convivencia justa, equitativa y en paz.

Los derechos fundamentales establecen límites a nuestro comportamiento. La Constitución Política y la Declaración Universal de Derechos Humanos nos hablan de un comportamiento fraternal de los unos con los otros. Esto implica el respeto por la dignidad y la libertad de las personas. Asimismo, tenemos la obligación de no hacer diferencia en el trato por consideraciones de raza, estatura, lenguaje, cultura, o por el cargo que se ejerza, ya que todos merecemos ser tratados como iguales.

La palabra derecho entraña su exigencia. Esto significa que todo ser humano puede exigir ciertas condiciones que son necesarias para su desarrollo. La palabra a la que hemos hecho referencia merece el respeto y promoción por parte de todos y todas. Más allá de cualquier tipo de mentalidad de una persona o grupo de personas, la exigencia es para todas las personas, los gobiernos y países del mundo.

Es así como el Estado también encuentra límites en su ejercicio de poder público. Más allá de sus respectivos marcos normativos, se le exige garantía y protección. Es así como sobre estos derechos algunos estados han firmado tratados, convenios

o pactos, teniendo así una dimensión supranacional de la defensa de dichos derechos.

Los Derechos Fundamentales se fundan en la dignidad humana. Esto lleva a hablar de una convivencia que permita el libre desarrollo de la persona, en igualdad de condiciones para un desarrollo integral como ser humano. Es importante mencionar que los Derechos Humanos no son creados por la ley; lo que hace la ley es reconocer que estos existen.

El conocimiento de los Derechos Fundamentales es un proceso histórico no acabado, que está sujeto a constante evolución, tanto en nuestro país como en el resto del planeta. Los primeros llamados a contribuir en el proceso de respeto y promoción de los Derechos Humanos son principalmente aquellos que administran justicia, como son los jueces, fiscales, gobernadores, jueces de paz, rondas, tenientes gobernadores, etc. La función de hacer justicia es compleja; pero, teniendo en cuenta los Derechos Fundamentales, se hace fácil, ya que nos da una pauta para resolver conflictos sin vulnerar otros derechos en el intento de hacer justicia. Es decir, las personas que administran justicia están obligadas a proteger a aquellas personas cuyos derechos han sido violados y a tratar de impedir que se vulneren otros. Otra tarea de los administradores de justicia es buscar que las sanciones o sentencias que se imparten puedan prevenir delitos y toda forma de violación de los Derechos Fundamentales.

2.5.4. Clasificación de los Derechos Fundamentales

Sabemos que la Constitución tiene una parte dogmática. Se llama dogmática porque partimos del dogma de la persona humana así como del concepto de dignidad. Y es en la parte dogmática donde aparecen los Derechos Fundamentales, llamados también Derechos Constitucionales o Derechos Humanos.

Quizá, más usualmente, podemos identificar a los Derechos Fundamentales con la clasificación de la cual siempre nos hemos guiado para poder ubicarlos en el texto constitucional. Quizás es aquella con la que más nos familiarizamos, ya que, como dice el Dr. Víctor García Toma (2012), es harto conocida y no puede omitirse por razones didácticas, pues se ha hecho en base a un orden cronológico, es decir,

respondiendo al orden de aparición de ellos en la historia; o en razón del “sujeto”, es decir, como individuales o sociales. Esto no significa que unos derechos tengan más importancia que otros. **Dentro de esta clasificación podemos identificar los Derechos Civiles y Políticos o de Primera Generación; Derechos Económicos, Sociales y Culturales o de Segunda Generación; y los Derechos de Solidaridad o de Tercera Generación.** Esta clasificación, muy relacionada con una de las funciones del Derecho dentro de la sociedad, y me refiero a la función evolutiva según va cambiando la sociedad, nos sugiere que el Derecho debe actualizarse.

Derechos Civiles y Políticos, que son los que se ejercen y protegen individualmente. Son los llamados de Primera Generación. Entre ellos tenemos:

- *Derechos civiles*
 - a. Derecho a la libertad de circulación
 - b. Derecho a la libertad de expresión
 - c. Derecho a la integridad física, psíquica y moral (a no ser golpeado, torturado, insultado)
 - d. Derecho a vivir sin violencia en la familia
 - e. Derecho a la información
 - f. Derecho a que se respete la vida
 - g. Derecho a una nacionalidad.
- Derechos políticos.
 - a. Derecho a elegir y ser elegido o elegida
 - b. Derecho a la libertad de reunión o asociación

Corresponde a los estados garantizar el libre goce de estos derechos. Este tipo de derechos puede reclamarse en todo momento y en cualquier lugar, en condiciones normales.

En casos de emergencia, el Estado puede establecer algunas limitaciones al ejercicio de esos derechos.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; también llamados Colectivos, porque se realizan en la sociedad y benefician a grupos de seres humanos, no a uno en particular. Se les conoce también como de Segunda Generación. Protegen el derecho a disfrutar de condiciones de vida dignas, atendiendo a las necesidades económicas, sociales y culturales de las personas. Entre ellos tenemos:

- Derechos Económicos
 - a. Derecho al trabajo
 - b. Derecho a un sueldo justo
 - c. Derecho a la libertad de trabajo
 - d. Derecho a la propiedad
 - e. Derecho a la organización gremial
- Derechos Sociales
 - a. Derecho a la alimentación y al vestido
 - b. Derecho a la salud
 - c. Derecho a una vivienda
 - d. Derecho a la educación
 - e. Derecho a la recreación
- Derechos Culturales
 - a. Derecho al propio idioma
 - b. Derecho a la cultura propia
 - c. Derecho a la religión

d. Derecho a la creación artística.

Para su realización se requiere que los estados actúen, por lo que su vigencia se encuentra condicionada a las posibilidades reales de cada país para hacerlos realidad.

Ello no significa que los estados puedan excusarse de cumplir con sus obligaciones por no cumplir las condiciones económicas requeridas para ello, pues la obligación del Estado no siempre está relacionada con inversión económica, sino que puede estar vinculada al establecimiento de normas o la conformación de instituciones u organización de sistemas que pongan en práctica actividades determinadas. Por ejemplo, si hablamos del empleo, del establecimiento de un salario mínimo, de vacaciones pagadas, de libertad de organización sindical, hablamos de derechos no solo de los trabajadores estatales sino también de los trabajadores privados, y es una función del Estado, mediante los órganos competentes, aprobar las legislaciones que den el marco para que se respeten esos derechos.

Derechos de los Pueblos, también llamados Derechos de Solidaridad, que son los que se conocen como de Tercera Generación y son una muestra de la progresividad de los derechos. Surgen por la necesidad de cooperación de los países y de los distintos pueblos que los conforman, y tratan de establecer aspectos que no estaban considerados específicamente en los derechos de las dos generaciones anteriores. Contemplan cuestiones de carácter supranacional, como el derecho a la paz, a un medio ambiente sano y a un desarrollo sostenible.

El titular de estos derechos es el Estado, quien puede reclamarlos ante otros estados, pero también pueden ser reclamados ante el propio Estado por grupos pertenecientes a él.

Para que estos derechos se realicen, se requiere la intervención de los diferentes estados, es decir, de la comunidad internacional, ya que, para que se hagan realidad, se deben crear condiciones favorables en el ámbito nacional e internacional.

La posibilidad de que se consagren plenamente estos derechos depende de que nuestras democracias se consoliden, de que se elaboren y ejecuten políticas dirigidas al desarrollo de las personas y a la justicia social. Se requiere, asimismo, que se establezcan nuevas relaciones entre los estados, sin jerarquizaciones entre los llamados fuertes o débiles, desarrollados o subdesarrollados, y en las que el principio de solidaridad entre los pueblos se yerga como guía.

- Los Derechos de los Pueblos son, entre otros:
 - a. Derecho a la paz y al desarrollo.
 - b. Derecho a preservar el medio ambiente, a mantener su equilibrio ecológico y a ejercer soberanía plena sobre sus recursos naturales.
 - c. Derecho a decidir su forma de gobierno, de organización y sus leyes, es decir a su libre determinación.
 - d. Derecho al patrimonio común de la humanidad.
 - e. Derecho a la justicia internacional.

Otras clasificaciones de los Derechos Fundamentales que podemos identificar y que el Dr. Víctor García Toma (2012, 34-38) especifica, son las siguientes:

Por el status de derecho, distinguimos los **Derechos de Personalidad** de los **Derechos de Ciudadanía**. Se distingue aquí entre persona y ciudadanía.

Por la distinción entre **Derechos Arraigados** y **Derechos Instituidos**. Los derechos arraigados son aquellos que, fruto de la tradición, del consenso, se encuentran manifestados en todas las constituciones; en cambio, los derechos instituidos responden a situaciones específicas o particulares de cada pueblo.

Los **Derechos de Libertad** y los **Derechos de Prestación**. Los derechos de libertad son aquellos que comprenden un conjunto de facultades vinculadas con el albedrío, la autodeterminación de las actividades de la persona en el plano de la existencia y coexistencia y los derechos de prestación. Por los derechos de prestación, se plantea al Estado la obligación de dar, hacer, prestar.

Y otra clasificación es la que distingue **Derechos Expresos, Implícitos y Asimilados**. Los primeros se encuentran estipulados de una manera positivista, literalmente; los segundos surgen de la interpretación; y los terceros son los referidos al derecho a la respuesta, derecho que nuestra constitución no contempla.

Características

Al haber establecido la similitud entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, todo lo que se ha dicho para estos últimos nos puede servir para aplicarlo a los primeros en la medida en que se encuentren dentro de un Estado correspondiente. En ese sentido, a continuación presentaremos el conjunto de características y principios que tienen cierto consenso en la doctrina y que aparecen citados en más de un libro (Carruitero Leca y Soza Mesta 2003, 46-60; Calderón Sumarriba 2007, 12-15).

Inherentes: Porque son innatos a todos los seres humanos sin distinción alguna. Se asume que nacemos con ellos. Por tanto, estos derechos no dependen de un reconocimiento explícito por parte del Estado (en nuestra Constitución contamos con el art. 3°).

Universales: Por cuanto se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar; por tanto, no pueden invocarse diferencias culturales, sociales o políticas como excusa para su desconocimiento o aplicación parcial.

Absolutos: Porque su respeto se puede reclamar indistintamente a cualquier persona o autoridad.

Inalienables: Por ser irrenunciables, al pertenecer en forma indisoluble a la esencia misma del ser humano; no pueden ni deben separarse de la persona y, en tal virtud, son intrasmisibles e irrenunciables.

Inviolables: Porque ninguna persona o autoridad puede actuar legítimamente contra ellos, salvo las justas limitaciones que puedan imponerse de acuerdo a las exigencias del bien común de la sociedad.

Imprescriptibles: Porque no se pierden por el transcurso del tiempo, independientemente de si se hace uso de ellos o no.

Indisolubles: Porque forman un conjunto inseparable de derechos. Todos deben ser ejercidos en su contenido esencial, al tener igual grado de importancia.

Indivisibles: Porque no tienen jerarquía entre sí; es decir, no se permite poner unos por encima de otros ni menos sacrificar un tipo de derecho en menoscabo de otro (esto, sin embargo, tiene que ser analizado con mucho cuidado, para lo cual se debe tener presente la teoría de la ponderación).

Irreversibles: Porque todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse.

Progresivos: Porque, dado el carácter evolutivo de los derechos en la historia de la humanidad, es posible que en el futuro se extienda la categoría de derecho humano a otros derechos que en el pasado no se reconocían como tales, o que aparezcan otros que empiecen a verse como necesarios a la dignidad humana y, por tanto, devengan en inherentes a toda persona.

2.5.5. Obligaciones que emanan de los derechos fundamentales

Toda persona, con la finalidad de satisfacer sus necesidades, tiene que desarrollar actividades desde luego lícitas, como trabajar, estudiar, asociarse, y nadie, ni siquiera alguna autoridad, puede ir en contra de ellas, como por ejemplo despidiéndola de una manera injustificada, porque estaría atentado contra el derecho al trabajo, a la educación de sus hijos, a la alimentación, a la salud, etc. Para ello lo ideal es que haya un respeto de los Derechos Fundamentales en su totalidad entre todas las personas; pero, lamentablemente, ello no sucede, lo que podemos corroborar con los conflictos que se presentan o surgen, y que pueden ser ya personales, ya estructurales, o producto de que una parte considera que se le ha vulnerado algún o algunos de sus Derechos Fundamentales. Es por ello que dentro de una sociedad determinada debe haber alguien que haga que los mencionados Derechos Fundamentales no se vulneren y se cumplan, y ese alguien es el Estado, como primer y principal garante, así como también las mismas personas.

Si el Estado es el principal garante para la protección y cumplimiento de los Derechos Fundamentales, definitivamente tiene obligaciones, las cuales son:

Respetar y hacer respetar los Derechos Fundamentales

Garantizar el cumplimiento de los Derechos Fundamentales. Para ello debe llevar a cabo actividades a fin de:

- a. Prevenir su lesión
- b. Investigar los supuestos de daño
- c. Sancionar a los autores del daño
- d. Reparar las lesiones producidas, lo cual implica volver las cosas a su estado anterior.

Satisfacer el cumplimiento de los Derechos Fundamentales, lo que significa que el Estado, a través de todos sus órganos, debe ampliar y mejorar su realización a fin de operativizar los derechos en armonía con los otros bienes y valores constitucionales, así como establecer infraestructura y presupuesto para el ejercicio y satisfacción de los Derechos Fundamentales.

3.6. Los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1993

Los Derechos Fundamentales contemplados en nuestra Constitución actual tienen sus antecedentes en la Constitución Política de 1979, la cual estipula un catálogo amplio de Derechos Fundamentales.

Refiriéndose a estos en nuestra Constitución, la voz autorizada de Marcial Rubio Correa (1999, 105-106) manifiesta lo siguiente:

Los derechos sociales y económicos, que son denominados derechos de segunda generación, constituyen normas que regulan las relaciones sociales y económicas y prestaciones con atención particular de las personas en condiciones que no les permiten atender sus propias necesidades más urgentes. Por consiguiente, los derechos sociales son normas que obligan al

Estado a dar prestaciones en favor de las personas. Estos derechos han disminuido sustantivamente en la enumeración de 1993 con relación a la Constitución de 1979 [...].

Finalmente se consideran también los deberes más importantes del ciudadano dentro de la sociedad política. La Constitución de 1993 los ha reducido a un artículo, el 38.

Todo ello está presidido por la norma del artículo 1 de la Constitución que consagra la primacía de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Cabe mencionar que en la Constitución Política de 1993 se presenta una cláusula abierta, que permite identificar otros Derechos Fundamentales no expresamente mencionados, pero que se desprenden de los explicitados. Nos referimos al artículo 3°.

Artículo 3° La enumeración de los derechos establecidos en el capítulo I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Por razón de que existe una cláusula abierta en nuestra Constitución, la cual contempla los derechos no expresos, estos, del mismo modo que los derechos expresos, existen en nuestra Constitución y tienen protección procesal reforzada y urgente, puesto que todos los derechos reconocidos implícita o explícitamente en ella tienen un status similar. Tal protección se encuentra contemplada en su artículo 200°:

Artículo 200° Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.
3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, incisos 5) y 6) de la Constitución.

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular, que procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137° de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

2.6.1. Acceso a la justicia

Una vez entendidos los Derechos Fundamentales, es necesario comprender que éstos de nada sirven si no existen mecanismos y procedimientos efectivos y rápidos para su protección y su defensa. El derecho que tenemos todos a esa protección del Estado es lo que entendemos por acceso a la justicia. De lo contrario, los derechos serían un listado de buenas intenciones y no normas jurídicas de cumplimiento obligatorio.

El acceso a la justicia es el derecho que tenemos todos a que la administración de justicia resuelva y solucione de manera eficaz los conflictos o problemas, de acuerdo a las normas y a las leyes vigentes, actuando siempre con independencia e imparcialidad.

Implica el derecho que tiene toda persona a ser protegida por las distintas autoridades del sistema de administración de justicia, cada vez que una autoridad pública o una persona particular viole o ponga en peligro un derecho reconocido por la Constitución Política, los tratados de Derechos Humanos o las leyes.

De nada sirve un derecho reconocido si no se puede acceder al sistema judicial para obtener su respeto, realización o protección; es decir; de nada sirve ser formalmente titular de un derecho si no es posible gozar materialmente de este.

El sistema de justicia en el Perú es una de las áreas de la gestión pública en que se manifiesta con mayor dramatismo la discriminación y la desprotección de los sectores más débiles de la población. Expresa las profundas desigualdades sociales existentes en el país y, a la vez, las alimenta y reproduce. En los últimos años, la propuesta más seria para poner en marcha una profunda reforma judicial en el Perú la dio la Comisión para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), que considera la necesidad de establecer puentes entre la Justicia Estatal y la justicia comunal.

El acceso a la justicia de la población rural requiere de una reforma del Estado que cambie la relación que éste mantiene con las comunidades rurales andinas y pobres, así como la refundación de la administración de justicia. La atención de las necesidades que la población rural tiene, dentro de una tutela jurídica adecuada, requiere de diferentes mecanismos de protección de derechos, de un ordenamiento jurídico que permita la resolución de conflictos y de servicios de justicia que se adecúen a las demandas de la población rural.

El principal problema de la justicia en el Perú son sus serias limitaciones al acceso universal de los ciudadanos a la justicia.

Reconocer la falta de acceso a la justicia es quizás una de las mejores formas de entender los problemas y la crisis de la justicia en el Perú.

2.6.2. Los operadores de justicia

En el documento del Plan de Fase del Programa de Acceso a la Justicia en Comunidades Rurales - PROJUR, 2007-2010, se pueden identificar los siguientes operadores prioritarios de la administración de justicia que tienen la obligación de atender y hacer cumplir el derecho de acceso a la justicia: Autoridades y operadores de justicia estatal, Autoridades y operadores de justicia estatal no

judicial, Autoridades y operadores de justicia comunal, Autoridades y actores locales, Gobiernos municipales y organizaciones locales.

Tabla 2: Actores locales involucrados

Unidades de Intervención	Actores	Descripción de sus funciones
Autoridades y Operadores de Justicia Estatal	Jueces de Paz Jueces mixtos Fiscalías Provinciales Cortes Superiores de Justicia Personal Jurisdiccional	Su función principal es la administración de justicia. Son operadores del sistema de justicia, forman parte de la estructura del Poder Judicial, sujetos a la Ley Orgánica en sus funciones.
Autoridades y operadores de Justicia estatal no judicial	Defensorías Municipales del Niño y del Adolescente. Policía Nacional del Perú Tenientes Gobernadores	Tienen como función las tareas de defensa y atención de los problemas que afectan a la niñez y la adolescencia. Están incorporadas en la estructuras de los gobiernos locales. Desarrollan diversas acciones para regular conflictos y canalizan demandas diversas de la población. La Policía Nacional y los tenientes gobernadores dependen del Ministerio del Interior. Son funcionarios que representan al ejecutivo y asumen tareas de seguridad y representación política en sus respectivos territorios.
Unidades de Intervención	Actores	Descripción de sus funciones.
Operadores de Justicia comunal	Rondas Campesinas Comunidades Campesinas Defensorías comunitarias	Están reconocidas en la Ley y canalizan diversas demandas de justicia de la población. Son actores comunales y han desarrollado históricamente capacidades de administrar justicia en sus comunidades.
Autoridades y actores locales	Gobiernos municipales, organizaciones sociales de base, JASS, líderes sociales.	Deben garantizar la protección de derechos y las demandas de justicia de su población. Son autoridades locales que dirigen el desarrollo en sus respectivos territorios.
Población rural	Campesinos (mujeres y varones) y familias de las zonas rurales.	Es la población rural que enfrenta diversas vulneraciones a sus derechos

Fuente: Projur, 2007-2010, 27-28

De los Derechos Fundamentales que contempla nuestra Constitución, los que desarrollaremos son tres: al debido proceso, a la tutela jurisdiccional y a la identidad étnica y cultural.

2.6.3. Derecho al debido proceso

Toda persona involucrada en un proceso judicial, ya sea como denunciante o denunciado, demandante o demandado, exige o está a la expectativa de que el proceso judicial se lleve con toda transparencia y se respeten las garantías mínimas⁸, como son la imparcialidad de los jueces, igualdad de las partes ante la ley procesal, contar con un abogado defensor, respeto de los plazos, ingreso de sus medios probatorios adecuados, apelación a una instancia superior si la decisión tomada no le pareció pertinente, respeto a la cultura a la que pertenece, etc., para que así se dé una correcta administración de justicia y se diga que se estuvo o se está ante un juicio justo.

⁸ Las principales reglas del debido proceso contempladas en la Constitución Política del Perú de 1993 son: a) Juicio previo (art. 139, inc. 3 y 10 de la Constitución), b) Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional (art. 139, inc. 1 de la Constitución), c) Imparcialidad de los jueces (art. 139, inc. 2 de la Constitución), d) Igualdad de las partes ante la ley procesal (art. 2, inc. 2 y art. 103 de la Constitución), e) El derecho de defensa (art. 139, inc. 14 de la Constitución), f) Cláusula de no incriminación. Cualquier prueba debe obtenerse de manera regular (art. 2, inc. 24 literal h, de la Constitución), g) Principio de la presunción de la inocencia, h) Principio de la instancia plural. (art. 139, inc. 6 de la Constitución), i) Fundamentación de las decisiones o sentencias, j) Carácter obligatorio de las resoluciones judiciales (art. 139, inc. 2 y 146, inc.1 de la Constitución), k) Independencia absoluta de los funcionarios judiciales (art. 139, inc. 2 y 146, inc. 1 de la Constitución), l) Principio de la excepcionalidad de la detención. La detención no se puede realizar comúnmente, sino sólo excepcionalmente. Todos tenemos derecho a la libertad y a la seguridad personal (art. 2, inc. 24 literal f, de la Constitución), m) Fundamentación de la detención (art. 139, inc. 15 de la Constitución), n) Excepcionalidad de la incomunicación (art. 2, inc. 24 literal g, de la Constitución), o) Principio del juez natural (art. 139, inc. 1 y 3 de la Constitución), p) Principio In dubio pro reo y conflictos de leyes penales en el tiempo (art. 139, inc. 11 de la Constitución), q) Principio de la cosa juzgada (Art. 139, inc. 2 y 13 de la Constitución), r) Garantía de la inviolabilidad de domicilio (art. 2, inc. 9 de la Constitución), s) El derecho al propio idioma (art. 139, inc. 5 de la Constitución), t) No debe dejarse de administrar justicia por vacío o defecto de la ley (art. 139, inc. 8, de la Constitución), u) No hay condena en ausencia (art. 139, inc. 12 de la Constitución).

Por ello podemos ver que el debido proceso es un Derecho Fundamental y se materializa en aquellas garantías mínimas e ineludibles que permiten un resultado justo, equitativo e imparcial en un proceso judicial.

En el artículo 139°, inc. 3, se menciona la observancia al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Esta mención en nuestra Constitución vigente nos explica que “el Debido Proceso Legal, en la actualidad, no sólo es considerado un derecho constitucional sino también derecho fundamental; vale decir, uno de los derechos humanos exigibles al Estado moderno de derecho” (Bernaes Ballesteros 1999, 641). En palabras de García Toma, se denomina derecho al debido proceso

al conjunto de derechos, principios y garantías que permiten que la tutela procesal de los derechos fundamentales de la persona sea realmente efectiva durante el desarrollo de un proceso o procedimiento; vale decir, en la etapa que transcurre desde la admisión de la demanda planteada por o contra un justiciable hasta la decisión jurisdiccional (García Toma 2008, 632).

En sentencia del Tribunal Constitucional Peruano (Exp. N° 0200-2002-AA, 15/10/05, P, FJ, 3), se dice con toda precisión respecto al derecho al debido proceso:

El debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, al acceso a los recursos, a probar, al plazo razonable, etc. (Gaceta Jurídica 2008, 483)

Notamos, entonces, que el debido proceso incluye una serie de derechos y garantías mínimas dentro de él. A ellos los llamaremos indicadores que nos permiten conocer la presencia del mencionado derecho. En este sentido, haciendo una alusión directa al derecho de defensa, Morales Godo manifiesta que: “el derecho de defensa, expresión del mero proceso, se cumple mediante normas de procedimientos que no son meras formalidades, sino actos reales” (2005, 404).

2.6.4. Derecho a la tutela jurisdiccional

Todas las personas, como componentes de una sociedad, lo que pretendemos es satisfacer nuestras necesidades. Pero para ello hay que realizar actividades, como estudiar, trabajar, organizarse, etc.; y, cuando alguna de ellas viene cumpliéndolas,

lamentablemente personas de su entorno o personas que cuentan con poder social, político, económico, etc., tratan de obstaculizar su objetivo, vulnerando así sus derechos. Como consecuencia de ello se presentan conflictos ya interpersonales, ya estructurales. Frente a estos casos la persona o personas que consideran se les ha afectado ciertos derechos fundamentales, recurren al Poder Judicial, en el que opera un tercero imparcial, también denominado operador jurídico, para exigir justicia sobre una materia específica con la finalidad de alcanzar protección, resarcimiento por daño o una reparación civil. El que las personas acudan al aparato judicial para pedir se les haga justicia, o, más precisamente, el que recurran al órgano jurisdiccional a solicitar se imparta protección a sus derechos, implica la existencia de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, lo que llevaría a que mediante un proceso determinado se llegara a satisfacer la pretensión solicitada.

Así pues, tal como lo dice Luis A. Talavera Herrera, hay que tener cuidado, porque el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva no conlleva necesariamente a la obtención de una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por la persona o el sujeto de derecho solicitante o peticionante, sino que más bien supone la atribución que tiene el Juez, que representa al aparato jurisdiccional, de dictar una resolución conforme a derecho, y siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos exigidos por ley.

Por otro lado, el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 8125-2005HC/TC, hace notar la diferencia entre debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva en los siguientes términos:

La tutela judicial efectiva, como marco objetivo, y el debido proceso, como expresión subjetiva y específica, están previstos en el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución Política del Perú. 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, así como la observancia de los 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 preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en la de carácter sustantivo se relaciona con los estándares de justicia, como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer (Fundamento 6).

Algunos años más tarde, el propio tribunal, en el Exp. 2802-2005-PA/TC, presentará la relación entre estos derechos del siguiente modo:

Al respecto, previamente este Colegiado considera pertinente recordar que el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no sólo se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos. Este enunciado ha sido recogido por el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que define la tutela procesal efectiva como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio, a la igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada ni sometida a procedimientos distintos de los previos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal. En consecuencia, el debido proceso forma parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta en las denominadas garantías que, dentro de un *íter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución. (fundamento 13)

En nuestra tesis lo que nos interesa es que el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, para ser tales, incluyen dentro de sí el acceso al sistema judicial, la obtención de una resolución motivada y el derecho a la defensa.

2.6.5. Derecho a la identidad étnica y a la identidad cultural

Antes de centrarnos en desarrollar lo concerniente al Derecho a la identidad étnica y a la identidad cultural, será pertinente abordar el tema de cultura.

2.6.5.1. Cultura

Revisando la historia, se recordará que el término cultura surge en Europa, entre los siglos XVIII y XIX, el mismo que se refería a un proceso de cultivación o mejora, en la agricultura o en horticultura. Así mismo, en el siglo XIX el término cultura pasó primero a referirse al mejoramiento o refinamiento de lo individual, especialmente a través de la educación, y luego al logro de las aspiraciones o ideales nacionales.

En el siglo XX, el término cultura surgió como un concepto central de la antropología, abarcando todos los fenómenos humanos que no son el total resultado de la genética.

Al término cultura, que proviene del latín *cultus*, lo podemos identificar cuando definimos a la sociedad como el conjunto de individuos que comparten una cultura, que se relacionan interactuando entre sí, cooperativamente, para formar un grupo o una comunidad; y cuando señalamos que la cultura es una especie de tejido social que abarca las distintas formas y expresiones de una sociedad determinada. Por lo tanto, las costumbres, las prácticas, las maneras de ser, los rituales, los tipos de vestimenta y las normas de comportamiento son aspectos incluidos en la cultura.

Pero, dando una definición más precisa de cultura, podemos partir de la manifestada por Sir Edward Taylor, quien la concibe como “esa compleja totalidad que incluye el conocimiento, el credo, el arte, la moral, el derecho, la costumbre, así como otros hábitos”; y continuar con la de Adriana Arias Giral, quien dice que la cultura es el conjunto de símbolos (como valores, normas, actitudes, creencias, idiomas, costumbres, ritos, hábitos, capacidades, educación, moral, arte, etc.) y objetos (como vestimenta, vivienda, productos, obras de arte, herramientas, etc.) que son aprendidos, compartidos y transmitidos de una generación a otra por los miembros de una sociedad; por tanto, es un factor que determina, regula y moldea la conducta humana.

Xavier Albó define la "cultura" como "el conjunto de rasgos compartidos y transmitidos por un determinado grupo humano que sirven para organizar su forma de vida, darle identidad y diferenciarlo de otros grupos humanos" (2000,74).

Por lo dicho, podemos decir, entonces, que la cultura es el conjunto de pautas aprendidas de acción, sentimiento y pensamientos compartidos por todos los integrantes de una sociedad y que también varía de una a otra.

2.6.5.2. Clasificación de culturas

Teniendo en cuenta sus definiciones, se podría clasificar la cultura de la siguiente manera:

- a. Tópica: La cultura consiste en una lista de tópicos o categorías, tales como organización social, religión o economía.
- b. Histórica: La cultura es la herencia social, es la manera en que los seres humanos solucionan problemas de adaptación al ambiente o a la vida en común.
- c. Mental: La cultura es un complejo de ideas o hábitos aprendidos, que inhiben impulsos y distinguen a las personas de las demás.
- d. Estructural: La cultura consiste en ideas, símbolos o comportamientos modelados o pautados e inter-relacionados.
- e. Simbólica: La cultura se basa en los significados arbitrariamente asignados que son compartidos por una sociedad.

2.6.5.3. Elementos de la cultura

Los elementos de la cultura se dividen en:

- a. **Materiales.** Son todos los objetos, en sus estados naturales o transformados por el trabajo humano, que un grupo están en condiciones de ser aprovechados en un momento dado de su devenir

histórico: tierra, materias primas, fuentes de energía, herramientas, utensilios, productos naturales y manufacturados, etcétera.

- b. **De organización.** Son las formas de relación social sistematizadas, a través de las cuales se hace posible la participación de los miembros del grupo cuya intervención es necesaria para cumplir la acción. La magnitud y otras características demográficas de la población son datos importantes que deben tomarse en cuenta al estudiar los elementos de organización de cualquier sociedad o grupo.
- c. **De conocimiento.** Son las experiencias asimiladas y sistematizadas que se elaboran, se acumulan y se transmiten de generación a generación, y en el marco de las cuales se generan o incorporan nuevos conocimientos.
- d. **Simbólicos.** Son los diferentes códigos que permiten la comunicación necesaria entre los participantes en los diversos momentos de una acción. El código fundamental es el lenguaje, pero hay otros sistemas simbólicos significativos que también deben ser compartidos para que sean posibles ciertas acciones y resulten eficaces.
- e. **Emotivos.** También pueden llamarse subjetivos. Son las representaciones colectivas, creencias y valores integrados que motivan a la participación y/o la aceptación de las acciones: la subjetividad aparece como un elemento cultural indispensable.

2.6.6. La Diversidad Cultural

La diversidad cultural, que se celebra mundialmente los 21 de mayo de cada año, fue proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en el año 2001. El propósito fue profundizar nuestras reflexiones sobre los valores de la diversidad cultural para aprender a vivir mejor juntos y en paz en sociedad. La diversidad cultural se manifiesta por la diversidad del lenguaje, de las creencias religiosas, de las prácticas del manejo de la tierra, en el arte, en la música, en la estructura social, en la selección de los cultivos, en la dieta y en todo número concebible de

otros atributos de la sociedad humana. En los últimos años, si podemos ser más precisos, hace unos 5 lustros, la diversidad cultural no era un punto principal desde una mirada de análisis o reflexión de tipo teórico ni mucho menos práctico. Y ni qué decir de acciones implantadas dentro de la agenda local, nacional e internacional, a pesar de que era un tema que traspasaba fronteras. Pero muchos nos preguntamos cuál fue o, en algunos casos, cuáles siguen siendo sus factores. Una respuesta que podemos dar es, por ejemplo, la inferioridad numérica de operadores jurídicos comunales.

Pero como la sociedad es cambiante, así como la coyuntura social, y por impulso de organizaciones sociales en distintas naciones como Bolivia, Colombia, y Perú, se promovió el reconocimiento de derechos a las personas que practicaban una cultura diferente a la de las personas de las ciudades. Las primeras, al igual que las segundas, fueron enmarcadas en normas de mayor jerarquía, como lo son sus constituciones. Es así que la diversidad cultural se hace cada día más visible, provocando que los estados deban dar cuenta de la protección de determinados derechos. Como dice la UNESCO, hoy en día el reconocimiento y el respeto de la diversidad cultural, como factor de cohesión social, desarrollo sostenible y estabilidad, constituyen un elemento esencial de las preocupaciones los centros de interés nacionales e internacionales.

Entonces, ante la necesidad de reflexionar seriamente acerca del respeto de las diferencias y de las consecuencias prácticas que se derivan para el ordenamiento jurídico vigente; ante la necesidad de considerar que coexisten dentro de los límites de un mismo Estado sistemas de regulación social claramente diversos, es imposible no abordar el tema desde múltiples dimensiones que puedan dar cuenta del fenómeno de la diversidad y a la vez orienten el mejor modo de plasmar una política criminal que contemple la igualdad ante la ley –paradójicamente – tolerando y respetando la diferencia.

2.6.6.1. La diversidad cultural en el Perú

Para un abogado, así como para un operador de justicia ordinario formado durante varios años en el mundo del Derecho positivo y con cursos como el Derecho romano o el Derecho italiano o el Derecho anglosajón, quizás en

la actualidad los términos Derecho consuetudinario o Derecho folk, pluralismo jurídico, interculturalidad, sistema de justicia local, entre otros términos, sean extraños o desconocidos. Ello porque siempre se ha hecho entender que el derecho, como grupo de normas escritas en códigos, se aplica, ante un conflicto que se ha suscitado, en determinadas jurisdicciones donde existen cortes. Ello se puede notar aun cuando hasta la fecha son llevados los miembros de las rondas campesinas ante los operadores formales, como son la policía, el fiscal o el juez, y son denunciados por usurpación de funciones o por secuestro o por lesiones.

Estos procesos les suelen significar prisión, coronando de esta forma una suerte de justicia oscurantista ultra - positivista, que persigue a las autoridades ronderas, tildándolas de herejes y rebeldes, porque se resisten a ceñirse a los cánones del positivismo jurídico, profanando y blasfemando, según ella, lo establecido en códigos y leyes.

Entonces viejos y nuevos problemas en muchas ocasiones conllevan a conflictos. Para que ello sea superado, ya sea a corto, ya a mediano, ya a largo plazo, quizá uno de los pasos a seguir sea plantear o proponer algunas acciones, que podrían abarcar una mirada institucional, pasando por el plano legal para terminar en el organizacional.

Pero nos hemos preguntado, ante el hecho de que la población no sabe qué es un código ni mucho menos las normas escritas, pues hace su vida cotidiana en base a sus costumbres, ¿cómo deberíamos conceptualizar al derecho?

Siguiendo a Hart, podríamos tratar de ensayar la construcción de un concepto del Derecho a partir del pluralismo jurídico en Cajamarca, a fin de lograr identificar determinados factores que se unen y se mezclan para construir una compleja base normativa y moral que permita la convivencia entre lo diverso y no ver al derecho solamente como lo que está escrito.

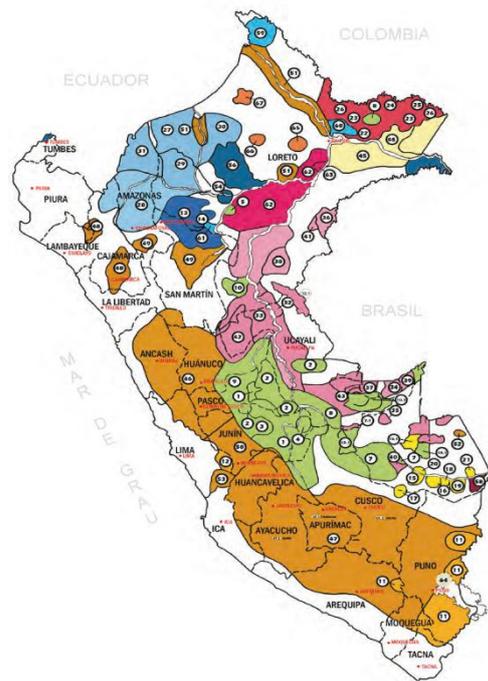
Vivimos en un país diverso no solo por sus diversos climas y recursos naturales, sino también por su divergente geografía, sus diferencias sociales y sus diversas culturas. Además, somos uno de los países con mayor

diversidad etnolingüística y cultural del continente americano. Tal es así, que en la región amazónica, que ocupa el 62% de nuestro territorio nacional, existen 42 grupos etno-lingüísticos.

Por otro lado, nuestra diversidad cultural, que tiene tres segmentos: el de la cultura occidental, ubicada en la costa; el de la cultura andina, situada en la sierra; y el de la cultura selvática, si bien es cierto que se manifiesta en diferentes lenguas o idiomas, también se manifiesta en las diversas formas de vestir, de preparar las comidas, de expresar sus cultos y creencias religiosas, así como de organizaciones sociales y hasta de tratar las enfermedades. Y esto no es todo, pues también existen diferentes formas de resolver los conflictos y de armonizar la vida en sociedad, todas ellas legitimadas socialmente, lo que otorga validez a estos códigos de conducta aún no escritos y que se basan en una moral social acorde a las diferentes tradiciones, creencias y cosmovisiones de las diferentes identidades culturales.

De suerte que, en un escenario como Cajamarca, la justicia de las rondas campesinas aparece como una expresión de la moral social que tiene plena aceptación, legitimidad y validez, una validez que no tiene su fuente en instituciones jurídicas constituidas en abstracto, que no se basa en algo gaseoso y lejano de la población, sino que es una validez que tiene como fuente natural, fresca y directa al pueblo.

Podríamos decir que la diversidad cultural en nuestro país, definitivamente, favorece el desarrollo, y ello se debe a la compleja variedad de componentes tales como étnicos, sociales, tradicionales, regionales, de orden fáunico y vegetal.

Mapa 1: Mapa etno-lingüístico del Perú

Arawaw
 Aru
 Aymara
 Cahuapana
 Castellano
 Harakmbut
 Huitoto
 Jíbaro

Pano
 Peba-Yagua
 Quechua
 Tacana
 Tucano
 Tupi-Guaraní
 Uro-Chipaya
 Zaparo

Fuente: Rodríguez Villa 2011.

2.6.7. El reconocimiento de la diversidad cultural en la Constitución Política del Perú

Nuestra Constitución Política vigente reconoce al Perú como un país diverso y multicultural.

Art. 2. Derechos fundamentales de la persona.

Toda persona tiene derecho:

19. “A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”

Artículo 48.- Idiomas oficiales

“Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

Artículo 89.- Comunidades Campesinas y Nativas.

“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior⁹. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

Artículo 139° Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

Inc. 8 “El principio de no 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”.

Artículo 149°

“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de

⁹ **Artículo 88°.** El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

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

coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

De acuerdo a lo documentado líneas arriba, se puede desprender o relacionar los términos interculturalidad, pluralismo jurídico y derecho consuetudinario, los cuales se desarrollan en el siguiente punto.

2.6.8. Interculturalidad

La interculturalidad es un proceso de interrelación que parte del reconocimiento de la diversidad y del respeto a las diferencias, y que implica relaciones complejas, negociaciones e intercambios culturales que buscan desarrollar una interacción social equitativa entre personas, conocimientos y prácticas diferentes.

Para Cañulef (apud. Salcedo Lobatón 2011, 15) la interculturalidad debe entenderse como el respeto y reconocimiento mutuo de las diferencias, la aceptación del otro como legítimo otro en la convivencia, el diálogo respetuoso y permanente, la comunicación y la negociación para la búsqueda del bien común.

La interculturalidad aspira a la profunda interacción entre culturas a través del respeto y reconocimiento de:

- a. Las diferencias y convergencias entre personas y grupos
- b. Las identidades individuales y colectivas
- c. Los conocimientos de cada cultura
- d. Los valores compartidos
- e. Las normas de convivencia legitimada y aceptada

Aplicada al ámbito jurídico, de acuerdo con Catherine Walls (apud. Salcedo Lobatón 2011, 15), la interculturalidad se centra en la transformación de la relación entre pueblos, nacionalidades y otros grupos culturales, relación en la que interviene también el Estado a través de sus instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas.

Si bien el reconocimiento estatal del pluralismo jurídico contribuye al empoderamiento de los pueblos indígenas, la legalización del pluralismo, por sí sola, no garantiza que el sistema estatal no se superponga a los otros sistemas de justicia indígenas y nativos que coexisten en un mismo país.

Según Xavier Albó (apud. Salcedo Lobatón 2011, 16), la interculturalidad no constituye un proceso unidireccional, sino más bien un proceso de diálogo en ambas direcciones. No se trata de que el derecho consuetudinario evolucione hacia el derecho ordinario o estatal, ni de que el sistema ordinario evolucione hacia el derecho consuetudinario, sino de que, como sugiere Albó, se busque un enriquecimiento y una posible convergencia intercultural jurídica, que permitan lograr una sinergia entre los principios subyacentes en el derecho indígena y en los principios del derecho estatal.

2.6.9. Pluralismo Jurídico

Es diferente la forma de hacer justicia de un juez especializado en lo penal de la que realiza el juez de paz o una autoridad comunal o la ronda campesina. Son formas diferentes de hacer justicia que conviven en una sola nación, que es el Perú. Por eso a ese conglomerado de diferencias se llama Pluralismo Jurídico (Projur2010).

Justamente, sobre el Pluralismo Jurídico, Patricia Urteaga, en su libro *Reimaginando el derecho: Visiones desde la Antropología y otras ciencias sociales* (2009, 107), menciona que el pluralismo legal ha sido un tema recurrente en la antropología del derecho; indica que fue en la era post colonial en que los académicos norteamericanos le prestaron mayor atención al fenómeno; señala que en los años cincuenta y sesenta algunos antropólogos empezaron a explorar la multiplicidad de órdenes legales coexistentes en un mismo ambiente social; y alude que veinte años después, y hasta la fecha, el interés por el pluralismo jurídico legal se expandió a los foros académicos de la antropología y a los estudios legales. Para corroborar ello, podemos mencionar, por ejemplo, el caso de Perú, donde, en los últimos años, el Poder Judicial muestra una especial preocupación por mejorar los servicios de justicia y superar las barreras de acceso a ella, las cuales ponen a gran parte de la población de nuestro país en condiciones

sumamente desfavorables para el ejercicio de este derecho. En este sentido, el Poder Judicial ha llevado a cabo variados esfuerzos para lograr un mayor conocimiento del sistema de justicia comunal, así como un mejor acercamiento a este, lo cual podemos corroborar con los últimos congresos sobre justicia intercultural realizados en La Merced, Cajamarca, Huaraz y Lima.

Pospisil (apud. Urteaga Crovetto, 108) afirma que ninguna sociedad posee un sistema legal único y consistente, sino tantos sistemas como subgrupos operan.

Sobre lo convenido líneas arriba, podríamos preguntarnos ¿qué es el pluralismo jurídico en sí? Hay para esta pregunta distintas respuestas, ya sea la antropológica, ya sea la del derecho, siendo quizás una respuesta más concreta y específica la de Merry (apud. Urteaga Crovetto¹²¹), quien señala que el pluralismo legal es una situación en la que dos o más sistemas legales coexisten en el mismo espacio social. Podemos poner como ejemplo el hecho de que en la sociedad peruana están presentes el sistema de justicia ordinaria y el sistema de justicia comunal para solucionar conflictos, lograr el control social y, con ello, garantizar la paz social. Por ello podríamos decir que está presente el pluralismo jurídico.

Así mismo, el Dr. Armando Guevara (2013) considera que el pluralismo jurídico es la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos sobre las mismas situaciones sociales en un espacio geo-político determinado (e.g., estado-nación, imperio, confederación). Basados en esta realidad, los teóricos de la pluralidad legal plantean una premisa central, a saber, que el derecho no es un monopolio del Estado. Por eso afirman que, en oposición a las teorías monistas sobre la vigencia de un solo sistema legal en un espacio y tiempo determinado, lo que ocurre es que diversos "derechos" tienen vigencia social en forma simultánea y conflictiva. En rigor, esta pluralidad es una cualidad estructural presente en cualquier sociedad, porque ninguna está completamente subordinada a una sola fuente productora de derecho.

Jorge Torres Manrique (s/f) expresa que el pluralismo jurídico es la existencia de dos o más sistemas jurídicos dentro del territorio de un Estado, uno de los cuales es el sistema jurídico nacional y el otro u otros los de los pueblos indígenas.

2.6.10. Derecho Consuetudinario.

La Dra. Patricia Urteaga Crovetto (2009) cita a Bohannan, quien dice que el derecho es distinto a la costumbre, pues mientras ésta es un cuerpo de normas que la gente generalmente obedece, el derecho se caracteriza porque la gente lo recrea en contextos específicos.

Continúa la Dra. Urteaga manifestando lo siguiente, lo cual comparto plenamente: que la distinción entre costumbre y derecho está conceptualmente ligada a la idea de ‘derecho consuetudinario’, en el sentido de que ambos surgieron para explicar y diferenciar el derecho ‘civilizado’ del derecho ‘primitivo’.

El uso del término ‘derecho consuetudinario’ se remonta a la era de las civilizaciones griega y romana, cuando filósofos griegos y legisladores romanos consignaron el término en sus escritos legales con el afán de distinguir el derecho escrito del no-escrito y también de la costumbre que tenían los pueblos ‘bárbaros’ (Bergh 1986). Tres características identificaban al derecho consuetudinario: 1) Se originaba antes de los códigos; es decir, no era escrito. 2) Derivaba de la costumbre, que es un campo en que se encuentran simultáneamente el derecho, la religión, la moral, etc. 3) No era autónomo sino que estaba inserto en la sociedad. (Urteaga Crovetto 2009, 32)

El derecho consuetudinario, para decirlo en un lenguaje más sencillo, es una verdadera norma de convivencia social que se desprende de hechos que se producen repetidamente en el tiempo en un territorio concreto y que es de aceptación social; tiene fuerza vinculante, es considerado fuente del derecho, y el derecho positivo recurre a él cuando no existe ley o norma jurídica escrita aplicable a un hecho específico. Conceptualmente, es un término opuesto al de derecho escrito o derecho positivo.

2.6.11. El Derecho fundamental a la identidad étnica y a la identidad cultural

Quiero comenzar el desarrollo de este punto, el cual comparto, con lo manifestado por Bernales Ballesteros, quien dice que el reconocimiento de estos derechos es una novedad en la Constitución Política del Perú de 1993, teniendo en cuenta que la Constitución Política de 1979 no los consignó como derechos formales.

Sabemos que en los seres humanos que componen una sociedad encontramos distintos caracteres innatos o propios, que vienen a constituir su identidad. Unos

son individuales como la raza a la que pertenecen, su forma de comportamiento dentro de su sociedad, etc., los cuales, podemos decir, forman parte de su identidad étnica; mientras que otros son los que caracterizan en común a los integrantes de una sociedad, como pueden ser resolver sus conflictos, curarse, vestirse, los cuales, podemos decir, forman parte de su identidad cultural. En ambos, contemplados en el artículo 2º, inc. 19, de la Constitución Política del Perú de 1993, se especifica que el concepto de identidad étnica se divide en dos componentes fundamentales. “El primero consiste en que cada ser humano tiene derecho a mantener sus rasgos étnicos como un valor propio; el segundo, en que tiene derecho a que su etnia sea considerada como un valor particular y distinto” (Bernaes Ballesteros 1999, 155).

La vinculación entre la identidad étnica y cultural es muy estrecha. Así, “la identidad cultural es análoga a la identidad étnica, pero se refiere esta vez a la preferencia cultural de la persona, es decir, a su cosmovisión de la vida. La cultura es, en definitiva, la manera de vivir” (Bernaes Ballesteros 1999, 155). En este sentido, tal como lo señala Antonio Peña Jumpa, el derecho a la identidad cultural puede ser definido como aquella facultad o poder de ejercicio de las personas o grupo de personas que pertenecen a un determinado grupo humano o social, que consiste en: a) Obrar o actuar de acuerdo con el sentido del grupo humano o social que, a su vez, agrupa intereses y valores, y b) Obrar o actuar de acuerdo con la experiencia del grupo humano o social que, a su vez, agrupa los hechos, la historia en: b1) La existencia de rasgos “totales” con base en tal sentido y experiencia de actos que se comparten y transmiten en el grupo humano o social, y b2) La capacidad de tales rasgos de organizar o configurar una forma o estilo de vida en el grupo humano o social.

Notamos, entonces, que lo cultural hace referencia a la forma en que las personas vemos al mundo; mientras que la identidad étnica, a la organización o al grupo en que ellas fueron creciendo. Tanto es así, que sería conveniente dar por oportuna la siguiente cita de García Toma: “La etnia refleja la existencia de un grupo humano que comparte las mismas propiedades culturales en todas sus manifestaciones coexistentes” (2008, 273).

2.6.12. Respecto al derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva

Si con el peritaje antropológico, tal como lo hemos podido apreciar, se puede garantizar el derecho a la identidad ética y cultural, que es un derecho fundamental reconocido a nivel nacional e internacional, al no realizarse o no ser aceptado por los justiciables en un proceso penal que involucre al Art. 15° del C.P., no solo estaría siendo vulnerado ese derecho, sino que podríamos decir también que se estaría atentando contra el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Tal como lo manifiesta César Landa, citado por Juan Carlos Ruiz Molleda (2013), 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, permitiendo de esa manera que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos, su validez y eficacia son definidas por el respeto a los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ratifica este respeto en la Sentencia N.° 763-2005-PA/TC, f.j. 6, al indicar que

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

De la misma manera que en el derecho anterior, podremos ver que, definitivamente, la no realización del peritaje antropológico en un proceso penal viola el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Como dice Juan Carlos Ruiz (2013), si tenemos en cuenta que toda persona tiene la facultad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier otra pretensión, la no realización del peritaje impedirá que el inculpado pueda defenderse debidamente, toda vez que no podrá explicar adecuada y cabalmente al juez o al tribunal las razones de su

conducta. Todo ello, pues, constituye una violación al derecho a la protección judicial por parte del Estado y al derecho de acceso a la justicia en general.

CAPÍTULO 3

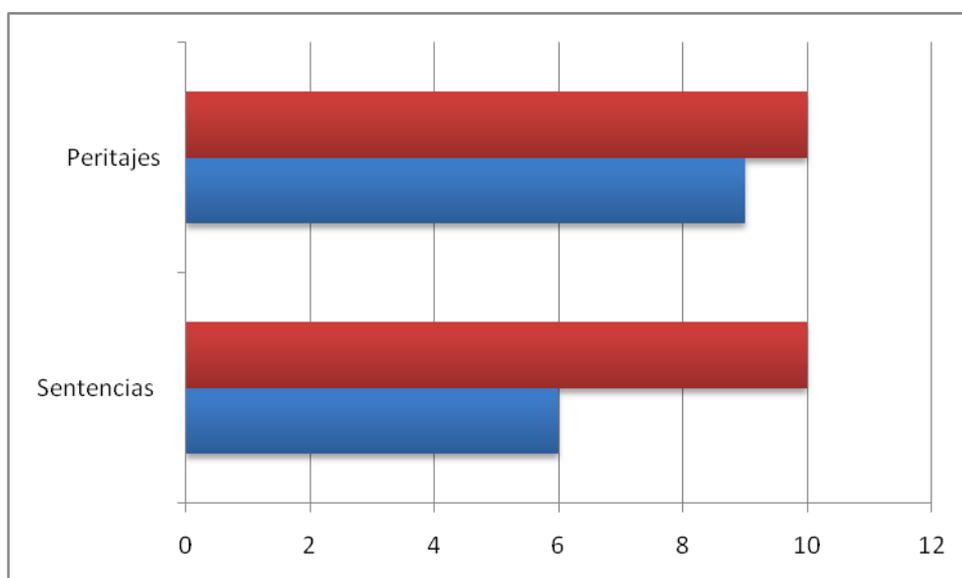
RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1 Resultados Generales del análisis de expedientes

Luego de haber coordinado con todos los juzgados penales del Distrito Judicial de Cajamarca y de haber obtenido las copias respectivas, se procedió a la lectura de los expedientes. Informamos que, si bien es cierto que tuve acceso a los diez expedientes existentes, mis unidades de análisis principales (peritajes y sentencias) no estuvieron presentes en todos ellos.

En efecto, recogí los expedientes hasta el 06 de diciembre del 2013 y, desafortunadamente, en todos ellos no contamos con sentencias ni con peritajes. Se hace esta mención pues, si bien es cierto que nuestra unidad de análisis está constituido por ellos, en los expedientes dentro del período que abarca la investigación, no están presentes en todos ellos. Esta relación la apreciamos en el siguiente gráfico.

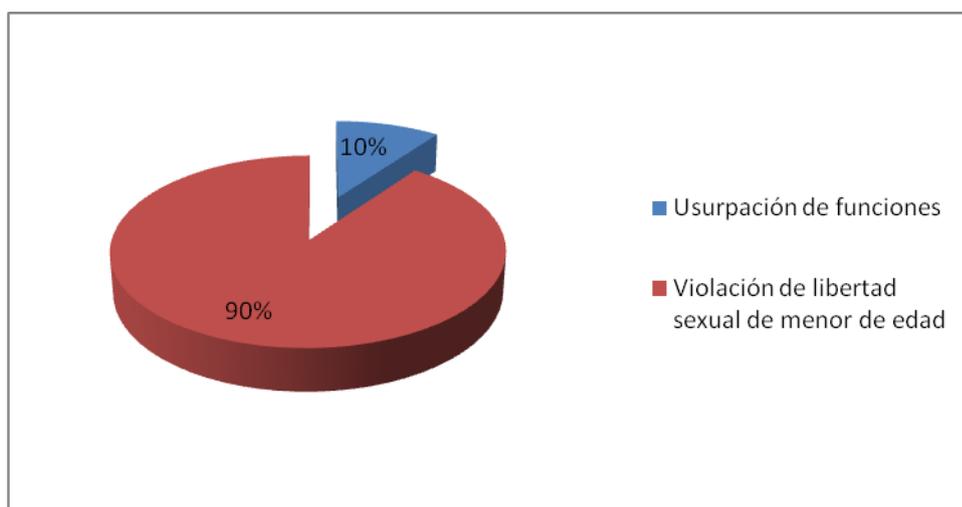
Gráfico 1: Peritajes y sentencias encontrados en relación con el total de expedientes en que se mandó realizar peritaje



El gráfico nos muestra que, de los diez expedientes (color rojo), únicamente contamos con nueve peritajes disponibles (color azul). Esto se debe a que se había ordenado la realización del peritaje, pero aún no contábamos con él en el momento del recojo de los datos (ver caso 6). Por otro lado, también observamos en gráfico que únicamente contamos con seis sentencias (color azul) que han sido analizadas. Esto se debe a que existen casos en proceso (casos 3, 6 y 8) o se encuentran en archivo definitivo (caso 10) o provisional (caso 5).

Por otro lado, otro resultado importante es el que, del total de expedientes analizados, únicamente uno hace mención a un delito distinto al de violación de libertad sexual de menor de edad.

Gráfico 2: Delitos encontrados en los expedientes en que obran peritajes



Nos podemos dar cuenta de que el peritaje fue utilizado mayoritariamente en el delito contra la libertad sexual de menor de edad, pues aparece en un 90% de los casos encontrados.

3.2 Resultados específicos con relación a la hipótesis formulada

3.2.1. Derecho a la Tutela Jurisdiccional

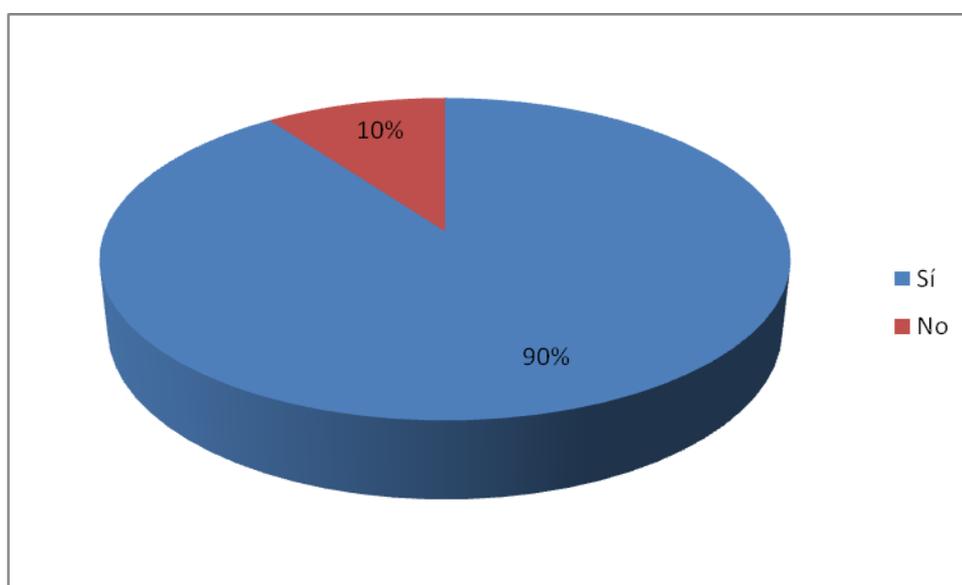
Esta variable tomará en cuenta tres indicadores, que son: acceso a la justicia, obtención de una resolución motivada y derecho a la defensa. Los resultados

obtenidos los detallaremos separadamente para cada uno de los indicadores mencionados.

3.2.1.1. Acceso al Sistema de Justicia

Lo que nos interesa conocer con este indicador es la capacidad del fiscal para poder tomar en cuenta algunos indicios de la diferencia cultural del investigado. Esto lo encontramos en sus primeros informes y en su formalización de la denuncia. El gráfico 3 expresa los resultados.

Gráfico 3: Acceso al sistema de justicia



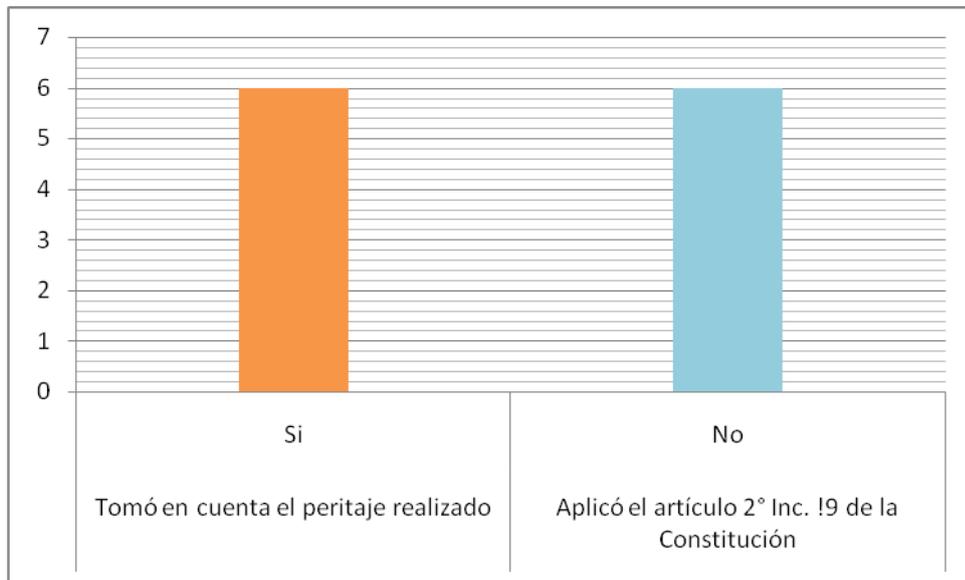
Notamos que en casi la totalidad de los expedientes analizados (90%), el fiscal sí toma en cuenta las características culturales del inculpado¹⁰. Sin embargo, a pesar de ello, en muchos de los casos no solicita la realización del peritaje antropológico y es el juez o el abogado defensor quien lo pide. Es más, incluso a pesar de haberlo pedido, muchas veces no es tomado en cuenta. Este hecho es contundente, pues el fiscal está cumpliendo con lo que dice la ley, y al no ser obligatorio el peritaje, simplemente no lo toma en cuenta.

¹⁰ Las afirmaciones detalladas acá se complementan con la sección 3.3. de este capítulo en donde se hace una breve descripción de los casos analizados. Se hace recordar que lo que se presenta aquí es el resultado del recojo de datos que han sido hechos sobre la definición de variables (véase tabla 1).

3.2.1.2. Resolución Motivada

Acá nos interesó conocer dos cosas: (1) saber si el juez toma en cuenta el peritaje y (2) saber si el juez argumenta su sentencia tomando en cuenta el inc. 19 del art. 2° de nuestra Constitución. El gráfico 4 nos muestra contundentes resultados.

Gráfico 4: Resolución motivada

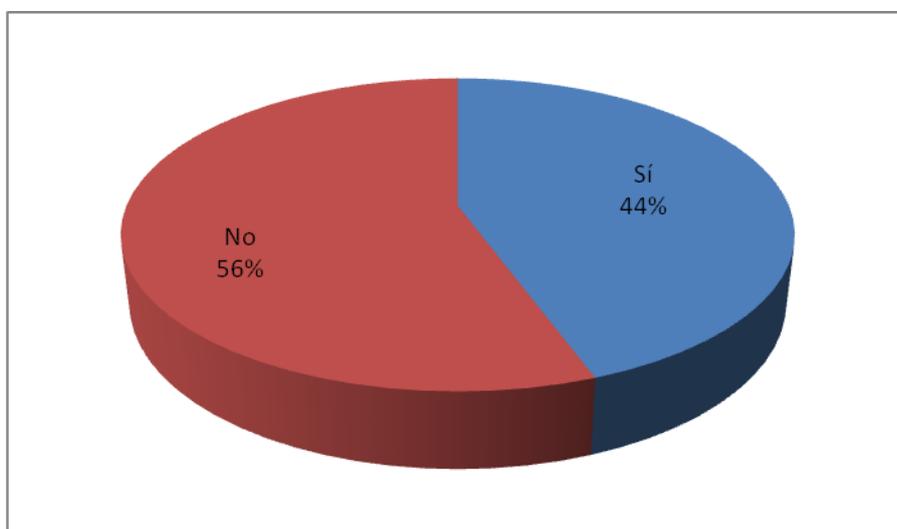


Nos damos cuenta de que en la totalidad de los casos estudiados el juez considera el peritaje realizado, lo cual, ciertamente, es su obligación, pero no olvidemos que una cosa es lo que dice la ley y otra muy distinta lo que acontece en la realidad. Por otro lado, nos hemos podido dar cuenta de que los jueces penales no mencionan en sus sentencias el artículo 2°, inc. 19, de la Constitución. Creemos que ello origina una desvinculación constitucional de las sentencias emitidas, por cuanto el fundamento constitucional del art. 15° del C. P. es el mencionado artículo. Así es que, si bien es cierto que el peritaje cumple un papel importantísimo en los casos analizados, los jueces no toman en cuenta el sustento constitucional tanto del peritaje como del art. 15° del C.P.

3.2.1.3. Derecho a la Defensa

Lo que nos interesa acá, más que si el inculcado ha sido asistido o no por un abogado defensor, es saber el grado de conocimiento de ese abogado para poder identificar las características propias de su patrocinado, las que pueden hacerle notar que le alcanza a este el art. 15° del Código Penal. Los resultados fueron los que presentamos a continuación:

Gráfico 5: Derecho a la Defensa



Se nota que existe una ligera mayoría de abogados que no ha planteado una adecuada defensa de su patrocinado. Para nuestra investigación, consideramos que estamos frente a una adecuada defensa cuando se hace notar la diferencia cultural del inculcado. Esto es de suma importancia para poder tener una eficiente tutela jurisdiccional y, si no tenemos abogados capacitados para reconocer y pedir el peritaje de sus patrocinados, la redacción actual del inc. 2 del art. 172 del C.P.P, que dice: “se podrá ordenar una pericia”, hace posible que se *pueda* dejar que el caso se decida sin el peritaje respectivo.

3.2.2. Protección de la Identidad Étnica y Cultural

Notamos que estas variables las podemos observar si leemos que aparece una mención a la cultura del individuo procesado y también al ambiente en que este se desarrolla. De modo tal que eso fue lo que se buscó en los expedientes analizados.

3.2.2.1. Mención a una Organización Propia y a Sistemas Propios de ver el Mundo

Lo que nos interesó acá fue la parte correspondiente en los peritajes realizados, de modo tal que podamos saber si se encuentran presentes los indicadores mencionados. Los resultados se encuentran en el gráfico 6.

Gráfico 6: Organización y sistemas propios de ver el mundo



Acá estamos ante el análisis de la información que nos brindan los peritajes mencionados. En ellos podemos encontrar frases como:

Sólo aprendió lo que su cultura le ofreció, aprendió a ser joven, varón, en un contexto machista y de desigualdad para la mujer... Aprendió que una forma aceptada de constituir familia es “robar” a la novia e irse a vivir con ella sin el consentimiento inicial de sus padres... (Caso 2, folio 109)

El procesado se considera y es reconocido como poblador (Caso 3, folio 133).

La edad de inicio sexual se da en la adolescencia temprana, periodo comprendido entre los 12 y 15 años (Caso 4, folio 407)

Es de suma importancia hacer notar que, dado que se menciona una organización propia y/o sistemas propios de ver el mundo, mi condición de abogado no me permite pronunciarme sobre la fiabilidad de dichos peritajes. Para ello, sin embargo, en el anexo 3 presento una conversación que tuve con Jhon Gitlitz, un experto en el tema. Sus afirmaciones son contundentes en cuanto a la necesidad de realizar verdaderos peritajes y al papel sobrepenalizador del Estado al llevar a juicio a muchos de los actos encontrados que tienen que ver con la violación de la libertad sexual de menor de 14 años.

3.3 Breve descripción de los sucesos acontecidos en cada caso

3.3.1. Caso 1

Este proceso es uno de los más conocidos en el ámbito jurídico penal, por cuanto involucró a las Rondas Campesinas y requirió la realización del primer peritaje antropológico en nuestra localidad¹¹. Se trata del caso seguido contra Rosa Castrejón Lucano¹², quien, en su calidad de Presidenta de las Rondas Campesinas de Yanamango, realiza la captura de tres implicados en una golpiza a una persona. La intervención de la mencionada rondera se debió a que los familiares no contaron con la ayuda solicitada a la PNP. Es así que Rosa Castrejón Lucano (RCL), conjuntamente con cinco ronderos más, realiza la captura de los sujetos, quienes serían interrogados por las rondas por casi dos días y luego entregados a la PNP.

Ante estos hechos, los familiares de los capturados presentaron una denuncia ante la PNP, la cual empezó las investigaciones por los hechos atribuidos a RCL, que luego

¹¹ Este peritaje aparecería publicado en *Cuadernos de investigación* n° 2 de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UPAGU.

¹² Por ser un caso conocido, únicamente mencionaremos los nombres de los involucrados.

fueron tipificados como delito contra la administración pública en su modalidad de usurpación de funciones.

El accionar de RCL originó que el fiscal formalizara denuncia por el delito mencionado (folios 34-35). Posteriormente, sería el juez quien pediría se practique un peritaje antropológico (folio 39). Los resultados de este peritaje llevarán a que en el dictamen fiscal se solicite el sobreseimiento (folio 241). Teniendo en cuenta esto, y basándose en el peritaje realizado, el juez declaró el sobreseimiento definitivo (folio 292). Esto motivó el recurso de apelación del Procurador Público ad hoc en procesos en provincias, haciendo notar que

la resolución recurrida fundamenta su decisión en el hecho claro y concreto de que no se ha llegado a establecer que el componente realizado por los procesados contengan matices dolosos, es decir, no se he [sic] llegado a establecer la circunstancia subjetiva que se requiere para la imposición de una sanción penal (folio 302).

Tal observación se debe a que en la mencionada resolución no se tomaron en cuenta las categorías analíticas de la teoría del delito, motivo por el cual existe una confusión en los niveles de evaluación y de diferenciación entre tipo, dolo, antijuridicidad y culpabilidad. Esto sería esclarecido primero en el nuevo dictamen fiscal (folio 316) y luego por la Sala (folio 320) con la sola mención del artículo quince de nuestro Código Penal, motivo por el cual sería confirmada la resolución.

3.3.2. Caso 2

Se trata de un proceso por violación sexual a una menor de edad (mayor de 10 y menor de 14). El hecho aconteció en el Distrito de San Silvestre de Cochán, en la provincia de San Miguel. Lo curioso de este caso es que se inició por una denuncia de violencia familiar interpuesta por el padre de la agraviada. Luego sería el fiscal quien se encargaría de formalizar la denuncia por violación sexual. Esto aconteció a pesar de que el fiscal tomó en cuenta el art. 45° del C.P., sin indicar expresamente el inciso 2 (folio 3 del expediente). Pero en el debate podemos darnos cuenta de que acepta tal condición (folio 9 del expediente).

En el proceso, desde el primer escrito del abogado defensor, se hace notar la necesidad de tomar en cuenta el art. 46° del C.P. por la cultura y costumbres del

imputado (ver folio 26 del cuaderno de acusación). Luego se retomaría en el debate de forma débil (folios 8 y 9 del expediente) para que, finalmente, en el mismo debate, se configurara la prueba de la defensa al apelar al “error de comprensión culturalmente condicionado” (folios 13 y 14 del expediente). Este debate originaría la contratación de un perito para esclarecer las dudas acerca de la situación del acusado.

Finalmente, gracias al peritaje realizado y a los hechos del proceso, se decidió absolver al acusado. En la sentencia el Colegiado, si bien es cierto que menciona el art. 15° del C.P. no cita el inc. 19, del art. 2 de la Constitución.

3.3.3. Caso 3

Este es un caso de violación sexual a una menor de 14 años (inc. 2 del art. 173° del C. P.). Resulta complejo por cuanto la resolución ha merecido ser apelada por la fiscalía y en la actualidad se encuentra en proceso. Sin embargo, los hechos sucedidos son suficientes para la investigación que abordamos.

El caso se inicia con la denuncia del padre de que su hija había sufrido violación (folios 1-3). El hecho fue tipificado como delito contra la libertad personal en su figura de secuestro, en agravio de la menor. Este hecho generó que el denunciado se escapara a una zona de la selva, donde sería ubicado luego. La denuncia no sería formalizada por el fiscal (folio 240).

La defensa plantearía sobreseimiento del caso por causales de error de tipo y de error culturalmente condicionado; sin embargo, no presenta las pruebas correspondientes (folios 10-11). Ante tales planteamientos, en el debate, se ordenaría luego la práctica un peritaje antropológico (folio 93).

Los hechos del caso y el peritaje realizado motivaron la absolución del acusado (folio 146). En la sentencia se lee:

El acusado [...], al sostener relaciones sexuales con la menor JFC, ha actuado siguiendo los usos y costumbres propios de la zona en que ha nacido y ha formado su personalidad, por lo que no se encontraba en aptitud de comprender el carácter antijurídico de su conducta. Probando con el examen del acusado, las declaraciones de [...], y con el Peritaje Antropológico actuado en Juicio Oral. (Folio 163).

La siguiente cita es reveladora, pues desbarata la confiabilidad del peritaje en cuestión, ya que, según las propias palabras del perito, realizó solamente una visita a la zona de “Caparina y a Santa Aurelia. Esta visita la hice en un solo día, no visité el resto de zonas por falta de tiempo debido a la urgencia con que debía darse este informe” (folio 141). Esta actitud del perito, que fue fundamental para absolver al acusado, motivaría una de los más fuertes fundamentos de la fiscalía al apelar la sentencia (folio 192 y ss).

La Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca tomó en consideración estos hechos, y en su sentencia N° 1 afirmó:

La prueba de oficio consistente en el Informe Antropológico Social [...], que presenta serias deficiencias en su metodología, contenido y conclusiones, se inscribe en causal esencial suficiente para anular la sentencia y el juicio oral, conforme a [...] (folio 296).

Seguidamente señalará:

El órgano jurisdiccional revisor estima que en el caso concreto, en función de lo evaluado, existiendo elementos de cargo y de descargo que merecen esclarecerse plenamente, es pertinente realizar esencialmente una nueva diligencia de pericia antropológica [...] (folio 296).

Notamos lo importante que es un peritaje para decidir el destino final del acusado.

3.3.4. Caso 4

Se puede afirmar que este caso se inicia de forma compleja para la Fiscalía, pues la víctima, menor de 14 años, plantea directamente una denuncia de violación (folios 2-5). Por ello el fiscal formalizará denuncia, según lo previsto en el inc. 2 del art. 173° del Código Penal (folio 28, y luego 58)¹³. Pero luego iremos descubriendo (folios 109 y ss.) que se irá dejando de lado la acusación pues los implicados habían sido convivientes.

¹³ Mencionamos dos folios, pues la primera formalización fue devuelta a fin de que se subsanaran unas deficiencias observadas en los medios probatorios.

En el primer escrito de uno de los abogados se deduce excepción de naturaleza de acción (folios 141-157) recurriendo a la atipicidad. Este escrito es importante, pues, por primera vez, se hará ver que no estamos frente a una violación sino a una relación de convivencia. Sin embargo, será en la segunda excepción de naturaleza de acción (folios 235-246) en la que otro abogado recurra a la figura del “error de comprensión culturalmente condicionado”. Este hecho ocasionará que en la audiencia de juicio oral se ordene realizar un peritaje para que la Sala tenga mayor certeza (folio 304).

Luego, gracias al peritaje realizado y a los hechos del proceso, se decidió absolver al acusado. En la sentencia, el Colegiado, si bien es cierto que menciona el art. 15° del C.P., no cita el inc. 19 del art. 2 de la Constitución.

3.3.5. Caso 5

Este es un proceso que se encuentra en trámite. Se trata de una violación de menor de 14 años. El fiscal formula acusación por considerar que los hechos están comprendidos en el art. 173, inc. 2, del C. P. (folio 20-1). Además, es la propia fiscalía la que pide la realización del peritaje al inculcado (folio 26-2), y considera que “no concurre ninguna causal eximente o atenuante de responsabilidad penal, contemplada en el artículo 15° del Código Penal” (folio 19-1), pues señala que, si bien es cierto que existen prácticas culturales propias de la localidad, “el acusado [...] no está comprendido en estas prácticas culturales” (24-1). El proceso continuó hasta que se declaró ausente al acusado, razón por la cual se archivó provisionalmente el caso (folio 101-1).

3.3.6. Caso 6

Este proceso se encuentra en trámite. Es un caso de violación sexual a una menor de 14 años. Quien presenta la denuncia es la madre por cuanto su hija había ido a Trujillo con el acusado (folios 1-2). El fiscal formalizó denuncia según lo estipulado en el art. 173°, inc. 2, del C. P. Las investigaciones prosiguieron su curso sin ubicar al acusado, hasta que se consideró iniciado el juicio oral y se le declaró *reo contumaz*. Luego decidió apersonarse.

Los hechos importantes para nuestra investigación son que el fiscal no toma en cuenta la procedencia del acusado sino hasta la audiencia de juicio oral, en la que solicita se practique un peritaje antropológico. Hay que resaltar también que no fue el abogado defensor quien propuso este peritaje. A la fecha en que fue revisado el expediente para su análisis, no obraba peritaje.

3.3.7. Caso 7

Se trata de un proceso por violación sexual a menor de 14. Este proceso se inicia con la denuncia del padre de la menor agraviada en contra de su primo, quien la habría llevado a la fuerza de su casa, en el Caserío de Ayangay, Distrito de Condebamba, provincia de Cajabamba (folio 1). Luego de la investigación correspondiente, el fiscal procede a formalizar denuncia por el delito contenido en el art. 173°, inc. 3, del C. P. (folio 25).

El proceso, largo por la complejidad del caso y por la difícil ubicación del acusado, se inició el 11 de julio del 2005 (en que se formalizó denuncia), y terminó el 8 de mayo del 2013 con la declaración de sentencia consentida por parte de la Sala Penal. En un principio, la defensa hizo notar las costumbres de la zona (folio 43), y luego, en el juicio oral fue más contundente al solicitar un peritaje psicológico y antropológico para poder conocer con exactitud el grado de comprensión del acusado (folio 230).

Gracias al peritaje y a la rectificación de la menor, el juzgado falló absolviendo al acusado, teniendo en consideración el art. 15 del C. P. y el art. 2, inc. 24, lit. e, de la Constitución (338-340).

3.3.8. Caso 8

Es un proceso en curso que se inicia con la denuncia por acta de la madre de la menor agraviada. Según las declaraciones posteriores y la pericia psicológica practicada a la menor, ésta había huido de su casa con su enamorado por los maltratos que recibía en ella. Esta era la segunda vez que la menor se *fugaba* con dicha persona.

Los últimos actuados relevantes para nuestra investigación culminan el 09 de octubre del 2013 con la Audiencia de control de acusación. Sin embargo, contamos con unos

datos valiosos. Por ejemplo, la fiscalía ordena la realización de un peritaje antropológico (folio 30) y lo cita en la formalización de la denuncia (folios 73 y 79) y en la mencionada audiencia (folio 93). Sin embargo, no le da mucha importancia a la conclusión pericial: “en el caserío de Choropampa, distrito de Eduardo Villanueva, provincia de San Marcos, la naturaleza de los matrimonios y la frecuencia de uniones entre adultos y menores de edad responden a patrones socioculturales propios de la zona, donde existen dos procedimientos claramente establecidos para formar familia: pedida de mano y el raptó o robo de mujeres”. El fiscal, finalmente, acusa por violación sexual (art. 173° inc. 2) y por inducción a la fuga de la menor (art. 148°).

Por otro lado, el papel de la defensa, apreciable únicamente en la Audiencia de control de acusación, se limita a aceptar lo actuado por el fiscal.

3.3.9. Caso 9

Es un proceso por violación sexual cometido a una menor de 14 años. Es la madre quien presenta la denuncia (folio 02). El fiscal la formalizará por lo previsto en el inc. 2 del art. 173° del Código Penal (folios 46-49, subsana en 82-83). En la audiencia de juicio oral se descubre que la denuncia fue realizada por la madre de la menor al no estar de acuerdo con su relación. La menor declara: “...yo quiero que salga cuanto antes del Penal, yo quiero casarme con él y formar un hogar; en realidad, el problema lo inició mi mamá porque no quería que lo viera, y por eso lo denunció” (folio 258).

Precisamente, a partir de esa audiencia, se ordena la realización de un peritaje antropológico para conocer la forma de ver el mundo del acusado. La estrategia de la defensa del acusado recurrirá al art. 15° del C. P. (folio 314). Lo mismo hará en sus alegatos finales (folios 316-319). El caso es singular, pues se menciona el art. 4° de la Constitución (folio 314).

En la sentencia (folios 320 - 333), que exime de responsabilidad penal al acusado, no se cita el inc. 19 del art. 2 de la Constitución, pero sí el Convenio 169 de la OIT, afirmando que “es necesario que exista una validez jurídica desde el punto de vista del derecho consuetudinario, siendo importante para ello el peritaje antropológico” (folio 325).

3.3.10. Caso 10

Se trata de una violación sexual a una menor de 14 años. El fiscal formaliza denuncia y continúa con la Investigación preparatoria luego de los resultados de las investigaciones policiales (folio 1). Los sucesos que motivaron el proceso fueron los siguientes. El inculpado y la menor habían llevado una relación sentimental como enamorados con el conocimiento de la madre de la menor con quien, incluso, habían acordado un futuro matrimonio (folios 51-52, 67, 70-71, 107). Esto ocurrió en Santa Rosa de Chumbil. El inculpado pasa a vivir a Cajamarca (folios 67). Por ello la menor decide venir a vivir con él, y se escapa de su casa. Esta desaparición de la menor motivó la denuncia del padre.

Mientras se va desarrollando el proceso, se hace notar que la madre conocía la relación sentimental de su hija y que luego el padre termina por aceptar tal relación e incluso la justifica: “muy probablemente, mi hija se ha ido a convivir con [...], pues ya va a cumplir sus 14 años el día 30 de mayo del presente año y, de repente, el ir con él le ha parecido normal, pues, como ya dije, en nuestra tierra es costumbre la convivencia desde temprana edad” (folios 67-68). Por tales hechos, el fiscal solicita se practique una evaluación socio-antropológica al denunciado (folio 158).

Luego, el abogado defensor plantea una estrategia con primacía constitucional, para lo cual se basa en un acuerdo plenario. El argumento será el siguiente:

...la Constitución Política del Estado, conforme lo indica el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de la Nación (Art. 2 Inc. 19). Estos dispositivos constitucionales, como es obvio, deben sea [sic] analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa con el necesario aporte del convenio sobre pueblos indígenas y tribales y de la declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas. El propósito de la Convención y de la Declaración es garantizar el respeto, tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y adiciones, como del derecho individual de sus miembros a participar de esa forma de su vida sin discriminaciones.

[...] el juez penal, para medir la pena, tendrá en cuenta, de un lado, los arts. 45 inc. 2 y 46 incs. 8 y 11 del Código Penal, compatibles con el art. 9, inc. 2 de la Convención sobre pueblos indígenas y tribales que exige a los Tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto

socio-cultural del imputado; y, de otro lado, directamente el art. 10 de dicha Convención que estipula tanto que se tengan en cuenta las características económicas y culturales del individuo como dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento (folios 409-410)

Finalmente, este caso termina con su archivamiento definitivo (folio 478).

3.4 La necesidad modificatoria del Código Procesal Penal

Los datos y los casos presentados anteriormente nos muestran que en la actualidad las principales razones jurídicas constitucionales que fundamentarían la obligatoriedad del peritaje antropológico en los procesos penales serían:

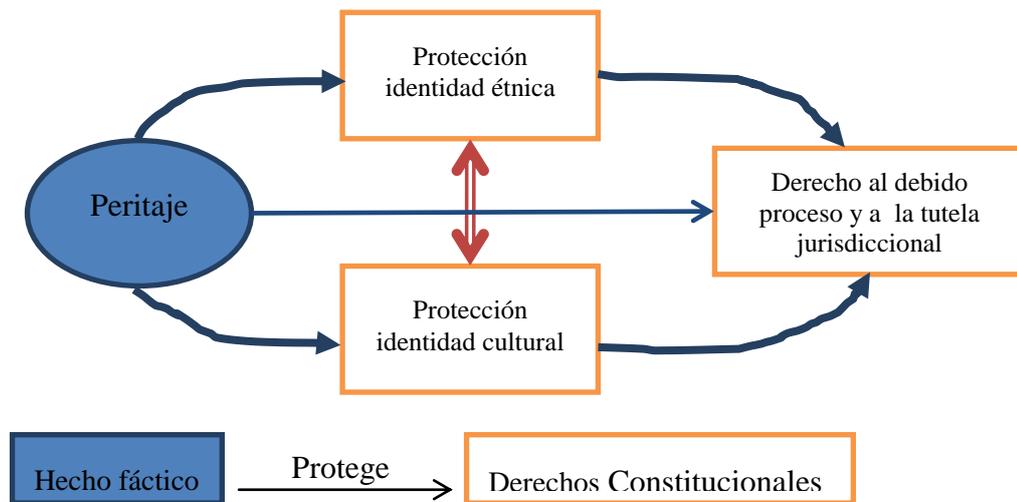
1. Garantía al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional
2. Garantía a la protección de la identidad étnica
3. Garantía a la protección de la identidad cultural

Repito, pues, que el peritaje no es obligatorio en nuestros días. Lo que sucede es que no se está logrando una óptima protección de los derechos constitucionales mencionados. Efectivamente, nos hemos podido dar cuenta de que existe una posibilidad legal que hace que no sea necesario el peritaje en los procesos penales en que se involucre el art. 15° del C. P. Esto va en contra de las tendencias actuales en materia constitucional, ya que la protección de los derechos fundamentales debe ser prioridad y debe estar sobre cualquier ley de menor jerarquía; por lo tanto, lo que debe buscarse es que las leyes inferiores cumplan con este papel y coadyuven a la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Tal protección, para el caso específico que venimos estudiando, se logra mediante la implementación obligatoria de la prueba pericial. Esto se debe a que es de suma importancia tanto para el fiscal como para el juez contar con un documento técnico que sea capaz de *hacerles ver* cosas que desconocen o que no están en la capacidad de comprender sin ese peritaje. En el gráfico 7 se presenta la forma en que el peritaje ayuda a reconocer y, por tanto, buscar protección del derecho a la identidad étnica y cultural; pero eso no es todo, ya que este peritaje también hace posible que se proteja, de forma directa o indirecta, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional

efectiva. La protección directa se presentará en la obligatoriedad del peritaje, mientras que la indirecta se dará por los resultados que se obtengan gracias a ese peritaje. Así, la mención a una organización propia o costumbres de la zona, va a generar convencimiento a los fiscales y jueces para decidir de una forma adecuada.

Gráfico 7: Importancia de la prueba pericial para proteger derechos constitucionales



Lo que vengo manifestando es que el hecho factico: *el peritaje*, sirve para proteger los derechos constitucionales. Recordemos que estos no son más que los Derechos Humanos reconocidos estatalmente y que, como bien dice Peces-Barba Martínez:

Son medios para que la organización social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran nuestra dignidad, es decir, para que podamos elegir libremente; para que podamos construir conceptos generales y razonar; para que podamos comunicarnos, transmitir la semilla de la cultura como del hombre en la historia; y para que podamos decidir libremente nuestra moralidad privada, nuestra idea del bien, de la virtud, de la felicidad o de la salvación, según sea el punto de vista en el que nos situemos (1999, 62).

Luego, específicamente sobre los derechos económicos, sociales y culturales, dirá que se: “consideran relevantes las diferencias y, por consiguiente, parten de la discriminación de hecho, económica, social o cultural, para proporcionar instrumentos

en forma de derecho a quienes están en inferioridad de condiciones” (Peces-Barba Martínez 1999, 64).

Por otro lado, si tomamos en cuenta la relación que existe entre los peritajes y las sentencias que culminan favoreciendo al acusado, nos vamos a dar cuenta que el peritaje adquiere suma importancia porque en la totalidad de sentencias estudiadas, el 100% culminaron favoreciendo al acusado (ver tabla 3).

Tabla 3: Relación peritaje-sentencia favorable

Nº EXPEDIENTE	CÓDIGO USADO EN TESIS	EL PERITAJE FAVORECIÓ AL ACUSADO	PORCENTAJE FINAL EN QUE EL PERITAJE FAVORECIÓ AL ACUSADO
730-2007	Caso 1	SÍ	100%
00197-2012	Caso 2	SÍ	
00477-2011	Caso 3	-----	
00231-2011	Caso 4	SÍ	
00342-2012	Caso 5	-----	
2348-2010	Caso 6	----	
137-2005	Caso 7	SÍ	
094-2012	Caso 8	----	
01272-2007	Caso 9	SÍ	
891-2010	Caso 10	----	

Por lo tanto, en el caso particular estudiado en esta tesis, se debe asegurar que esté presente siempre la realización del peritaje y, como lo vimos, esto únicamente se logrará si se hace obligatorio, es decir, modificando el inc. 2 del Art. 172°.

CAPÍTULO 4

PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY

En virtud de lo desarrollado en esta tesis se ha creído conveniente realizar un Proyecto de Ley que servirá para modificar el Código Procesal Penal con la intención de que todos los peritajes antropológicos sean obligatorios.

Este Proyecto de Ley se encuentra en la página siguiente y ha sido elaborado teniendo en cuenta la reglamentación actual y tomando como ejemplos los proyectos de ley Ns° 3121/2013-CR; 3123/2013-GR y 3120/2013-CR.

Proyecto de Ley N° _____



Congreso de la República

PROYECTO DE LEY

**LEY QUE MODIFICA EL INCISO 2 DEL
ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

.....

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

**LEY QUE MODIFICA EL INCISO 2 DEL ARTÍCULO 172 DEL
CÓDIGO PROCESAL PENAL**

Artículo único. Modificación:

Modifíquese el inciso 2 del artículo 172 del Código Procesal Penal que quedará redactado en los términos siguientes:

Art. 172° Procedencia de la pericia

Inc. 2. Siempre que se presuma que corresponda aplicar el artículo 15° del Código Penal, deberá realizarse obligatoriamente una pericia que se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado.

Disposiciones finales

Primera.- Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

Segunda.- La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de de

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los días del mes de

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Se ha aceptado constitucionalmente que el Perú es un país pluricultural, pues en su territorio conviven muchas agrupaciones con sus propias creencias y formas de ver el mundo. Ellas son protegidas por el inciso 19 del artículo 2° de la Constitución Peruana, que establece que “toda persona tiene derecho a... su diversidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural...”

El Perú es uno de los países con mayor diversidad etnolingüística y cultural del continente americano. Como ejemplo baste mencionar que en la región amazónica, que ocupa el 62% del territorio nacional, existen 42 grupos etno-lingüísticos. Nuestra diversidad cultural se manifiesta en las diferentes lenguas o idiomas, formas diversas de vestir, de preparar las comidas, de cultos y creencias religiosas, así como también de organizaciones sociales, de tratar las enfermedades, incluso de resolver los conflictos (Alcántara Salazar, Henry. 2012. Derechos que se vulneran a los operadores de justicia comunal, consecuencias y posibilidad. *Revista Avances* 7, 63).

En una sociedad tan variada y compleja como la peruana, el peritaje es una herramienta primordial para lograr hablar de ciertos comportamientos que pueden ser considerados como propios y arraigados en una determinada zona (Rodríguez Villa, José. 2007. Peritaje antropológico. *Cuadernos de investigación: rondas campesinas-justicia alternativa* 2, 49-69.). A pesar de tener esta importancia, se desconoce el papel que cumplen en las denuncias presentadas, por ejemplo, contra el actuar de las rondas campesinas en nuestra localidad. Mucho más complejo aun es descubrir la relación que puede existir entre los peritajes antropológicos y el derecho constitucional a la identidad étnica y cultural. Sin embargo, el peritaje se presenta como una prueba no obligatoria en nuestra legislación:

Texto actual (art. 172, inc. 2).	Texto propuesto
“Se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15° del Código Penal. Ésta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado.”	“Siempre que se presuma que corresponda aplicar el artículo 15° del Código Penal, deberá realizarse obligatoriamente una pericia que se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado.”

La modificatoria propuesta es relevante por cuanto, en nuestro medio, es de suma importancia el peritaje antropológico, pues contribuye a la fundamentación y concretización de la identidad étnica y cultural de las personas que se ven involucradas en algún proceso penal, ya que influye para evitar o atenuar la pena.

Este proyecto está acorde con la inclusión consagrada en nuestra Constitución Política, pues permitirá que las poblaciones que tienen usos y costumbres distintos a las “comúnmente” aceptadas cuenten con un mecanismo obligatorio para proteger su identidad étnica y cultural mediante el peritaje. Significa esto que los jueces, al

momento de decidir, contarán con una herramienta fundamental que les permitirá tener mejores criterios. Todo esto, a su vez, permitirá la construcción de una sociedad compacta con aceptación del prójimo, comprendiendo sus diferencias y fomentando las semejanzas.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta legislativa en estricto modifica el inciso 2 del artículo 172° del Código Procesal Penal, incorporando la obligatoriedad del peritaje antropológico en caso de presunta aplicación del artículo 15° del Código Penal.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto en la actualidad ya existen peritos que forman parte del Ministerio Público, quienes ya cuentan con un presupuesto previsto que cubre sus honorarios.

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

1. Las razones jurídicas que, desde una perspectiva o visión constitucional, permiten considerar al peritaje antropológico como una prueba obligatoria en los procesos penales que involucren al artículo 15° del Código Penal son:
 - a. Permite garantizar el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional.
 - b. Permite garantizar la protección de la identidad étnica.
 - c. Permite garantizar la protección de la identidad cultural.
2. En el Distrito Judicial de Cajamarca, el peritaje es de suma importancia para garantizar el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, pues permite, tanto al fiscal como al juez, contar con un documento técnico capaz de proporcionarles datos sólidos sobre las cosas que desconocen o que no están en la capacidad de comprender sin ellos.
3. El peritaje antropológico ayuda a reconocer y, por tanto, buscar protección del derecho a la identidad étnica y cultural (gráficos 7 y 8).

4. El peritaje antropológico hace posible que se proteja, de forma directa o indirecta, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (gráficos 3, 4 y 5).
5. La protección directa de la diversidad cultural se dará mediante la obligatoriedad del peritaje antropológico, mientras que la indirecta se dará por los resultados que se obtengan gracias a ese peritaje. Así, la mención a una organización propia o costumbres de la zona va a generar convencimiento a los fiscales y jueces para que decidan de una forma adecuada.

5.2. Recomendaciones

Se encontraron cuatro recomendaciones, las cuales, por razón de orden y de mayor comprensión, hemos creído conveniente dividir en dos grupos.

5.2.1. De Carácter Teórico

1. Realizar un estudio de los peritajes antropológicos efectuados hasta el momento en el Distrito Judicial de Cajamarca, con la finalidad de poder conocer su exactitud y profundidad para poder evaluar su calidad.
2. Hacer un estudio de tipo social para averiguar el estado actual de las parejas involucradas en el delito de violación sexual en que se utilizó el peritaje antropológico.

5.2.1. De Carácter Práctico

3. Fortalecer a jueces y fiscales para que sean capaces de reconocer los presuntos casos que precisen la aplicación del art. 15° del Código Penal.
4. Capacitar a los abogados en formación para que sean capaces de reconocer y aceptar las diferencias culturales y étnicas.

APÉNDICES

APÉNDICE 1:
PERITAJES SOLICITADOS EN LOS PROCESOS PENALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA ENTRE LOS
AÑOS 2007-2012

Tabla 4: Resumen de peritajes con los que se trabajó

N° EXPEDIENTE	CÓDIGO USADO EN TESIS	IMPUTADO	AGRAVIADO	DELITO	INSTANCIA	PROCEDENCIA	INSTANCIA SOLICITANTE DEL PERITAJE ANTROPOLÓGICO	ENTIDAD QUE PRACTICÓ PERITAJE ANTROPOLÓGICO
730-2007	Caso 1	Rosa Castrejón Lucano	El estado y Otros	Usurpación de funciones	Segundo Juzgado. Penal	Cajamarca	2do Juzgado. Penal Poder Judicial	José Rodríguez Villa- Antropólogo Social-UNC
00197-2012	Caso 2	Alcibíades Coba Burgos	L.L.L.T.	Violación sexual a menor de edad	Juzgado Colegiado-Cede Central	San Miguel	Ministerio Público de San Miguel	José Rodríguez Villa- Antropólogo Social-UNC
00477-2011	Caso 3	William Palomino Coba	J.F.C.	Violación sexual a menor de edad	Juzgado Colegiado-Cede Central	Sala Superior	Juzgado Penal Colegiado Poder Judicial	Gustavo Adolfo Mosquera Zavaleta-antropólogo del Ministerio Público
00231-2011	Caso 4	Segundo Nelson García Estela	R.R.Q.	Violación sexual a menor de edad	Sala Penal Liquidadora Permanente	San Miguel	Sala Penal Liquidadora Permanente Poder Judicial	Gustavo Adolfo Mosquera Zavaleta-antropólogo del Ministerio Público
00342-2012	Caso 5	Jesús Yhone Cotrina Marín	T.E.A.	Violación sexual a menor de edad	Juzgado Colegiado-Cede Central	San Marcos	Ministerio Público de San Marcos	Gustavo Adolfo Mosquera Zavaleta-antropólogo del Ministerio Público

2348-2010	Caso 6	Yoni Benjamín Plasencia Cruz	M.Z.C.L.	Violación sexual a menor de edad	Sala Penal Liquidadora Transitoria	Contumazá	Sala Penal Liquidadora Transitoria Poder Judicial	Por practicar el Ministerio Público
137-2005	Caso 7	Silverio Pizarro Reyez	B.A.T.S.	Violación sexual a menor de edad	Sala Penal Liquidadora Transitoria	Cajabamba	Sala Penal Liquidadora Transitoria Poder Judicial	Gustavo Adolfo Mosquera Zavaleta-antropólogo del Ministerio Público
094-2012	Caso 8	José Nilso Benites Izquierdo	M.Y.R.C.	Violación sexual menor de edad	Juzgado de Investigación Preparatoria de San Marcos	San Marcos	Ministerio Público de San Marcos	Gustavo Adolfo Mosquera Zavaleta-antropólogo del Ministerio Público
01272-2007	Caso 9	Edgardo Zamora Muñoz	S.R.CH	Violación sexual a menor de edad	Quinto Juzgado Penal	Cajamarca	Sala Penal Liquidadora Permanente Poder Judicial	Gustavo Adolfo Mosquera Zavaleta-antropólogo del Ministerio Público
891-2010	Caso 10	Natividad Cerquín Huingo	E.N.A.R.	Violación sexual a menor de edad	Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Cajamarca	Cajamarca	Segunda Fiscalía Penal Corporativa	Gustavo Adolfo Mosquera Zavaleta-antropólogo del Ministerio Público

**APÉNDICE 2:
HOJA DE RECOJO DE INFORMACIÓN**

Nº de Expediente: _____

Expediente Parte legal	Acceso al sistema judicial	¿El fiscal toma en cuenta la cultura del imputado?	Si () No () De ser afirmativa, diga cuál: _____ _____ _____
	Obtención de resolución motivada	¿El juez tomó en cuenta el peritaje realizado?	Si () No () Explique brevemente: _____ _____ _____
		¿El juez aplicó los arts. 2, inc. 19, de la Constitución y 15 del Código Penal?	Si () No () solo el Art. _____ Explique brevemente: _____ _____ _____
	Derecho a la defensa	¿El abogado planteó una adecuada defensa haciendo notar la diferencia cultural?	Si () No () Explique brevemente: _____ _____ _____
Expediente Peritaje	Mención a una organización social propia	¿El acusado pertenecía a una comunidad, etnia u otra organización de este tipo?	Si () No () Diga cuál: _____ _____ _____
	Mención a unos sistemas propios de forma de ver el mundo	¿Se mencionan explícitamente las costumbres en relación con el caso en la localidad?	Si () No () Explique brevemente: _____ _____ _____

--	--	--	--

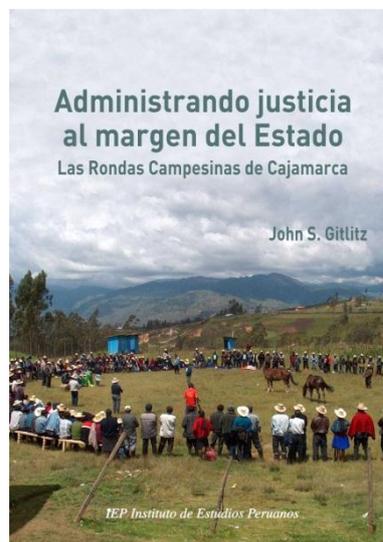
OBSERVACIONES:

APÉNDICE 3

CONVERSANDO CON JOHN GITLITZ

Aprovechando la visita que hiciera este reconocido investigador a nuestra ciudad, me comuniqué con él mediante correo electrónico y le planteé las siguientes interrogantes:

1. En el Perú existe la figura del *error de comprensión culturalmente condicionado*, que permite eximir de responsabilidad penal a quien por su cultura o costumbres comete un hecho calificado como delito. Sin embargo, en el campo procesal no se exige la realización del peritaje para poder saber si estamos ante este hecho, es decir, el peritaje no es obligatorio. Usted considera que para este caso en específico, ¿se debería modificar la legislación para que la realización del peritaje sea obligatorio? Me gustaría que explicara su respuesta.
2. De la revisión de peritajes en nuestro medio, me cuenta de que el antropólogo a cargo va a la localidad y realiza su peritaje en dos días, ¿considera adecuado el tiempo?



Las respuestas que me dio fueron:

¿Qué es “justicia” para el campesino andino peruano, que en muchos casos vive empobrecido y discriminado en un entorno hostil? ¿Cuánto tuvo que ver el abandono del Estado peruano en el nacimiento de las rondas campesinas que autoimparten “justicia” en algunas zonas remotas del país? Estas son algunas preguntas sobre las que gira el libro **“Administrando justicia al margen del Estado. Las rondas campesinas de Cajamarca”**, del sociólogo John Gitlitz, publicado recientemente por el [Fondo Editorial del IEP](http://www.iep.org.pe) y la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca.

El libro se basa en más de 30 años de estudio que el autor ha dedicado al fenómeno de las rondas campesinas, partiendo de los últimos años de la década del setenta, cuando los campesinos del departamento de Cajamarca, acosados por el robo de ganado y bajo un sistema judicial distante y corrupto, organizaron unas patrullas que empezaron a administrar justicia fuera de la esfera del Estado peruano, llegando con el paso del tiempo a hacerse cargo de toda disputa local, desde los casos de abigeatos hasta los conflictos familiares y enemistades entre vecinos.

Sin embargo, el autor va más allá, pues presenta una visión del funcionamiento de la justicia impartida por las rondas en las décadas del ochenta y noventa, descubriendo que éstas nunca trataron exclusivamente sobre justicia, sino también sobre dignidad y empoderamiento político de los campesinos, siendo expresamente reconocidas, aunque con funciones ambiguas, por la Constitución de 1993. El libro busca además abrir un debate sobre cómo enmarcar una jurisdicción especial y plantea algunos problemas aún pendientes de solución dentro del marco de la democracia.

Sobre el autor:
John Gitlitz es profesor asociado de Ciencias Políticas en Purchase College de la Universidad Estatal de Nueva York. Es miembro del Washington Office on Latin America, del Instituto de Justicia Intercultural y del Hispanic Resource Center de Nueva York, organismo del que fue presidente durante siete años.

Fuente: http://www.iep.org.pe/la_justicia_al_margen_del_estado__las_rondas_campesinas_en_cajamarca.html

Henry,

Voy a responder a mi modo. 1) Sí creo que el peritaje debe ser obligatorio. Los jueces, incluso los jueces que hayan nacido en el campo pero que después han pasado por todo el lavado de cerebro que les hace la facultad de derecho, no tienen los criterios necesarios para aplicar el artículo. 2) No. Dos días no es suficiente, ni siquiera una semana. Para que el juez aplique el art. 15, el perito tiene que informarle sobre la cultura de la comunidad en cuestión, y del estado cultural del inculpado. En la inmensa mayoría de los peritajes que he leído (con la excepción de los de José Rodríguez), el perito ni intenta la segunda parte, y hace un trabajo débil para el primero.

Doy un ejemplo de lo que he estado pensando últimamente. Suponemos un caso de violación de menor de edad (13 años)/matrimonio joven. El perito hace una encuesta rápida y encuentra en los registros, digamos 30 matrimonios, que hay 5 de ellos entre 12 y 15 años y dos de menores de catorce. ¿Qué nos dice la norma local respecto a si acepta o no acepta el matrimonio de una niña, o al estado psicológico del inculpado?

Te apuesto que en mi tierra de NY, con el frío de m.... que tenemos y la inmensa cantidad de menores de quince en plena rebeldía contra sus padres, que el porcentaje de niñas menores de catorce que tienen relaciones no es muy diferente al de las comunidades cajamarquinas. Podría ser hasta mayor. Aquí también legalmente se define como violación de menor. Pero muy pocas veces se llega a abrir un proceso penal. No es que los padres lo acepten. Sino lo que ellos se preguntan es: ¿cómo protegemos a nuestras hijas? Les pueden aconsejar, castigar, llevar a un psicólogo, etc., enseñarles a protegerse con condones, etc., pero no van a los fiscales porque piensan que solo les empeorará el problema. Y en el sistema norteamericano los fiscales, ante los pocos casos que sí les llegan, tienden a no proseguir con ellos.

Te apuesto que en las comunidades cajamarquinas la norma no es diferente. Una minoría de hijas rebeldes experimenta, los padres no aceptan, lo creen mal, se enojan, pero buscan proteger a sus hijas. Lo que es diferente es la forma que tienen a la mano para protegerlas: hacerlas casar. Pero no creo que eso funcione. Son matrimonios de inmaduras, rebeldes, con problemas, y no duran; resultan siendo abandonadas y, a veces, peor, pues se quedan como madres solteras¹⁴. (Curiosamente, en mi trabajo de campo encontré 4 casos de jóvenes que fueron obligados a formar familia con una mujer con quienes había estado. En los cuatro casos, los ronderos que me los contaron, identificaban los casos como errores o abusos de la ronda).

Si tengo la razón, entonces el perito, al decir que es la norma, está simplificando la realidad, o porque no la entiende, o para simplificar la tarea del juez.

En el fondo, sin embargo, mis dudas no se centran en el peritaje, sino en el art. 15 mismo, porque lo que exige es esa simplificación de realidades y valores complejos.

¹⁴Nota del encuestador. Es curioso, pero nos hemos dado cuenta de que los casos en que más se solicitan peritajes es para ver estos casos de violación sexual a menor de catorce años. Vimos también que muchos de los casos son iniciados por el deseo de venganza de los padres y no de la menor. Sin embargo, ni en el peritaje ni en las pericias psicológicas (que no fueron materia de este estudio) se hace ver la rebeldía de la que nos habla Gitlitz.

Para mí el art. 15 está basado en un concepto caduco y deficiente de cultura, una visión que llamo binomial. Dice: Vivimos en un mundo multicultural; somos nosotros y aquellos (república de españoles; república de indios). Instruimos al juez que debe respetar la diferencia. Pero para mí esta visión no es respeto, sino lo contrario. Objetiviza, mistifica el campesino/rondero/indio como un ser diferente, cuando no es tan diferente y lo que más quiere es ser ciudadano. No significa que no existan diferencias de cultura. Sí las hay, pero entenderlas -- y las similitudes que sí las hay -- es tarea difícil.

Las culturas son más complicadas: no son homogéneas sino heterogéneas; no reflejan consensos sino son siempre contestadas; muchas veces no reflejan valores abstractos sino justificaciones para el ejercicio del poder; son permeables, y en constante cambio. En el mundo toda persona pertenece a varias culturas. Qué soy yo: norteamericano, peruano. Llevo cuarenta años formando en EEUU y Perú. ¿Qué es el campesino que pasa seis meses al año en Lima?

Claro, es fácil como sociólogo/politicólogo identificar esta complejidad, pero lo que el juez necesita del perito es un sí o un no. Solo pido que los jueces busquen buenos antropólogos, que estos dediquen el tiempo necesario para su trabajo, y los jueces tomen decisiones comprendiendo la complejidad del mundo y con la seriedad y humildad necesarias.

Espero que esto te ayude. Mándame cualquier pregunta.

John

APÉNDICE 4

RESOLUCIONES ESTUDIADAS

LISTA DE REFERENCIAS

- Alcántara Salazar, Henry. 2012. Derechos que se vulneran a los operadores de justicia comunal, consecuencias y posibilidades. *Revista de investigación jurídica Avances* 7: 61-78.
- Aliaga, César. 2000. *La justicia campesina y el derecho*. http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA1/justicia%20campesina.htm#_ftnref5(Consultada el 1 de octubre de 2008)
- Alzamora Valdez, Mario. s/f. *Los derechos humanos y su protección*. Lima, Perú: Editorial y distribuidora de libros S.A.
- Bazán Cerdán, Fernando. 2008. *Estado del arte del derecho consuetudinario*. Lima: Projur.
- Bustamante Alarcón, Reynaldo. 2001. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima, Perú: ARA editores.
- Cabanellas, Guillermo. 2003. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. 4 y 8. 28va. ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Cabanillas Hernández, Gilber. 2009. Rondas campesinas en Cajamarca. ¿Es derecho consuetudinario, el actuar de las rondas en la solución de conflictos? *Cuadernos de investigación: rondas campesinas-justicia alternativa*, 2, 25-34.
- Cacho Roncal, Luis. 2012. El accionar de las rondas campesinas, su relación con la jurisdicción especial, el derecho consuetudinario y sus implicancias penales, en la provincia de Cajamarca, 2007-2009. Tes. Maes. En Derecho, Mención en Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Cajamarca.
- Calderón Sumarriba, Ana. 2007. *El abc del derecho internacional de los Derechos Humanos*. Lima, Perú: Editorial San Marcos y Egacal.
- Carruitero Leca, Francisco y Hugo Soza Mesta. 2003. *Medios de defensa de los Derechos Humanos en el sistema internacional*. Lima, Perú: Jurista Editores.

- Castañeda Becerra, Aldo. 2011. Rondas Campesinas y violación de Derechos Humanos en el distrito de Cajamarca. Tes. Maes. En Derecho, Mención en Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Cajamarca.
- Chaname Orbe, Raúl. 2009. *Comentarios a la Constitución*. 5ta. ed. Lima: Juristas Editores.
- Escobar García, Claudia 2008. Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional. En neoconstitucionalismo y Sociedad, editado por Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 220. Quito, Ecuador, 2008 1ra. Edición: agosto 2008
- Estela Díaz, Rolando. 1988. *Reconózcase a las rondas campesinas, experiencia de rondas de Bambamarca*. Lima, Perú: SER
- Fernández Sessarego. 2003. *Libertad, constitución y derechos humanos*. Lima, Perú: San Marcos.
- Francia Sánchez, Luis E. 2010. Criminalización de la pluralidad jurídica: ¿Es el acuerdo Plenario un avance en el desarrollo del art. 148 de la Constitución? En *La facultad jurisdiccional de las rondas campesinas*, editado por Javier la Rosa Calle y Juan Carlos Ruiz Molleda, 37-52. Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal.
- _____. 2013. La pericia antropológica en el proceso penal peruano. (Artículo no publicado).
- Gaceta Jurídica. 2008. *Guía de jurisprudencias del tribunal constitucional para el abogado litigante*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Gallardo Coronel, Hermitanio. 2012. Justicia ronderil: análisis jurídico a su normatividad legal e intervención en la solución de problemas penales en el distrito de Chota, 2005-2009. Tes. Maes. En Derecho, Mención en Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Cajamarca.
- García Hernández, Martín, Daniel Cortés Campos, Mónica Paulina Hernández Leyva, Lorena Guadalupe López Juárez, Ulises Flores García, Vicky Beatriz Ortega Hernández y Elizabeth Velázquez González. 2009. Peritaje Antropológico.

<http://librio.izt.uam.mx/~martino/download/Peritaje%20Antropologico.pdf>
(consultada el 22 de enero de 2013).

- García Toma, Víctor. 1998. *Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993*. t. 1. Lima, Perú: Fondo del desarrollo editorial de la Universidad de Lima.
- _____. 2008. *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- _____. 2012. Marco Normativo de los derechos fundamentales y la constitución. *Revista de investigación jurídica Avances* 7: 29-44
- Garzón Valdés, Ernesto. 2008. 30 minutos de filosofía del derecho: viejos y nuevos problemas. *Isonomía* 28 (abril): 7-25.
- Gitlitz, John S. 2010. Comentarios al Acuerdo plenario de la Corte Suprema. En *La facultad jurisdiccional de las rondas campesinas*, editado por Javier la Rosa Calle y Juan Carlos Ruiz Molleda, 21-28. Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal.
- _____. 2013. *Administrando justicia al margen del Estado: Las rondas campesinas de Cajamarca*. Lima: IEP
- Gros Espiell, Héctor. 1991. *Derechos Humanos*. Lima Perú: Cuzco editores.
- Guevara Gil, Armando. 2003. *Guía metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos*. Defensoría del Pueblo: Oficina Regional de Iquitos.
- _____. 2013. Causas de la Pluralidad legal en nuestro país. (Artículo no publicado).
- Henríquez Franco, Humberto. 2002. *Derecho constitucional*. Trujillo, Perú: Editora Fecat.
- Hernández Valle, Rubén. 2006. *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Levaggi Tapia, Renato. 2010. Situación de los casos de miembros de Comunidades Campesinas, Nativas y Rondas Campesinas denunciados ante Ministerio Público por ejercicio de su función jurisdiccional. En *La facultad*

jurisdiccional de las rondas campesinas, editado por Javier la Rosa Calle y Juan Carlos Ruiz Molleda, 9-20. Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal.

Linares Calderón, Juan. 2010. Pericia psicológica en el proceso penal sobre violación sexual. Tes. Maes. En Derecho, Mención en Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Cajamarca.

Lingán Cabrera, Luis Martín. 2009. La justicia comunal y el artículo 18 del Código Procesal Penal del 2004. En *Cuadernos de investigación: rondas campesinas-justicia alternativa*, 2, 83-91.

Momethiano Zumaeta, Eloy y Javier Ysrael Momethiano Santiago. 2004. *Código de procedimientos penales exegético: estudios de las normas progresivas del nuevo código procesal penal*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.

Montaño Álvarez, Lorena. 2011. *Método Hermenéutico*. <http://lorefilosofia.aprenderapensar.net/2011/10/08/metodo-hermeneutico/> (consultada el 15 de enero de 2013).

Morales Godo, Juan. 2005. *Instituciones de derecho procesal*. Lima, Perú: Palestra.

Morales Vargas, José Enrique. 2010. *La Importancia de la Hermenéutica Jurídica en el Ejercicio de la Profesión Legal*. http://bajo.delasalle.edu.mx/revistas/derecho/numero5/docentes_moralesvargas.html (consultada el 15 de enero de 2013).

Nino, Carlos Santiago. 1989. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2da. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Núñez Becerra, Ronny. 2005. Derecho consuetudinario y las rondas campesinas. *OpínioJurís*, 3, 15-16.

_____. 2009. Rondas campesinas y secuestro: corte suprema de la República, delito de secuestro y prácticas ronderas. *Cuadernos de investigación: rondas campesinas-justicia alternativa*, 2, 39-48.

Ossorio, Manuel. 2010. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. 28va. ed. Buenos Aires: Heliasta.

- Peces-Barba Martínez, Gregorio. 1999. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dykinson.
- Pérez Mundaca, José. s/f. *Montoneras, bandoleros y rondas campesinas*. Cedepas y Municipalidad Provincial de Cajamarca.
- Prieto Sanchis, Luis. 2004. *El constitucionalismo de los derechos* <http://escueladepostgradounitepclapaz.org/archivos/2012-10-10-EL%20CONSTITUCIONALISMO%20DE%20LOS%20DERECHOS%20Luis%20Prieto%20Sanchis.pdf> (consultada el 19 de enero de 2013).
- Projur. 2007-2010. Plan de Fase del Programa de Acceso a la Justicia en Comunidades Rurales. (Documento de trabajo no publicado).
- _____. 2010. *Manual del promotor: aprendamos sobre justicia comunal*. Lima, Perú.
- Ramírez, Antonio. 1987. *I Encuentro nacional de rondas campesinas*. Lima, Perú: Fedes de rondas Chota, Cajamarca, La Libertad, Huaral, Pallasca, Huánuco.
- Ramos Tenorio, Enver. 2014. La prueba: aspectos generales. En *Rondando al Código Procesal Penal*, 369-372. Cajamarca, Perú: Corte Superior de Justicia de Cajamarca.
- Rodríguez Villa, José. 2007. Peritaje antropológico. *Cuadernos de investigación: rondas campesinas-justicia alternativa* 2, 49-69.
- _____. 2011. El pluralismo jurídico y la justicia comunal. Ponencia del Taller de Inducción con operadores de justicia comunal y de justicia de paz. Organizada por el Instituto de Justicia Intercultural de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, realizada en el local de las Rondas de Celendín, Cajamarca, el 24 de marzo.
- Rosas Yataco, Jorge. 2005. *Derecho procesal penal*. Lima: Jurista editores.
- Rubio Correa, Marcial. 1999. *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*. Lima, Perú: Fondo editorial de la PUCP.
- Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2010. Algunos comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema sobre Rondas Campesinas. En *La facultad jurisdiccional de*

las rondas campesinas, editado por Javier la Rosa Calle y Juan Carlos Ruiz Molleda, 73-106. Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal.

_____. 2013. La omisión del peritaje antropológico en procesos contra indígenas viola derechos constitucionales. (Artículo no publicado).

Sagües, Néstor P. 2001. *Teoría de la constitución*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Salcedo Lobatón, Elizabeth. 2011. Diagnóstico de necesidades de capacitación de los operadores de los sistemas de justicia local de los distritos judiciales de Cajamarca, Apurímac y San Martín. Proyecto presentado a Projur.

Torres Manrique, Jorge. s/f. *El Pluralismo Jurídico en el Estado Peruano*. <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/030310.pdf> (Consultada el 11 de julio de 2013)

Urteaga Crovetto, Patricia. 2009. *Re-imaginando el derecho: visiones desde la antropología y otras ciencias sociales (1950-2000)*. Lima, Perú: Projur.

Villar Narro, Víctor. 2012. Criterio jurídico para la aplicación del artículo 18° numeral 3) del nuevo código procesal penal en el distrito judicial de Cajamarca. Tes. Maes. En Derecho, Mención en Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Cajamarca.

Witker, Jorge. 1995. *La investigación jurídica*. México: Mc Graw Hill.

Yrygoyen Fajardo, Raquel. 2003. “Rondas campesinas y pluralismo legal: Necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo”. En: *Consulta nacional: Hacia una Ley de Rondas*. Lima, Defensoría del Pueblo.