EXP. N.° 07009-2013-PHC/TC
MADRE DE DIOS
JUAN VILLAR VARGAS Y OTRO
Representado(a) por JORGE PAYABA CACHIQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de marzo del 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención del magistrado Miranda Canales por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani, Ramos Núñez y Sardón de Taboada y el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional presentado por don Jorge Payaba Cachique contra la resolución de fecha 23 de agosto de 2013, de fojas 300, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de julio de 2013, don Jorge Payaba Cachique en su calidad de Presidente de la Comunidad Nativa Tres Islas, interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Juan Villar Vargas y don Herbert Cusurichi Payaba contra la Sala Penal Liquidadora Transitoria-Sede Tambopata, la Fiscalía Superior Mixta de Madre de Dios y la Policía Nacional del Perú-Jefe del Departamento de Apoyo a la justicia, solicitando la tutela del derecho a la libertad personal de los beneficiarios así como el respeto de la autonomía jurisdiccional de la comunidad nativa a la que pertenecen.

Manifiesta que los beneficiarios vienen siendo acusados por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual (violación sexual) de menor de edad, por supuestamente haber sostenido relaciones sexuales con dos menores pertenecientes a la comunidad nativa, dentro del territorio de la comunidad, hecho que no resulta cierto dado que dicha conducta fue con pleno consentimiento de las menores, siendo incluso que Herbert Cusurichi Payaba convivió y tuvo un hijo con una de ellas de manera pacífica. Sin embargo, refiere que el 10 de julio de 2013, la Policía Nacional ingresó a su territorio sin su consentimiento y detuvo a Juan Villar Vargas, a quien se le viene sometiendo a un proceso penal sin tomar en consideración que dicha materia ha sido resuelta por la jurisdicción indígena como consta del Acta suscrita en la Asamblea General del 10 de julio de 2013. Agrega que la Corte Suprema a través de su jurisprudencia ha reconocido que es parte del ejercicio de la jurisdicción especial, el juzgamiento de todo tipo de casos suscitados dentro del territorio

de la comunidad, incluyendo los presuntos delitos de robo, violación sexual y homicidio, razón por la que sostiene que la comunidad tiene competencia para avocarse a dicho caso y no así la jurisdicción ordinaria.

El Tercer Juzgado Penal Unipersonal Colegiado de Puerto Maldonado con fecha 16 de julio de 2013, declaró liminarmente improcedente la demanda en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, por estimar que los hechos y el petitorio no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido por el hábeas corpus, dado que la justicia penal ordinaria abrió un proceso penal ordinario en contra de los beneficiarios previamente al pronunciamiento de la jurisdicción comunal de la Comunidad Nativa Tres Islas, motivo por el cual no puede atenderse la petición del demandante pues ello vulneraría el principio *ne bis in idem* y el de no avocarse al conocimiento de causas pendientes ante órgano jurisdiccional. Asimismo refiere que el reconocimiento de la administración de justicia por parte de las comunidades campesinas y nativas y de las rondas campesinas no implica considerarlas como única o exclusiva alternativa frente a todas las demandas de justicia de la población campesina o nativa, no siendo tampoco admisible delegar en estos mecanismos la solución de problemas legales para los cuales no aparecieron, ni asumir que el Estado debe abstenerse de intervenir en todos los conflictos que se suscitan entre comuneros, ya que ni estos mecanismos están en capacidad de enfrentar problemas como el homicidio, el narcotráfico, etc. ni mucho menos fueron creados con esta intención.

El Procurador Público del Ministerio Público se apersonó al proceso a nivel de segunda instancia.

El Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial se apersonó también al proceso, manifestando que la parte demandante no ha demostrado que las resoluciones judiciales emitidas en contra de los beneficiarios lesionen alguno de sus derechos fundamentales, tanto más cuando han sido emitidas en el ejercicio regular de sus funciones. Puntualiza, por otra parte, que tampoco se ha vulnerado la autonomía y jurisdicción comunal, toda vez que los actos por los que son procesados los beneficiarios comportan contenidos esenciales de protección por parte del Estado hacia todos los ciudadanos, más aun cuando los hechos fueron denunciados ante la jurisdicción ordinaria por la madre de las agraviadas. Finalmente sostiene que el hecho de poner en conocimiento del juez constitucional que los hechos por los que se viene procesando a los beneficiarios ya han sido juzgados ante la jurisdicción comunal, únicamente pretende soslayar la actividad probatoria y el juzgamiento penal, evaluación que es propia de la jurisdicción

ordinaria y no así, del juez constitucional.

La Sala revisora revoca la apelada y declara infundada la demanda fundamentalmente por estimar que el mandato de detención dictado contra los beneficiarios ha sido emitido conforme a ley y que las menores agraviadas acudieron a las instancias ordinarias para narrar los hechos materia de denuncia, no siendo posible que las funciones jurisdiccionales ni las costumbres de la comunidad de Tres Islas puedan resultar absolutas o puedan ser ejercidas transgrediendo los derechos fundamentales. Por lo demás y tratándose de menores de edad, el Estado debe constatar si merece o no ser investigada la vulneración denunciada, más aun cuando la propia comunidad no actuó pese a que los hechos ocurrieron hace más de una década.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a cuestionar los actuados policiales, fiscales y judiciales que han derivado en un mandato restrictivo de la libertad contra don Juan Villar Vargas y don Herbert Cusurichi Payaba por presunto delito de violación sexual en agravio de las menores de edad de iniciales (Y.CH.S. y B.CH.S.), por considerar que los hechos que se les imputan no pueden ser materia de juzgamiento en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sino como manifestación del derecho a la autonomía jurisdiccional que tienen los beneficiarios al interior de su comunidad y bajo los cánones de su derecho consuetudinario.

2. Se puede pues apreciar, que lo que se busca en esencia, vía el presente proceso, es que tras anularse los actuados en la justicia ordinaria penal, se reconozca como única autoridad competente para el juzgamiento de hechos como los que se ha venido investigando, a las autoridades jurisdiccionales pertenecientes a la Comunidad Nativa Tres Islas, por ser la misma a donde pertenecen tanto los beneficiarios del presente proceso constitucional, como las presuntas víctimas de los hechos que se les imputan. Como consecuencia de ello, que se ordene la inmediata libertad de don Juan Villar Vargas (detenido al momento de iniciarse el presente proceso) y el cese de los actos de amenaza de la libertad personal de don Herbert Cusurichi Payaba (quien se encuentra con orden de ubicación y captura).

Sustracción de materia parcial

3. Siendo dos las pretensiones centrales que se buscan a través del presente proceso, se hace necesario precisar que respecto de aquella que busca la anulación de los actuados del proceso penal seguido ante la jurisdicción ordinaria, la causa aún se encuentra pendiente de dilucidación. Sin embargo respecto de aquella otra que busca la libertad inmediata de don Juan Villar Vargas, así como la anulación de la orden de la captura contra don Herbert Cusurichi Payaba, se hace necesario indicar dos aspectos: **a)** Habiéndose emitido por parte de la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, la resolución de fecha 30 de enero del 2014, mediante la cual se ha declarado fundada la conclusión del Ministerio Público que sustenta el retiro de la acusación contra don Juan Villar Vargas y ordenado su excarcelación al igual que el archivo definitivo del proceso (fojas 98 a 108 del Cuadernillo Especial ante el Tribunal Constitucional), ha operado la sustracción de materia justiciable de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional; y, **b)** A pesar de haberse expedido por parte de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios resolución con fecha 25 de Junio del 2015, mediante la cual se declara procedente la petición del procesado Herbert Cusurichi Payaba de variación del mandato de detención por el de comparecencia (fojas 109 a 113 del mismo Cuadernillo Especial), aún no se ha resuelto su situación jurídica de fondo, pues no obstante que la misma Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, mediante resolución de fecha 25 de enero del 2016 absuelve al citado procesado de la imputación formulada (fojas 114 a 123 del Cuadernillo Especial), se ha interpuesto por parte del Ministerio Publico, recurso de nulidad con fecha 8 de febrero del 2016 (fojas 125 a 129 del Cuadernillo Especial), motivo por el cual, aún existe causa susceptible de pronunciamiento.

Cuestiones previas al análisis de la controversia

4. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Tribunal considera pertinente precisar las razones por las que, pese a existir un rechazo liminar en la demanda interpuesta, opta sin embargo por emitir un pronunciamiento de fondo en torno a la materia sujeta a discusión. Las razones que sustentan dicha posición se sustentan básicamente en lo siguiente: **a)** Si bien el presente proceso constitucional ha sido interpuesto contra la Policía Nacional del Perú (Jefatura del Departamento de Apoyo a la Justicia), la Fiscalía Superior Mixta de Madre de Dios y la Sala Penal Liquidadora Transitoria-Sede Tambopata, y quienes integran estos últimos, no han

comparecido al proceso, ello no supone en estricto un estado de indefensión, ya que de fojas 192 a 193 y de fojas 221 a 222 y 274 a 279, se aprecia que los Procuradores tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, se han apersonado al presente proceso, expresando lo conveniente a sus respectivos intereses; **b)** El demandante no cuestiona directamente o en específico alguna resolución judicial, sino básicamente el hecho de que la justicia ordinaria se haya avocado al juzgamiento de don Juan Villar Vargas y don Herbert Cusurichi Payaba, por considerar que la misma es totalmente incompetente, por lo que el tema central es básicamente objetivo y tiene que ver con el hecho de definir, a la luz de lo dispuesto en la Constitución, si las citadas personas deben ser sometidas a la jurisdicción ordinaria o, al revés de ello, a la justicia comunal; y, **c)** El presente caso requiere urgente definición, tanto más si se toma en cuenta, no sólo la fecha de inicio de los actuados en la vía jurisdiccional ordinaria (14 de septiembre del año 2007) sino incluso, la fecha de la presunta comisión de los actos sometidos a juzgamiento (años 2003, 2006, 2007).

5. Asumida una posición como la descrita en un contexto de tutela preferente, estimamos plenamente legítimo pronunciarnos sobre la materia constitucional controvertida, en aras de determinar si se ha producido o no la vulneración de la autonomía jurisdiccional de las comunidades nativas y, por extensión, a la libertad individual de las personas en cuyo favor se ha interpuesto la demanda.

Materias Constitucionales a dilucidar

6. Aún cuando en la jurisprudencia de este Tribunal tenemos algunos pronunciamientos que hacen referencia expresa al contenido del artículo 149 de la Constitución (Cfr. entre otros, STC 01126-2011-PHC/TC), no existe en rigor, un desarrollo analítico del tema, pues el sólo hecho de aceptar descriptivamente que "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona", no dice en realidad mucho (en realidad casi nada), si no se precisan varias cosas, en principio, esenciales.

7. El presente caso plantea la necesidad de pronunciarse sobre determinadas cuestiones de principio, imprescindibles a los efectos de comprender los alcances del citado artículo 149 de la Constitución. Sobre dichas cuestiones, este Tribunal Constitucional, aún no se ha pronunciado de modo suficientemente detallado, por lo que corresponde ahora

preguntarse: **a)** ¿Es la jurisdicción reconocida sobre las comunidades campesinas y nativas al igual que la autonomía establecida para su ejercicio, un bien jurídico de relevancia?; **b)** ¿Puede hablarse de unos límites objetivos aplicables sobre la jurisdicción reconocida para las comunidades campesinas y nativas?; **c)** ¿El hecho de que la autonomía jurisdiccional constituya una cláusula especialmente relevante, supone relativizar o desconocer otros bienes jurídicos de relevancia?; **d)** ¿El que se reconozca funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades campesinas y nativas, implica que el Estado renuncie a la potestad punitiva a través de la función jurisdiccional ordinaria? (los alcances del artículo 18, inciso 3 del Decreto Legislativo 957); y, **e)** ¿Qué aspectos podría abarcar la jurisdicción comunal y cuáles la jurisdicción ordinaria, dentro de los parámetros establecidos por el artículo 149 de la Constitución?

La existencia de una jurisdicción comunal y de una autonomía en su ejercicio representa un bien jurídico de relevancia.

8. La existencia de una jurisdicción de naturaleza comunal establecida en el artículo 149 de la Constitución, representa sin lugar a dudas un gran avance que va de la mano con el reconocimiento de lo que la misma norma fundamental y la jurisprudencia expedida conforme a ella, han venido en denominar como multiculturalismo, orientación esta última, que se traduce en el pleno respeto a la diversidad y el pluralismo cultural que nuestra Constitución acertadamente auspicia y por supuesto garantiza, elevándola incluso y desde el punto de vista político, a la categoría de una auténtica política de Estado y desde el punto de vista jurídico, a la de un bien de incuestionable relevancia.

9. La jurisdicción comunal, en este contexto, más que propender a la necesidad de diversificar los enfoques en torno a la resolución de conflictos, tiende a la idea de reconocer la existencia de distintas culturas y modos de concebir la realidad, que parten de la historia y el desarrollo de los grupos humanos existentes al interior de nuestro territorio, en todos los sectores o ámbitos que el mismo abarca.

10. Garantía incuestionable que tal variante jurisdiccional supone, constituye la autonomía en su ejercicio, entendida esta última como una capacidad para auto desenvolverse con sujeción a sus propias reglas, establecidas a partir de las propias consideraciones materiales de lo que representa el multiculturalismo aceptado per se como uno de los contenidos de nuestra Constitución.

11. Siendo la jurisdicción comunal y la autonomía de la que se encuentra dotada un bien jurídico de relevancia perfectamente reconocible al interior de la Constitución, no debe sin embargo, ser entendida como todo lo que representa la norma fundamental o como la parte más importante de la Constitución. Esta última, como es de sobra conocido, articula sus diversos contenidos de una manera armónica y es en dicho esquema que aquella debe ser asumida.

La presencia de unos límites objetivos aplicables sobre la facultad jurisdiccional reconocida para las comunidades campesinas y nativas.

12. Si bien el artículo 149 de la Constitución, deja claramente establecido el reconocimiento de la jurisdicción comunal en los términos que antes se ha descrito, establece a su vez y con toda nitidez que la misma debe ser ejercida de una forma tal que no colisione con los derechos fundamentales de la persona; esto es, coloca a estos últimos como un punto central de obligada referencia.

13. La invocación al respeto de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción comunal, no es ni representa sin embargo, un simple desiderátum carente de contenido objetivo o sujeto a la libre discrecionalidad de quien pone en práctica el ejercicio de la consabida facultad. Si se ha dicho en innumerables ocasiones que la Constitución y su catálogo de derechos vinculan tanto al Estado como a quienes integran la sociedad, es indiscutible que no pueden existir ámbitos a donde pueda predicarse exenciones al orden constitucional y sobre todo, excepciones a la eficacia de los mandatos a favor de la persona humana y el respeto de su dignidad.

14. La observancia de los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, la obligación de que estos no sean vulnerados, no es pues dentro de este contexto una proclama que no pueda resultar concretizable, sino una máxima que reclama garantías de observancia obligatoria. Consecuentemente y a despecho de quienes no vean una lectura a favor de los derechos cuando de la jurisdicción comunal se trata, conviene que este Tribunal deje claramente establecido, que en cada ocasión en que el ejercicio de esta última, colisione de manera frontal y evidente con estos últimos, de ninguna manera estaremos hablando de una facultad regularmente desarrollada, sino de una evidente desnaturalización de la misma.

15. Los derechos fundamentales, son pues en definitiva, límites indiscutiblemente objetivos al ejercicio de la potestad jurisdiccional comunal y, como tales, deben ser

merituados en cada ocasión en que puedan resultar invocados según la incidencia o nivel de afectación del cual puedan ser objeto. Ello pues descarta, la idea de que por el simple hecho de alegarse la existencia de una potestad jurisdiccional especial, quede cerrada la discusión en torno de su correcto o adecuado ejercicio.

La autonomía reconocida sobre la jurisdicción comunal siendo especialmente relevante, no supone relativizar o desconocer otros bienes jurídicos de igual relevancia.

16. Se ha dicho y no sin razón que la jurisdicción comunal y la garantía de autonomía que le es consustancial, representa un bien jurídico de especial relevancia dentro del contenido constitucional. Las razones de ello, han quedado anteriormente precisadas. Ello no obstante y muy a pesar de que la citada variante jurisdiccional posea las connotaciones que se ha descrito, no significa tampoco ni mucho menos, que la relevancia proclamada suponga minimizar o peor aún, desconocer otros bienes jurídicos al interior de la propia Constitución.

17. Sabido es que la norma fundamental, se estructura no sobre la base de una escala de jerarquías, sino sobre el supuesto de contenidos igual de importantes, debiéndose matizar que cualquier eventual escenario conflictivo debe ser resuelto a la luz de cada caso, y con sujeción estricta a un raciocinio elementalmente ponderativo.

18. No es ni puede ser aceptable que tras invocarse la relevancia de un contenido o norma constitucional, se pueda en abstracto o tal y cual si fuera una regla generalizada, neutralizar el valor o trascendencia de otro contenido o norma de la propia Constitución, pues esta debe ser concebida de manera no sólo sistemática y armónica, sino en forma compatible con la totalidad de objetivos constitucionales.

19. En este contexto y tan importante como lo es la jurisdicción comunal y la orientación multiculturalista que le sirve de sustento, es por ejemplo y por lo que al presente caso se refiere, la obligación del Estado y de la comunidad en general, de proteger a la niñez y a la adolescencia. Nuestra Constitución, no sólo ha reconocido dicho mandato en su artículo 4 sino que nuestra propia jurisprudencia lo ha desarrollado de manera mucho más omnicomprensiva, al reconocer como parte del bloque de constitucionalidad al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (STC 6165-2005-HC/TC), lo que supone dejar en claro la relevancia que este último contenido, también tiene en el marco del Estado Constitucional.

20. En definitiva y si de bienes jurídicos de relevancia se trata, hay más de uno en el contenido de la norma fundamental y mal haría el operador jurídico en exaltar la importancia de uno, sacrificando por completo la trascendencia del otro. O a todos se les asume como especialmente superlativos, o la Constitución representaría un intento banal por querer integrar las aspiraciones sociales, cuando alguna de ellas simplemente puede desdibujar al resto, sea relativizándolas o simplemente, desconociéndolas.

El reconocimiento de funciones jurisdiccionales por parte de las Comunidades Campesinas y Nativas no implica que el Estado renuncie a la potestad punitiva (Los alcances del artículo 18, inciso 3, del Decreto Legislativo 957).

21. La importancia de una jurisdicción comunal, se encuentra fuera de toda duda. Sin embargo, conviene preguntarse si a partir de su reconocimiento y puesta en ejercicio, cualquier materia con incidencia jurídica debe ser puesta en su conocimiento.

22. Una respuesta razonada del tema, evidentemente descarta de plano que todos los aspectos jurídicos puedan ser vistos en el ámbito de la justicia comunal, pues el origen de esta no responde a los mismos supuestos y consideraciones de la Justicia ordinaria, sino a lo que es propio de la vida comunal con todas las incidencias que la misma puede llegar a suponer. Naturalmente, esto tampoco significa ni debe tomarse necesariamente, como que sean muy pocos los aspectos a cargo de esta variante jurisdiccional, sino simplemente, como que no todos los aspectos jurídicos pueden tener una consecuencia directa en el ámbito de la vida comunal.

23. Interrogante esencial en el escenario descrito es la de saber si los aspectos vinculados a la eventual comisión de ilícitos penales deben ser visto por la justicia comunal. Al respecto y sin temor a equívocos, puede también afirmarse que ello no sólo es perfectamente posible, sino hasta auspicioso, pues la tutela de bienes jurídicos depende en buena medida de la concepción con la que cada grupo humano concibe su organización en la vida social y siendo ello así, no es extraño sino perfectamente coherente la concepción de una justicia comunal de tipo penal.

24. Prueba contundente de que esta concepción es plenamente legítima la encontramos por lo demás en el ámbito de los propios instrumentos internacionales. Es el caso del artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, cuyo texto establece, sin que quepa duda alguna, que *"En la medida en*

que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros".

25. Y abona a la misma perspectiva lo que el inciso 3) del artículo 18 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) ha establecido al señalar que "La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer: (...) De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución".

26. Sin embargo, el hecho de que se acepte como perfectamente legítima, la opción de una justicia comunal de tipo penal, no significa tampoco como algunos, erróneamente lo creen, que nuestro ordenamiento jurídico pretenda auspiciar una renuncia total a las potestades punitivas que tiene el Estado en relación a los delitos cuando de comunidades campesinas o nativas se trata.

27. En efecto, lo primero que debe recordarse es que no existen cláusulas constitucionales absolutas. Que el artículo 149 de la Constitución reconozca la jurisdicción comunal, no significa que esta última sustituya o reemplace a la justicia ordinaria. El vocablo "pueden" utilizado por el citado dispositivo para hacer referencia a las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, es aquí especialmente significativo. Si la intención de la norma constitucional, hubiese sido, la de darle a la justicia comunal, el rol sustitutivo de la Justicia ordinaria, el citado término estaría demás, debiéndose haber optado por el de "deben".

28. Pero dicho argumento, que es en esencia gramatical, no es tan relevante como la concepción que ya ha sido explicada y que se traduce en el límite objetivo establecido en el artículo 149 y de acuerdo con el cual, la jurisdicción comunal, bien que importante, de ninguna manera puede administrarse en forma contraria a los derechos fundamentales.

29. Aceptar que la jurisdicción comunal tiene como restricción inobjetable el respeto por los derechos fundamentales, supone que la interpretación a dispensarse al referido inciso 3) del artículo 18 del Código Procesal Penal, no puede desembocar de ninguna forma en una renuncia total al poder punitivo del Estado cuando se trata de delitos cometidos en el ámbito de la vida comunal. Lo que supone es que una concesión como la descrita en el citado dispositivo, y que se traduce en la incompetencia de la justicia

ordinaria para conocer de delitos cuando de la vida comunal se trata, solo ha de operar en la medida que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona.

30. De asumirse una interpretación tendiente a excluir de la justicia ordinaria toda clase de delitos so pretexto de cometerse en el ámbito de la vida comunal, significaría virtualmente vaciar de contenido o de toda eficacia práctica a la restricción establecida en el tantas veces citado artículo 149 de la Constitución, lo cual no sólo sería inaceptable sino totalmente irrazonable en el contexto de una Constitución que se esfuerza en defender una pluralidad de bienes jurídicos de relevancia y en particular, los que tienen una vinculación directa con los derechos fundamentales de la persona.

31. Por lo demás, el propio artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes que ya ha sido citado, establece que la represión de delitos cometidos por quienes forman parte de una Comunidad Indígena o Tribal, apelando a sus propios métodos (entre los que por supuesto se encuentra, el de la jurisdicción comunal) sólo puede darse en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, lo que se traduce en respetar el marco normativo encabezado por la Constitución y por los derechos que dicha norma fundamental defiende.

32. No hay pues, de ninguna forma, una renuncia radical o absoluta a la potestad punitiva del Estado, sino el reconocimiento de una justicia ordinaria que cede ante la justicia comunal solo y específicamente en determinados supuestos, los que no comprometen los derechos de la persona.

Delimitación de los aspectos que pueden abarcar la jurisdicción comunal frente a la justicia ordinaria, en el marco de lo dispuesto por el artículo 149° de la Constitución.

33. Establecido que la Justicia Comunal puede avocarse al conocimiento de una multiplicidad de aspectos vinculados a la vida comunal y que incluso, dentro de los mismos pueden haber algunos de índole penal, conviene precisar a cuáles aspectos nos estaríamos refiriendo y cuáles en cambio, quedarían virtualmente excluidos.

34. Efectuar un listado de materias permitidas o, al revés de ello, prohibidas, no sería precisamente la fórmula más adecuada, habida cuenta de la multiplicidad de supuestos que tendría que consignarse. Dicha tarea, por otra parte, sería más propia del legislador ordinario que de un Tribunal de Justicia. Sin embargo y sin perjuicio de dejarse abierta

la posibilidad de que sea la jurisprudencia la que caso por caso, vaya definiendo el tema, es un hecho que teniendo como referencia directa lo previsto en el artículo 149 de la Constitución, ningún delito que pueda, además de lesionar bienes jurídicos tutelados por la ley penal, lesionar el contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales o de bienes jurídicos de relevancia constitucional vinculados a estos, podía ser pasible de juzgamiento en el ámbito de la justicia comunal.

35. En el escenario descrito, queda claro que por ejemplo, no podrían ser materia de conocimiento en el ámbito de la justicia comunal, todos aquellos delitos que recaigan sobre derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, psíquica y moral, la libertad, entre otros o que puedan afectar de alguna forma los intereses de aquellas personas ubicadas en condición especial y/o sensible como los niños, los adolescentes, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, etc.

36. La jurisdicción comunal, en resumen, ha sido reconocida no para justificar excesos, sino para preservar la diversidad y el pluralismo cultural de manera compatible con la totalidad de bienes reconocidos por la Constitución. Una interpretación contraria a tal consideración, es por donde quiera que se le mire, una opción inconstitucional.

Dilucidación de la controversia.

37. Como ya se ha precisado con anterioridad, el propósito del presente proceso constitucional, es cuestionar los actuados policiales, fiscales y judiciales a título de los cuales, se ha investigado, denunciado y procesado a don Juan Villar Vargas y don Herbert Cusurichi Payaba, como presuntos autores del delito contra la libertad sexual (violación sexual) de menor de edad en agravio de las menores de iniciales Y.CH.S y B.CH.S. A entender del recurrente, nada de lo que ha hecho la justicia ordinaria sería legítimo, por carecer de competencia, pues al tratarse de hechos que involucran a personas pertenecientes en su totalidad a la Comunidad Nativa Tres Islas, sería la Justicia Comunal la llamada a conocer de tales hechos y a resolverlos en función de su propio derecho consuetudinario.

38. Es pertinente precisar, de los actuados del presente proceso y de sus antecedentes, que los hechos imputados se circunscriben a lo siguiente: **a)** Se atribuye a don Juan Vargas Villar, el haber cometido delito de violación sexual en agravio de la menor Y.CH.S. cuando esta contaba con 13 años de edad; y, **b)** se atribuye a don Herbert Cusuruchi Payaba, el haber cometido delito de violación sexual en agravio de la menor Y.CH.S.

cuando esta contaba con 13 años de edad , y en agravio de la menor B.CH.S. cuando esta tenía 12 años de edad.

39. Desde la perspectiva de los criterios que anteriormente se ha expuesto y de manera totalmente independientemente a la veracidad o no de los hechos investigados, queda claro que vistos los mismos en abstracto y por su naturaleza, de ninguna manera son pasibles de ser conocidos en el fuero comunal, pues tal clase delitos no solo repercuten sobre el contenido de derechos fundamentales esenciales sino que comprometen a personas de condición especial como son sin duda, los menores de edad. Nada de lo que pueda decirse en torno de los hechos sometidos a investigación enerva en lo absoluto la facultad de la justicia ordinaria para avocarse al conocimiento de tales hechos, ni siquiera la alegada asunción de competencias por parte de la justicia comunal y que ha sido alegada por el demandante dentro del presente proceso constitucional, pues además de que la misma no procede conforme a lo que ya se ha señalado, la misma se ha producido en el año 2013, esto es, varios años después de haberse iniciado la investigación en el ámbito de la justicia ordinaria.

40. Descartada la ilegitimidad en el avocamiento de los hechos investigados por parte de la jurisdicción ordinaria, discusión muy aparte es la de saber si la citada investigación debe tomar en cuenta o no los alegatos que ha expuesto el demandante ante el presente proceso constitucional.

41. A este respecto y de acuerdo con lo que señala el demandante del presente proceso constitucional y lo que aparece de las declaraciones de las presuntas agraviadas así como de uno de los procesados (don Juan Villar Vargas), el delito contra la libertad sexual (violación de menor) en realidad no habría existido, por dos razones básicas: **a)** las relaciones sexuales entre los procesados y las agraviadas habrían sido con absoluto consentimiento y producto de relaciones de convivencia producidas en diversos momentos; y, **b)** Las relaciones sexuales practicadas entre adultos y menores en edad de concebir que a la par sean libremente consentidas, formarían parte de las costumbres practicadas tradicionalmente en el ámbito de diversas comunidades nativas y en particular en el ámbito de la Comunidad Tres Islas, a donde pertenecen todos los involucrados.

42. Si lo dicho es cierto y es además plenamente acreditable, como se deduciría de las abundantes instrumentales acompañadas a los autos, no existiría ninguna razón por la que la justicia ordinaria no tuviese que, tras merituar la cultura y costumbres de

quienes habitan la Comunidad Nativa Tres Islas, resolver con sujeción a lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal cuyo texto regula el denominado error culturalmente condicionado conforme a los siguientes términos "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".

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de habeas corpus en relación al extremo en que se reclama por vulneración a la jurisdicción comunal.

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de habeas corpus en relación al extremo en que se reclama por vulneración y amenaza a la libertad individual.

Publíquese y notifíquese

SS.

URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NUÑEZ
SARDON DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, pues si bien coincido con lo resuelto y con la gran mayoría de argumentos que sustentan el fallo, deseo hacer algunas precisiones:

1. Considero que debe explicitarse la razón por la que se declara improcedente la demanda con relación al extremo en que se solicita el cese de los actos de amenaza de la libertad individual del co-favorecido, don Herbert Cusurichi Payaba.

   Así, entiendo que ello obedece a que se encontraría pendiente de definición el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la absolución del referido co-favorecido en el proceso ordinario subyacente, dictada por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios mediante resolución de fecha 25 de enero del 2015, tal como se detalla en el fundamento 3 de la sentencia.

   En ese sentido, es de aplicación, a contrario sensu, el artículo 4° del Código Procesal Constitucional que establece que el proceso constitucional de hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

   En el caso de autos, al constatarse falta de firmeza en la resolución de fecha 25 de enero del 2015 que configura el acto que amenaza la libertad individual del co-favorecido, debe declararse la improcedencia de la demanda en el citado extremo.

2. Por otro lado, estimo oportuno introducir un matiz a lo expuesto en el fundamento 4 de la sentencia en donde se señala que en esta causa hubo un rechazo liminar de la demanda interpuesta, lo que podría dar a entender que estamos ante una causa que ha sido declarada improcedente en las dos instancias del Poder Judicial, cuando en segunda instancia se revocó la improcedencia dictada en primera instancia y se declaró infundada la demanda.

   Ello no obstante, deseo reforzar la aseveración contenida en el citado fundamento 4 de que el Poder Judicial, parte co-emplazada, no se halla en estado de indefensión, pues, adicionalmente a las razones allí indicadas, debo destacar que en la vista de la causa celebrada el 16 de octubre de 2015 en la ciudad de Arequipa, su procurador adjunto hizo uso de la palabra.

3. Finalmente, me aparto de suscribir el fundamento 6 de la sentencia, en la medida que formula una crítica, que juzgo destemplada y por lo mismo impropia, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en especial de la sentencia recaída en el expediente 01126-2011-PHC/TC (la misma que firmé con la anterior composición del Tribunal Constitucional).

La crítica se basa en considerar que no se efectuó un desarrollo analítico suficiente del contenido del artículo 149 de la Constitución.

Desde mi perspectiva, la STC 01126-2011-PHC/TC - caso Tres Islas, contribuyó a consolidar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, y no merece el calificativo recibido de que –parafraseando lo expuesto en el citado fundamento 6– *en realidad no dice mucho, casi nada, sobre el artículo 149 de la Constitución.*

No puedo secundar dicha crítica en los términos expuestos pues, valiéndome de lo manifestado por los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada en su voto singular respecto del auto de 5 de abril de 2016 recaído en el expediente 01969-2011-PHC/TC, implica "resquebrajar el respeto que debiéramos profesar" por nuestros colegas y ex colegas.

S.

URVIOLA HANI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 07009-2013-PHC/TC
MADRE DE DIOS
JUAN VILLAR VARGAS Y OTRO
Representado(a) por JORGE PAYABA CACHIQUE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto porque, si bien estoy de acuerdo en declarar como **INFUNDADA** la demanda, estimo que deben formularse una serie de precisiones respecto de ciertas afirmaciones que, a mi entender, son inexactas. La primera, relacionada con la supuesta delimitación de las materias que pueden ser conocidas por la justicia ordinaria y por la comunal; y, la segunda, vinculada con la aplicación de la figura del error de prohibición culturalmente condicionado.

a) Sobre la supuesta "delimitación" entre materias que son de competencia de la justicia ordinaria de aquellas que pueden ser conocidas por la justicia comunal

Advierto que en el fundamento 35 de la ponencia se indica lo siguiente

> En el escenario descrito, queda claro que por ejemplo, no podrían ser materia de conocimiento en el ámbito de la justicia comunal, todos aquellos delitos que recaigan sobre derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, psíquica y moral, la libertad, entre otros o que puedan afectar de alguna forma los intereses de aquellas personas ubicadas en condición especial y/o sensible como los niños, los adolescentes, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, etc.

Al respecto, considero que la afirmación que se efectúa en la ponencia desconoce el margen de actuación con que cuenta la justicia comunal al momento de resolver los casos que son puestos en su conocimiento.

De conformidad con el artículo 149 de la Constitución, 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". De esta disposición se puede desprender que el constituyente ha configurado un límite material a la potestad de administrar justicia en el seno de las comunidades, y que está relacionado con el respeto de los derechos fundamentales. No puedo negar que una redacción así ocasiona no pocos problemas, ya que estas libertades se suelen caracterizar por estar reconocidas en términos indeterminados y genéricos, lo que demanda la participación de la judicatura a fin de lograr su concretización.

En este escenario, en el que confluyen distintos intérpretes de la Constitución (y, consecuentemente, de los derechos fundamentales), considero que no es apropiado que se afirme de manera rotunda qué bienes jurídicos deben ser tutelados en la vía ordinaria y

cuáles en la comunal. Ya hemos advertido en una oportunidad anterior, que la Constitución protege la libertad de diferir, lo que implica la promoción de "un sistema de carácter dialógico en el que las distintas creencias y culturas tienen algo que aportar" [STC 02765-2014-PA/TC, fundamento 8]. Esto supone, que existen distintas nociones de "vida buena" o "justa", lo cual implica, como es evidente, que también se presenten distintas ideas respecto de lo que son los derechos fundamentales.

En ese sentido, afirmar qué conductas pueden ser enjuiciadas por la judicatura ordinaria y cuáles por la comunal implica una labor que, en principio, no creo que deba ser realizada en una sentencia por parte de este Tribunal. Antes bien, creo que demanda esfuerzos articulados entre distintas instituciones, profesiones y, evidentemente, culturas, a fin que, a través de un examen interdisciplinario, se pueda elaborar alguna propuesta que recoja un mínimo nivel de consenso que pueda llevarse exitosamente a la práctica. En principio, son el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República quienes deben promover esta clase de reformas, a fin de velar no solo porque los jueces y fiscales tengan una visión multicultural al momento de administrar justicia, sino también porque en las comunidades exista un importante nivel de certeza respecto de qué materias pueden ser enjuiciadas en su seno y cuáles no.

Por lo expuesto, considero que la delimitación que se propone en la ponencia es genérica y, por ello, potencialmente perjudicial para la justicia comunal, por lo que no suscribo los fundamentos que hacen referencia a ella, y particularmente el 35 de la sentencia.

b) La "aplicación" del error de prohibición culturalmente condicionado por parte del Poder Judicial

Por otro lado, en el fundamento 42 la mayoría de mis colegas efectúa la siguiente afirmación

> no existiría ninguna razón por la que la justicia ordinaria no tuviese que, tras merituar la cultura y costumbres de quienes habitan la Comunidad Nativa Tres Islas, resolver con sujeción a lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal cuyo texto regula el denominado error culturalmente condicionado.

Al respecto, estimo que dicha aseveración es impertinente para resolver la presente controversia, ya que se relaciona con el accionar futuro que pueda ejercer la judicatura al examinar el proceso penal que aquí se ha cuestionado. De este modo, no nos corresponde efectuar alguna clase de afirmación respecto de la forma en que el juez penal deba resolver la denuncia formulada, pues ello supondría invadir las competencias que

constitucionalmente se le ha asignado. Como hemos afirmado de manera constante en nuestra jurisprudencia, cuestiones como la subsunción de la conducta en un tipo penal determinado, o la valoración de las pruebas son cuestiones que, al menos en principio, le corresponde examinar a la judicatura ordinaria y no a este Tribunal. Esto tiene aun más sentido con los procesos penales que se encuentran en trámite, ya que el Poder Judicial tiene un importante margen de decisión al momento de examinar cada caso que es puesto en su conocimiento.

De ahí que la afirmación que se efectúa en la ponencia no solo es impertinente para resolver lo demandado en este *habeas corpus*, sino que además supone una injerencia en la forma cómo el juez penal debe resolver el caso que aun se encuentra en su conocimiento, lo cual es completamente ajeno a la jurisprudencia que reiteradamente ha emitido este Tribunal.

Todo lo anteriormente expuesto, sin embargo, no es contrario a mi idea de que la demanda debe ser declarada como **INFUNDADA**, pues no advierto que los hechos expuestos supongan alguna vulneración de los derechos alegados por la parte recurrente.

S.

RAMOS NUÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con desestimar la demanda, pero no con lo expresado en los fundamentos 6 al 36, ni menos aún en el fundamento 42. A mi criterio, por lo pronto, los fundamentos 6 al 36 contienen elucubraciones impertinentes o equivocadas.

Ciertamente, no comparto la opinión despectiva respecto al artículo 149 de la Constitución contenida en el fundamento 6 de la sentencia. Según este, dicho artículo de la Constitución: "[...] no dice en realidad mucho (en realidad [sic] casi nada)".

El denostado artículo 149 contiene una regla para delimitar los ámbitos de la justicia comunal y de la justicia ordinaria:

> 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.

Se puede estar a favor o en contra de esta delimitación, pero no afirmarse que no dice nada.

Sorprendentemente, el fundamento 9 —acaso para compensar el trato despectivo al artículo 149 en el fundamento 7— afirma luego que el reconocimiento de la justicia comunal contenido en dicho artículo "[...] representa un gran avance [...]"

Tampoco. A mi criterio, no le corresponde al Tribunal Constitucional calificar los dispositivos o las normas contenidas en la Constitución ni favorable ni desfavorablemente. El Tribunal debe limitarse a aplicarlas.

El fundamento 11 busca concluir estas consideraciones presentando un juicio equilibrado entre la descalificación y el encomio a la norma constitucional, pero lo hace de manera confusa. La jurisdicción comunal, afirma: "[...] no debe [...] ser entendida como todo lo que representa la norma fundamental o como la parte más importante de la Constitución".

¿Quién pretende señalar que el reconocimiento a la justicia comunal es "todo lo que representa la norma fundamental" o "la parte más importante de la Constitución"? Ciertamente, ninguna de las partes en este proceso.

Estas disquisiciones desembocan en los considerandos 21 al 32, que buscan legitimar el artículo 149 de la Constitución a base de su concordancia con el artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Esto es muy equivocado.

La legitimidad del artículo 149 no depende de su concordancia con ningún instrumento internacional, sino del hecho de estar contenido en la Constitución. No debiera el Tribunal Constitucional transmitir ninguna duda al respecto.

Por demás, resulta desconcertante que la parte resolutiva de la sentencia declare infundada la demanda, pero que su último fundamento le indique al juez penal que debe eximir de responsabilidad al demandante.

Evidentemente, el Tribunal Constitucional debiera limitarse a señalar que, en este caso, no puede oponerse el fuero comunal al ordinario porque se han violado derechos fundamentales.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 07009-2013-PHC/TC
MADRE DE DIOS
HERBERT CUSURICHI PAYABA Y JUAN VILLAR VARGAS representados por Jorge Payaba Cachique

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Las comunidades nativas e indígenas deben ser escuchadas pero también deben generar algunos cambios en cuanto a la mejor protección de las niñas

Considero que en pleno siglo XXI no debería admitir dudas, en primer lugar, que una denuncia por violación sexual en agravio de dos hermanas menores de edad (13 y 12 años), en el ámbito de una comunidad nativa, no es de competencia de la justicia comunal sino de la justicia penal ordinaria; y, en segundo lugar, que no debería formar parte de ninguna costumbre comunal el que un adulto pueda tener relaciones sexuales con menores de 13, 12 o menos años de edad.

Este es uno de los pocos casos que llega al Tribunal Constitucional y plantean de modo específico el conflicto entre la jurisdicción comunal y la jurisdicción penal ordinaria en materias tan relevantes como son las que involucran la violación sexual de menores de edad. De los diferentes bienes jurídicos que se encuentran en conflicto no cabe duda que uno de la mayor importancia es la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad que habitan en las comunidades nativas

Sin embargo, estimo que en la posición en mayoría del Tribunal Constitucional no se ha evaluado en toda su dimensión los graves efectos que puede generar para las comunidades nativas e indígenas la regla que se está instaurando en el fundamento 35: "queda claro que por ejemplo, no podrían ser materia de conocimiento en el ámbito de la justicia comunal, todos aquellos delitos que recaigan sobre derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, psíquica y moral, la libertad, entre otros o que puedan afectar de alguna forma los intereses de aquellas personas ubicadas en condición especial y/o sensible como los niños, los adolescentes, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, etc." [resaltado agregado] Ante tal regla cabría preguntarse ¿cuál es la justificación para una regla general que involucra tantos bienes jurídicos?, ¿si el Parlamento aun no logra aprobar una ley de coordinación judicial entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción comunal, dada la complejidad de este tema, cómo así el TC logró establecer una regla general que opta por una posición tan drástica? ¿quiere decir entonces que con esta regla general del TC, ahora, automáticamente, las comunidades nativas e indígenas no pueden conocer ningún asunto que afecte bienes jurídicos como la libertad, la salud, la integridad moral, etc.?, ¿de qué coexistencia de sistemas de justicia podríamos hablar si con la regla general del TC se opta por la jurisdicción ordinaria? o ¿después de dicha regla general del TC que queda de la autonomía de las comunidades indígenas y nativas con relación a tales

bienes jurídicos? De seguro que determinadas costumbres comunales deberían cambiar, como es el caso de las relaciones sexuales de adultos con menores de 13, 12 o menos años de edad, pero ello no implica exigir el cambio en los casos de intervención en todos los derechos fundamentales. La familia, la propiedad, la libertad, la asociación, la integridad moral, entre otros bienes constitucionales, también pueden ser protegidos, en algunos supuestos, por la jurisdicción comunal. La respectiva delimitación de los ámbitos propios de cada jurisdicción o los que compartan es justamente una tarea que estimo debe ser abordada por una ley de coordinación judicial y no por una regla general del TC.

De igual modo, no comparto la posición en mayoría del Tribunal Constitucional cuando en los fundamentos 40 a 42 termina dando a entender que el respectivo juez penal en este caso concreto debería aplicar el artículo 15 del Código Penal y archivar el caso por configurarse un error culturalmente condicionado. En efecto, en los fundamentos 41 y 42 de la posición en mayoría se establece lo siguiente:

> 41. (...) de acuerdo con lo que señala el demandante del presente proceso constitucional y lo que aparece de las declaraciones de las presuntas agraviadas así como de uno de los procesados (don Juan Villar Vargas), el delito contra la libertad sexual (violación de menor) en realidad no habría existido, por dos razones básicas: a) las relaciones sexuales entre los procesados y las agraviadas habrían sido con absoluto consentimiento y producto de relaciones de convivencia producidas en diversos momentos; y b) las relaciones sexuales practicadas entre adultos y menores en edad de concebir que a la par sean libremente consentidas, formaría parte de las costumbres practicadas tradicionalmente en el ámbito de diversas comunidades nativas y en particular en el ámbito de la Comunidad Tres Islas, a donde pertenecen todos los involucrados. [resaltado agregado]
>
> 42. Si lo dicho es cierto y es además plenamente acreditable, como se deduciría de las abundantes instrumentales acompañadas a los autos, no existiría ninguna razón por la que la justicia ordinaria no tuviese que, tras merituar la cultura y costumbres de quienes habitan la Comunidad Nativa Tres Islas, resolver con sujeción a lo dispuesto en el artículo 15 del Código Penal cuyo texto regula el denominado error culturalmente condicionado conforme a los siguientes términos: "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 (...)". [resaltado agregado]

De la revisión de tales expresiones debo advertir sobre la gravedad de que en un habeas corpus el Tribunal Constitucional deslice la idea de que el juez penal, en el proceso penal aquí cuestionado, "tuviese" que aplicar la eximente de responsabilidad penal del error culturalmente condicionado. Esta es una competencia exclusiva del juez penal. A los jueces constitucionales no les compete pronunciarse si en un caso penal se debe o no aplicar la aludida eximente de responsabilidad penal.

Peor aún, tengo la impresión que tal forma de obrar del Tribunal Constitucional no se condice con la función tuitiva que le corresponde sobre todo para cautelar los derechos de los niños. Hubiese sido interesante y necesario que en este habeas corpus se examine ¿cuál es el nivel de protección constitucional de los menores de 13, 12 o menos años de edad que forman parte de las comunidades nativas o indígenas cuando un adulto de estas comunidades pretende tener relaciones sexuales con tales menores?, ¿si ésta ha sido una costumbre practicada tradicionalmente en determinada comunidad nativa o indígena, debería seguir siendo permitida por nuestro ordenamiento constitucional?, ¿se puede hablar de libre consentimiento para tener relaciones sexuales en el caso de menores de 13, 12 o menos años de edad que forman parte de las comunidades nativas o indígenas? o ¿basta sólo que una menor de las comunidades nativas o indígenas se encuentre en "edad de concebir" para que se admita que puede elegir libremente con quien desea tener relaciones sexuales?

Al respecto, estimo que en un Estado Constitucional en el que conviven una comunidad nacional, comunidades nativas e indígenas, entre otras, el respectivo equilibrio que debe existir entre éstas parte del reconocimiento de que ninguna autonomía comunal es ilimitada y que su coexistencia requiere el respeto de determinadas obligaciones que posibiliten la vida en común. En lo que se refiere al caso concreto que llega al Tribunal Constitucional estimo que el respeto de la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad, garantizada por el Código Penal peruano es de aplicación a los menores de tales edades en toda la república, sean pertenecientes o no a las comunidades nativas o indígenas. Si es que existe una comunidad nativa o indígena que tiene la costumbre o permite que un adulto tenga relaciones sexuales con menores de 13, 12 o menos años de edad, ésta comunidad debería cambiar esta costumbre mediante los respectivos procesos educativos comunales y nacionales. La Constitución también protege los derechos fundamentales de estos menores de edad. Ni las "costumbres practicadas tradicionalmente", ni el supuesto "consentimiento", ni la "edad de concebir" deberían constituir criterios legítimos para legitimar que un adulto comunero sea eximido de responsabilidad penal por tener relaciones sexuales con menores de 13, 12 o menos años de edad.

Asimismo, entendiendo que casos comunales como el que se trae aquí no pueden ser investigados y juzgados por la jurisdicción comunal sino por la jurisdicción penal ordinaria, hubiese sido interesante y necesario que en este habeas corpus se examine ¿cuáles son los procedimientos que a nivel policial, fiscal o judicial deben establecerse para garantizar la salud física, psíquica y emocional de los menores de 13, 12 o menos años de edad agraviados sexualmente en el ámbito de las comunidades nativas o indígenas? Sobre el particular, es necesario atender, además de los procedimientos existentes para menores de edad en general, que se implemente algunos procedimientos

especiales cuando se trate de menores de edad de las comunidades nativas o indígenas, los mismos que se aluden a asuntos relacionados con la necesidad de traductores, medidas de seguridad o tratamiento médico de ser el caso, entre otras.

Finalmente, se evidencia algunos graves errores de redacción en los fundamentos 23 y 34. En el fundamento 23 es erróneo asumir que la justicia comunal pueda conocer la eventual comisión de "ilícitos penales". La expresión "ilícitos penales" sólo tiene cabida en el ámbito de la jurisdicción penal. Y en el fundamento 34 se menciona la siguiente frase "(...) ningún delito que pueda, además de lesionar bienes jurídicos tutelados por la ley penal, lesionar el contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales o de bienes jurídicos de relevancia constitucional vinculados a estos (...)" [resaltado agregado] El error consiste en no considerar que los "bienes jurídicos tutelados por la ley penal" también son, en general, bienes jurídicos de relevancia constitucional.

Es por estas razones, entre otras, que estimo que la presente demanda debe ser declarada **INFUNDADA** en todos sus extremos. No se evidencia arbitrariedad en las decisiones de la jurisdicción penal ordinaria en cuanto se dispuso la restricción de la libertad personal de los comuneros favorecidos, ni tampoco la afectación de la jurisdicción comunal por haberse dispuesto que los hechos denunciados sean conocidos en la jurisdicción penal ordinaria. Seguidamente, se ampliarán los argumentos antes expuestos:

1. La protección especial de los niños en el derecho internacional de los derechos humanos

1. En primer lugar considero necesario hacer referencia a los principales instrumentos de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que resultan de aplicación al presente caso.

2. En la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño se señaló que

> Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad, o creencia que:
>
> Primero
>
> El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

3. A su turno, la Declaración de los Derechos del Niño, considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados

especiales, dispuso en el Principio 2, que

> El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

4. Más adelante, la Convención sobre los Derechos del Niño, estableció que

> Artículo 2
> Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
>
> Artículo 3
> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, privadas, de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
>
> Artículo 6
> (...) Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.
>
> Artículo 12
> Los estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

5. Por su parte, en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se dispuso que

> Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

6. Finalmente, el artículo 15 del Protocolo de San Salvador, estableció que

Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

> c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de

garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral.

7. A la luz de los citados instrumentos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dejado precisado que

> [L]os niños poseen derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.[1]

8. Podemos decir, entonces, que para dicho Tribunal estamos frente a una protección reforzada para los niños, niñas y adolescentes. Pero, además, para la Corte IDH los niños no son únicamente sujetos merecedores de protección especial, sino que los considera sujetos de derecho,

> La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.[2]

9. Ahora bien, para garantizar la eficacia de la protección reforzada otorgada por los diversos instrumentos de derechos humanos, éstos han reconocido una serie de principios, siendo uno de los medulares el del interés superior del niño, respecto al cual en reiterada jurisprudencia la Corte IDH ha señalado que

> La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.[3]

---

[1] Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 124, párr. 257.

[2] Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva CO-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Serie A No 17. Párr 41

[3] Caso Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009, Serie C N° 211, párr. 184. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 124, párr. 257

Además, precisó que

> [P]ara asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña.[4]

10. Reforzando ello, la Corte en la parte decisoria de la Opinión Consultiva OC-17/2002, concluyó que

> 2. Que la expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
>
> 8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

11. Por otro lado, en relación al art. 19 de la Convención de los Niños y Adolescentes, la Corte IDH estableció que

> [C]uando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda "en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades".[5]

12. A nivel del Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, sobre la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, referido también en el artículo 6, numeral 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en la Observación General N° 5, del 27 de

---

[4] Caso Furlan y Familiares Caso Bulacio Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C Nª 246, párr. 126.

[5] Caso Gómez Paquiyauri Vs. Perù. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C Nª 110, párr. 163. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de setiembre de 2003, Serie C Nª 100, párr. 134. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva CO-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Serie A No 17. Párr 56.

noviembre de 2013, párrafo 13 precisó que

> El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños.

13. Además, el mismo Comité, en la Observación General N° 4, del año 2003 señaló que:

> 14. La salud y el desarrollo de los adolescentes están fuertemente condicionados por el entorno en que viven. La creación de un entorno seguro y propicio supone abordar las actitudes y actividades tanto del entorno inmediato de los adolescentes -la familia, los otros adolescentes, las escuelas y los servicios- como del entorno más amplio formado por, entre otros elementos, la comunidad, los dirigentes religiosos, los medios de comunicación y las políticas y leyes nacionales y locales...Los Estados Partes deben adoptar medidas para sensibilizar sobre este particular, estimular y/o establecer medidas a través de la formulación de políticas o la adopción de normas legales y la aplicación de programas específicamente destinados a los adolescentes.
>
> 31. Los niños y adolescentes deben tener acceso a la información sobre el daño que puede causar un matrimonio y un embarazo precoces y las que estén embarazadas deberían tener acceso a los servicios de salud que sean adecuados a sus derechos y necesidades particulares[...]

14. Es evidente que el mencionado desarrollo normativo y jurisprudencial sobre los derechos de los niños y las obligaciones del Estado respecto de ellos no se ha focalizado de modo especial sobre los niños de los pueblos originarios. Sin embargo, corresponderá a cada ordenamiento nacional verificar en qué medida se puede hacer compatible tanto el respeto de tales derechos como el respeto de las costumbres de los pueblos originarios.

2. Protección constitucional de los menores de 13, 12 o menos años de edad

15. En el paradigma del Estado Constitucional, la Constitución es una norma jurídico-política *sui generis*, por cuanto, de una parte crea al Estado, organiza a los poderes públicos y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico; pero de otra parte, ocupa una posición análoga a la que ocupaba su creador, es decir, el *status* de Poder Constituyente, de forma tal que deviene en la norma jurídicamente suprema (STC N° 014-2003-AI/TC, FJ 2). Así, la Constitución se convierte en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella; razón por la cual, cualquier producción normativa de los poderes públicos

e, incluso, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad (STC N° 014-2003-AI/TC, FJ 2).

16. Específicamente, puede señalarse que la Constitución manifiesta su supremacía normativa en dos dimensiones: una *objetiva*, conforme a la cual la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico (artículo 51°), y otra *subjetiva*, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°), o de la colectividad en general (artículo 38°), puede desconocer o desvincularse respecto de sus contenidos (STC N° 00005-2007-PI/TC, FJ 6).

17. Ahora bien, dicha Norma Fundamental, en razón de tales peculiaridades y de su posición como norma jurídico-política y como fuente de Derecho, detenta un carácter abierto y amplio, lo que plantea dificultades al momento de su interpretación.[6] A esto último se ha identificado como la problemática de la interpretación constitucional, temática básica para el Derecho Constitucional. Al respecto, en un ordenamiento jurídico como el peruano, dotado de una jurisdicción constitucional, es el Tribunal Constitucional el órgano de cierre de la interpretación constitucional, realizándola con eficacia vinculante tanto para el ciudadano como para el resto de poderes públicos[7]. Y lo que legitima dicha competencia es la idea según la cual todo poder se encuentra sometido a la Constitución, lo que solo será real si es que el Tribunal Constitucional expresa con lealtad, en sus sentencias, el contenido de la Constitución[8].

18. Así, el contenido de la Constitución, o más específicamente, el contenido de la interpretación constitucional, consiste en el hallazgo del *resultado constitucionalmente correcto* mediante un procedimiento racional y controlable.[9] Para ello, es de capital importancia la aplicación de los principios de interpretación constitucional, como son: el de unidad, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora y fuerza normativa de la Constitución (STC N° 05854-2005-PA/TC, FJ 12), entre otros. En concreto, y en relación al caso que nos ocupa, cabe insistir en lo que prescribe el principio de concordancia práctica, en virtud del cual:

> toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última

---

[6] HESSE KONRAD. *Escritos de Derecho Constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 2º Edición, p. 34
[7] Íd.
[8] Íd.
[9] Ibíd., p. 35.

instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 ° de la Constitución) (STC N° 05854-2005-PA/TC, FJ 12).

19. En suma, "los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad"[10]. Siendo ello así, un caso como el de autos demanda la resolución de eventuales tensiones a través de una solución interpretativa que armonice, de un lado, el mandato según el cual la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente (artículo 4° de la Constitución); y de otro, la autonomía que es propia de la función jurisdiccional que *pueden* ejercer las autoridades de las comunidades campesinas y nativas dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario (artículo 149° de la Constitución).

20. En principio, si bien corresponde al legislador, por mandato expreso de la Constitución, el establecimiento de las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial, considero necesario que el ejercicio de la libre configuración del legislador debe realizarse conforme a algunos criterios que haya podido establecer el Tribunal Constitucional.

21. Y es que la proscripción de violación de derechos fundamentales no solo es vinculante en lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción especial, sino que se proyecta también hacia el propio diseño de la coordinación entre jurisdicciones y la determinación de criterios para la determinación de competencias entre las mismas, así como para la solución de controversias que eventualmente se presenten ante conflictos positivos competenciales.

22. Si bien todo ello debe garantizar la legislación que sobre el particular se desarrolle, ante la ausencia de la misma y frente al acontecimiento en la realidad de casos litigiosos vinculados con dicha temática (como el de autos, en el que una comunidad nativa solicita anular los actuados de la justicia ordinaria penal por considerar que ello es competencia comunal), el juez constitucional no puede dejar de impartir justicia (artículo 139° inciso 8 de la Constitución) con arreglo a los principios, reglas y valores constitucionales.

23. Al respecto, y dado que es menester la resolución del caso de autos pese al vacío

[10] Íd., p. 67.

antes anotado, cabe preguntarse, en tanto aspecto constitucionalmente relevante de la presente controversia, si una materia personalísima y, qué duda cabe, inexorable a la dignidad humana como la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 a menos años de edad-más allá del aparente consentimiento del menor en la consumación del acto sexual-, puede dejarse al arbitrio del legislador en el entendido de que determine libremente que casos vinculados con este bien jurídico protegido constitucional y convencionalmente, según los criterios de determinación de competencias que establezca, pueden ser de conocimiento de la jurisdicción especial.

24. Una pregunta como la anterior solo puede ser respondida negativamente si se parte de la Norma Fundamental y se la interpreta de acuerdo a su textura abierta y dinámica bajo los principios previamente destacados. Más aún, si nos atenemos a la tendencia jurisprudencial de este Tribunal, encontraremos que se ha afirmado y reafirmado la vinculatoriedad del principio del interés superior del niño, recogido en la Declaración de los Derechos del Niño y posteriormente asumido en la Convención de Derechos del Niño, (STC 04646-2007-AA/TC, FJ 42). Este principio, que tiene entre sus dimensiones, según la Observación General N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, la de ser un principio jurídico interpretativo fundamental y a la vez una norma de procedimiento[11], deriva de forma implícita del artículo 4° de la Constitución antes mencionado (STC 03744-2007-PHC/TC, FJ 5). Recordemos en todo caso, que este Colegiado ha señalado sobre este principio en lo que respecta a la participación de los niños y adolescentes en procesos judiciales que:

> Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), debe ser *especial* en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser *prioritaria* pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales (STC 03744-2007-PHC/TC, FJ 5).

25. Frente a esto último, cabe preguntar si la jurisdicción especial puede garantizar en todos los casos vinculados con la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad la atención *especial* y *prioritaria* que la propia

[11] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General* N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3°, párrafo 1), aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), párrs. 6-7.

Constitución exige a la jurisdicción ordinaria. Y la respuesta en este escenario también ha de ser negativa, más aún si cabe la posibilidad de que, para determinadas cosmovisiones que eventualmente tienen lugar en nuestro país, sobre cuya pluriculturalidad ha hecho énfasis también este Tribunal en su variada jurisprudencia, la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad, independientemente del aparente consentimiento del menor para la consumación de la relación sexual, no sea un bien jurídico especialmente protegido. De hecho, eso es lo que ha sucedido en el caso de autos, toda vez que de los actuados se desprende, como cita la mayoría del TC en su fundamento 41, que para el representante de la comunidad nativa "las relaciones sexuales practicadas entre adultos y menores en edad de concebir que a la par sean libremente consentidas, formarían parte de las costumbres practicadas tradicionalmente en el ámbito de diversas comunidades nativas y en particular en el ámbito de la Comunidad Tres Islas, a donde pertenecen todos los involucrados".

26. El mandato constitucional del artículo 4°, en lo que respecta a la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad, más allá del aparente consentimiento del menor en la consumación del acto sexual, no debe solo ser garantizado a los menores pertenecientes a la sociedad mayoritaria en tanto se vigile que en la jurisdicción ordinaria tales casos sean abordados a partir de una tutela preferente, especial y prioritaria. Se trata de un mandato constitucional exigible en todo el territorio de la República, en beneficio de todos los menores de 13, 12 o menos años de edad, independientemente de su origen o procedencia, por cuanto se trata de un bien jurídico personalísimo respecto del cual no se puede invocar una naturaleza cultural. La fuerza normativa de la Constitución exige que todos los poderes públicos y privados comprendan esto último y actúen en consecuencia.

27. En el caso de las comunidades nativas e indígenas del Perú, tal mandato constitucional, respetando los derechos y garantías de tales comunidades, exige el examen de sus diversas costumbres y la implementación de formas educativas que progresivamente generen los cambios necesarios sobre la protección de la indemnidad sexual de los menores de 13, 12 o menos años de edad respecto de las relaciones sexuales que adultos de su comunidad pretendiesen tener con estos. Esta fuera de duda que los casos de violación sexual de tales menores de edad deberán ser conocidos por la jurisdicción penal ordinaria y de ninguna forma por la jurisdicción comunal.

3. La urgencia de una ley de coordinación judicial entre jurisdicción nacional y jurisdicción comunal

28. No se puede pretender la activación de la competencia complementaria o alternativa de una u otra jurisdicción, de forma arbitraria o totalmente discrecional, en el entendido de que para ello el artículo 149 de la Constitución ha reconocido la facultad jurisdiccional de las Comunidades Campesinas y Nativas, con apoyo de las Rondas campesinas, y ha ordenado la existencia de una ley que desarrolle la coordinación de estas instituciones con la jurisdicción ordinaria, la Justicia de Paz y demás instancias del Poder Judicial.

29. Asimismo, la Norma Fundamental contiene una serie de disposiciones que reconocen la identidad étnica y cultural de los integrantes de las comunidades campesinas y nativas como un derecho (artículo 2, inciso 19) y un deber del Estado de respetarla (artículo 2, inciso 19, y artículo 89). Lo cual, por un lado e interpretado en el marco del Convenio N° 169 de la OIT constituye un avance significativo respecto a las normas vigentes en materia de reconocimiento de la jurisdicción especial y de su relación con la jurisdicción ordinaria al momento de su promulgación.

30. Y, si bien, a partir del mandato constitucional se han impulsado diversos instrumentos legislativos[12] que han reconocido que las comunidades campesinas y nativas cuentan con la facultad de resolver conflictos, es de mencionar que ellas se han limitado a un listado de materias, sin pronunciarse sobre la coordinación jurisdiccional. La propia Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) tampoco establece disposiciones referentes a la coordinación con la jurisdicción especial.

31. Como resultado de lo previamente señalado, aun subsisten "supuestos conflictos competenciales", en materia de resolución de conflictos en los que se vulneran bienes jurídicos de tanta relevancia, como el del caso concreto, en los que nos permitimos discutir sobre cuestiones formales, cuando debería ser de mayor preocupación el solo considerar que en muchos casos, este tipo de vulneraciones quedaran impunes o serán castigados de manera simbólica por la justicia comunal.

32. Es por ellos que urge la necesidad de implementar una Ley de Coordinación Jurisdiccional entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción comunal. A modo

[12] La Ley General de Comunidades Campesinas (Ley 24656) y la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva (Decreto ley 22175).

de contraste, veamos que, incluso a nivel constitucional, la Constitución Mexicana de 1917, reconoce la autonomía de los pueblos indígenas para *"Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y,* ***de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.*** *La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes."* De lo que se desprende que, por un lado se exige a las comunidades indígenas el establecimiento de reglas y procedimientos que en armonía con sus usos y costumbres protejan a las mujeres, su dignidad e integridad; y, por el otro, el acceso a la justicia ordinaria si estos preceptos no son respetados.

33. Habiendo citado la particularidad del caso mexicano, vale decir también, que al no contar con una ley específica de Coordinación Jurisdiccional Federal, algunos Estados han establecido límites al ejercicio de la jurisdicción indígena, como el caso del Estado de Oaxaca:

Ley de Derechos de los Pueblos Comunidades Indígenas- Estado de Oaxaca, México
Capítulo VI. De Las Mujeres Indígenas

Artículo 45.- El Estado reconoce las diversas formas de organización de las familias indígenas como base de reproducción y sustentación de los pueblos y comunidades indígenas de Oaxaca.

Artículo 46.- El Estado promoverá, en el marco de las prácticas tradicionales de las comunidades y pueblos indígenas, la participación plena de las mujeres en tareas y actividades que éstos no contemplan y que tiendan a lograr su realización, su superación, así como el reconocimiento y el respeto a su dignidad.

Artículo 47.- A las mujeres y a los hombres indígenas les corresponde el derecho fundamental de determinar el número y espaciamiento de sus hijos; y al Estado, la obligación de difundir orientación sobre salud reproductiva de manera que aquéllos puedan decidir informada y responsablemente al respecto.

Artículo 48.- Las mujeres indígenas tienen derecho a recibir capacitación y educación bilingüe e intercultural para realizar actividades que estimulen su desarrollo integral.

Artículo 49.- El Estado asume la obligación de propiciar la información, la capacitación, la difusión y el diálogo, para que los pueblos y comunidades indígenas tomen medidas tendientes a lograr la participación plena de las mujeres en la vida política, económica, social y cultural de los mismos, a fin de cumplir cabalmente con el mandato del artículo 12 de la Constitución Estatal.

Artículo 50.- *El Estado garantizará los derechos individuales de las niñas y los niños indígenas a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad y a la seguridad de sus personas. Asimismo, sancionará en los términos previstos por el artículo 16 de la presente Ley la separación forzada de niñas y niños indígenas de sus familias, pueblos y comunidades.*

34. En este contexto, llama la atención que a nivel comparado, sobretodo regional, existan interesantes textos y proyectos legislativos en materia de Coordinación Jurisdiccional, las mismas que ofrecen razonables alternativas que conforme a sus competencias podrían ser analizadas por el Poder Legislativo.

35. A modo de ejemplo, es bastante ilustrativo contar con el marco legislativo del deslinde jurisdiccional de Bolivia, el cual ha replicado en países como Ecuador y Guatemala, quienes también aceleran trabajos para aprobar sus protocolos.

> **Ley de Deslinde Jurisdiccional, Bolivia**
> **Capítulo II. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales**
> **Artículo 5. Respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.**
>
> I. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan promueven y garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado.
> II. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente respetan y garantizan el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, decisión, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia.
> III. Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.
> IV. *Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema.*
> V. El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.

36. De las disposiciones citadas, se puede apreciar la particular protección que brindan a la especial situación de los derechos de los niños y niñas indígenas, y la protección que ante cualquier uso y costumbre de la comunidad ameritará la intervención del Estado. Ello no debe pasarse por alto en el ordenamiento jurídico peruano. Existe un considerable número de comunidades nativas e indígenas que merecen reconocimiento y por tanto ser escuchadas, pero también tales comunidades requieren estar atentas a aquellos cambios que puedan servir para una mejor convivencia de sus integrantes.

En suma, por las razones expuestas considero que debe declararse **INFUNDADA** la demanda de autos.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL